BIBLIOTECA DEL
COLEGIO
DE
MEXICO

Vida Humana, Sociedad y Derecho

Queda hecho el depósito que marca la Ley. Copyright by *La Casa de España en México.*

Impreso en México
Printed in Mexico

Impreso y distribuído
por
FONDO DE CULTURA ECONOMICA
Av. Madero 32,
México.

LUIS RECASENS SICHES

Catedrático de Filosofía del Derecho; Vicepresidente del Institut International de Philosophie du Droit et Sociologie Juridique

Vida Humana, Sociedad y Derecho

Fundamentación de la Filosofía del Derecho



BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

LA CASA DE ESPAÑA EN MEXICO

CE
340.1
R294v
D.
10
1.75
[5286]

Primera edición, 1939

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MÉXICO

DEDICATORIA

A mis
queridos colegas:

DANIEL COSÍO VILLEGAS

ANTONIO MARTÍNEZ BÁEZ

JOSÉ RIVERA PÉREZ-CAMPOS

en testimonio de profunda
gratitud y de fraternal amistad

EL AUTOR

Palabras Preliminares

ESTE libro está animado por el propósito de una exposición sistemática—que sea asequible a todo estudioso, aun al no especializado—del problema filosófico sobre el Derecho.

En parte, recogen estas páginas ideas de algunos trabajos míos anteriores, pero reelaborados ahora sustancialmente. De modo especial he refundido—reconstruyéndolos a fondo—varios de los temas contenidos en mi libro Estudios de Filosofía del Derecho (*Editorial Bosh, Barcelona, 1936*). *Algunos de esos temas aparecen aquí mucho más resumidos; y otros, en cambio, considerablemente ampliados.*

De otro lado, este nuevo libro, que ahora ofrezco al lector, contiene nuevos puntos de vista, que he logrado en la meditación de los últimos cuatro años. Asimismo, presento la maduración y el afinamiento de otros temas, que habían sido tan sólo esbozados en mis publicaciones anteriores. Pero, sobre todo, me ha dirigido el empeño de proceder a una articulación sistemática de las cuestiones fundamentales de la Filosofía del Derecho, y de su inserción en la Filosofía general, a la altura que ésta ha logrado en nuestro tiempo. En suma, se trata de decir sobre lo jurídico su verdad primaria de auténtico rango filosófico; de comprender esencialmente el Derecho como una de las tareas que el hombre hace en su vida. Con ello, se pretende integrar el sentido radical del Derecho en una Filosofía plenaria: en la dirección de la Metafísica de nuestro tiempo. Hace algunos años, formulé este tema como programa. Hoy me decido a ofrecer algunos mayores avances de este ensayo.

En este libro he procurado exponer con limpidez los resulta-

dos de mi labor, al hilo de una construcción sistemática; y, por tanto, he prescindido casi siempre del relato erudito y de la discusión de aquellas doctrinas ajenas, que no sean directamente aprovechadas aquí, o, por lo menos, he reducido ese examen a los límites indispensables, dejando consignadas brevemente las referencias oportunas en las notas. El lector que se sienta interesado por conocer las peripecias intelectuales a cuyo través mi pensamiento se ha ido decantando en diálogo con otros autores, puede acudir en muchos casos a mis publicaciones precedentes—que cito en los debidos momentos—.

Claro es que no reputo, en modo alguno, concluída mi tarea. Queda todavía mucho por recorrer. Pero confío que esta versión sistemática de mi labor pueda constituir un punto de partida para futuras especulaciones. Y espero, además, que este libro contribuya algo a centrar en nuestro tiempo la reflexión filosófica sobre el Derecho; y que, a la vez, sirva como manual de iniciación.

Quiero dejar solemne y público testimonio de mi gratitud a la noble Nación Mexicana, que me ha brindado generosa acogida, al tener que abandonar mi cátedra de la Universidad de Madrid, ofreciéndome la posibilidad de seguir en un ambiente culto y sereno mis tareas vocacionales de estudio y de docencia.

A Su Excelencia el Señor Presidente de la República Mexicana, don Lázaro Cárdenas, quien con gesto magnánimo y ejemplar sensibilidad para los destinos culturales de Occidente, ha fundado el instituto de altos estudios Casa de España en México, *y a los ilustres Miembros del Patronato de esta entidad, hago patente mi emocionada gratitud.*

Asimismo, expreso mi vivísimo reconocimiento a la Universidad Nacional Autónoma de México, *que ya anteriormente—hace más de dos años—me honró y me favoreció con el nombramiento de profesor de la misma, y en la cual sigo desempeñando mi tra-*

bajo. Y hago constar, complacido, que me siento muy obligado para con las Autoridades Académicas de la Universidad y para con los colegas de ella, a cuya bondad tanto debo.

Mis más cordiales gracias también al Instituto de Intercambio Universitario Hispano-Mexicano, *que propició mi venida a este amado país.*

México, D. F., julio de 1939.

LUIS RECASÉNS SICHES

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

CAPITULO I

EL UNIVERSO, LA VIDA HUMANA, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

Sumario: *1. Preliminares sobre la multiforme complejidad del Universo.—2. Planteamiento inicial del problema filosófico sobre el Derecho.—3. Pregunta sobre cuál es la región del Universo a la que el Derecho pertenece.—4. El Derecho no pertenece a la naturaleza física.—5. Tampoco el Derecho es naturaleza psíquica.—6. El ser ideal.—7. Los valores.—8. Enjuiciamiento crítico de la Filosofía de los valores. Directrices para su superación y su inserción en la Metafísica de la vida.—9. El Derecho no es valor puro.—10. Tránsito a la consideración filosófica de la vida humana.—11. La vida humana.—12. La vida humana objetivada.—13. El Derecho como forma de vida humana objetivada.—14. Estructura de la vida humana objetivada.—15. La cultura como sistema de funciones de la vida humana.—16. Las categorías de la vida humana. Referencia a lo normativo y a lo colectivo.—17. Lo normativo.—18. Normatividad formal y normatividad material.—19. Lo colectivo. Vida humana social.—20. Localización de lo jurídico.*

1. Preliminares sobre la multiforme complejidad del Universo

Suele llamarse Universo al conjunto de todo cuanto hay, al conjunto de todas las cosas: las reales externas (como una montaña); las que se dan en mi intimidad (como un amor); las fantásticas (como el centauro); las ideales (como el triángulo); las transreales (si las hay); cuantos otros jaeces de cosas pueda haber; y, desde luego, también nosotros mismos, que, en alguna manera, componemos el Universo.

El espectáculo del Universo se ofrece como una balumba abigarrada de cosas multiformes y heterogéneas. Del torbellino de cosas que en el mundo encuentro, entresaquemos la mención de algunas muestras; y hagámoslas desfilar ante nuestra consideración, de momento en tropel desordenado y fortuito—precisamente para adquirir con mayor relieve esa impresión de diversidad—.

En el Universo hallo: montañas, lluvias, árboles, colores, for-

mas geométricas, igualdades, desigualdades, dolores de muelas, recuerdos, quimeras, deseos, números, ideas morales, automóviles, cuadros, poemas, oraciones, libros de ciencia, códigos, jueces, policías, usos sociales, precios, perspectivas inmediatas, lontananzas casi imperceptibles (más bien latentes), amigos, enemigos, compañeros, etc., etc. Y, además, en el Universo me encuentro a mí mismo, conviviendo, coestando, con todo lo demás.

Todas las cosas mencionadas, sus respectivas congéneres, y muchas otras más que no hemos expresado, constituyen *algos* que están en el Universo; son elementos o seres; en una palabra, *son*. De otro modo sería imposible que nos estuviéramos ocupando de ellas, que hablásemos de ellas, puesto que no cabe referirnos a algo que no *sea* en ninguna parte, a algo que no sea en algún modo, a la *nada*. (Cuando trato de pensar la nada, ésta se transforma en un algo, por lo menos en pensamiento mío). Pero si bien todas esas cosas *son*, no son en el mismo sentido; si bien todas ellas son *algos*, esos algos difieren entre sí radicalmente. Y las diferencias entre esos algos no constituyen meras diversidades de cualidad, ni de género, ni de especie: se trata de diferencias mucho más profundas o abismales; se trata de diferencias entre múltiples e irreductibles acepciones de la palabra ser. Resulta notorio que la palabra *ser* tiene un sentido muy distinto cuando la aplicamos a una columna, que cuando la aplicamos a un color (*v. g.*, al color blanco de la columna); y a su vez tiene un nuevo y diverso sentido cuando la aplicamos a la igualdad que hay entre una columna y otra. La columna es algo que es en sí, que se me presenta como siendo con propia existencia. En cambio, un color es algo que no es independientemente de otro algo, sino apoyado en otra cosa, a saber, como color de un objeto, como color de la columna; es un algo que no puede *ser* aislado o solo, sino que su ser se apoya o extiende sobre el ser de otra cosa. Podríamos decir que el color no es una cosa, sino *cualidad* o *modo* de ser de otra cosa. Y si ahora pasamos a la igualdad que descubrimos entre dos columnas, nos daremos cuenta de que eso que llamamos igualdad es algo, que no es con independencia (como la columna); tampoco es como un algo adherido necesariamente a otra cosa (cual ocurre con el color); sino que es algo que existe entre dos cosas (dos columnas gemelas), cuando mi mente las compara; en suma, no es ni cosa substantiva, ni cualidad, sino que es *relación*. Acaban, pues, de hacérsenos manifiestas tres acepciones radicalmente distintas de la palabra ser; precisamente las tres acepciones fundamentales descubiertas por Aristóteles. Y a esas varias acepciones o sentidos de la

palabra ser, Aristóteles las llamó categorías; y, así, Aristóteles expone en su *Metafísica* que el ser se dice de varias maneras, que hay múltiples acepciones de la palabra ser, en suma, que son varias las *categorías.* Pero esas tres categorías, sobre las que acabo de llamar la atención, fueron descubiertas respecto del ser *real,* de cosas reales. Ahora bien, en el mundo no hay sólo cosas reales (montañas, ríos, árboles, etc.), sino que hay otros múltiples algos de diversa índole, que no son reales. No todo lo que es algo es real, que esté ante mí: por el contrario, hay cosas que solamente *son en mí,* como por ejemplo, mis ensueños, mis deseos no cumplidos, mis alucinaciones. Y además, de otra parte, hay también algos *ideales,* que ni están ahí entre las cosas externas, ni tampoco están sólo dentro de mí, verbigracia el triángulo puro, un principio matemático, la idea de la justicia plenaria y perfecta, los cuales son objetos que *son* algos, pero que no son ni ahí afuera en el espacio, ni tampoco en mí como procesos de mi inteligencia, sino que tienen una manera espectral de ser, a saber, un *ser ideal.*

Y, además, encontramos también una multitud de otros seres de diversa índole de los mencionados anteriormente, como estatuas, pinturas, melodías, utensilios, que tienen una realidad externa a nosotros—de piedra, tabla, colores, sonidos, materiales varios—, pero cuyo ser específico y peculiar no consiste en esos ingredientes reales, sino en un sentido (estético, utilitario, etc.) que en ellos anida, en una proyección humana que en ellos se expresa. Y, así, divisamos todo un amplio y rico conjunto de objetos—que, si bien contienen elementos reales—su ser consiste en un sentido humano: es el mundo de las cosas que el hombre hace en su vida, por algo y para algo; el mundo de lo humano objetivado, el reino de la historia, o como se le ha llamado también, la región de la cultura.

Y, de otro lado, caemos en la cuenta de que todas esas múltiples clases de seres, los encontramos en el curso de nuestra existencia, de nuestra vida, como ingredientes de la misma. Son o bien cosas que hallo ante mí, con las cuales tropiezo, que utilizo o desecho, que apetezco o abomino, que construyo o destruyo o que transformo, que suscitan mi agrado o mi repugnancia; o cosas que ocurren dentro de mi intimidad; o principios que trascienden de mí y según los cuales me guío en mi conocimiento, en mi conducta. Con esto me descubro a mí mismo no sólo como sujeto—opuesto a la noción de objeto—, sino que, además, contemplo algo mucho más amplio, a saber, *mi vida* como compuesta de dos raíces: yo mismo y el conjunto de las cosas con las cuales me ocupo.

He aquí, pues, en esbozo—muy somero e incompleto—un cuadro de la complejidad del Universo. No sólo hemos divisado algunas de las categorías tradicionales referidas al ser real, sino que advertimos que, además del ser real corpóreo, hay otros muchos tipos de seres (hechos íntimos, entidades ideales, productos humanos, etc.); y advertimos también que como base y vínculo articulador de todo ello figura mi vida, compuesta por la inescindible coexistencia o correlación entre *mí mismo* (mi yo) y el mundo.

En estos términos complejos aparece el Universo para el pensamiento contemporáneo—para el pensamiento que es protagonista de la actual renovación de la filosofía—. Mientras que en la segunda mitad del siglo XIX privaban los intentos monistas (de múltiples clases) que arbitraria y monomaniáticamente querían reducir el Universo a una única fórmula, por el contrario, la reflexión de nuestro tiempo enfoca con una actitud más honesta y de mayor responsabilidad teórica este problema; subraya la constitución pluralista del Universo. Claro es, sin dejar de aspirar a un primer criterio básico y universal, a una verdad radical (primaria) y fundamentante de todo lo demás, pues ésta es pretensión inherente a toda filosofía. Pero ello trata de llevarse a cabo de un modo riguroso y más profundo, y, por consiguiente, evitando las precipitaciones y tosquedades de los monismos, y sin caer en las arbitrarias deformaciones que tales recetas unilaterales traían consigo. Como este libro no está dedicado a una exposición metafísica, sino a la indagación de los temas fundamentales respecto de lo jurídico, no puedo ofrecer—ni siquiera en breve síntesis—el relato del proceso filosófico contemporáneo. Sirva como guía indicadora de este proceso la mención de los nombres de Brentano, Meinong, Dilthey, Husserl, Scheler, Nikolai Hartmann, Ortega y Gasset, y Heidegger,[1] por cuyas obras corre la línea protagonista de la filosofía contemporánea.

2. *Planteamiento inicial del problema filosófico sobre el Derecho*

Pero lo que importa al propósito de este libro es obtener un conocimiento esencial del Derecho: hallar la verdad primaria y fundamental sobre lo jurídico, es decir, entenderlo en sí mismo y, a la vez, articulado con una visión total del mundo. En la medida en que nos acerquemos al cumplimiento de este tema, conseguiremos un conocimiento auténticamente filosófico sobre el Derecho.

Claro es, que todas las gentes tienen alguna idea respecto del

Derecho, como, en suma, la tienen también sobre todas las cosas que encuentran en su vida. En el mundo hallamos magistrados y policías, ventas, alquileres, depósitos, salarios, leyes, abogados, notarios, diputados, cárceles, tutores, herencias, etc., etc. Y, para todos, es obvio que esas cosas—y un sin fin de otras análogas—pertenecen al reino de lo jurídico. Ello resulta tan obvio como que las rosas y los guisantes pertenecen al sector de lo botánico. Pero se trata de conocimientos meramente aproximados, superficiales, inseguros, al buen tun-tun; en suma, de lo que se llama conocimiento vulgar, es decir, a medias, ignorante de sus razones, sin firme asidero, fluctuante y azaroso. Nos daremos cuenta de ello—en función del ejemplo que nos interesa, esto es, del referente a lo jurídico—si preguntamos al hombre de la calle por qué razón incluye dentro del Derecho todas esas cosas que hemos mencionado (y muchas otras, como la propiedad, la letra de cambio, los gobernadores, las fortalezas y las multas). ¿Dónde está lo jurídico en cada una de esas cosas? Los gobernadores, los jueces y los gendarmes son hombres de carne y hueso como todos los demás, sin que de ellos se diferencien a virtud de ninguna realidad peculiar; y, sin embargo, en ellos encarna una dimensión jurídica. ¿Dónde está lo jurídico en ellos? Los Códigos y los Reglamentos contienen reglas de conducta; pero también las contienen los estatutos que regulan el futbol o un juego de baraja, y, asimismo, un recetario de cocina o un manual sobre cómo debe uno comportarse en una reunión social, y, asimismo, los preceptos de una confesión religiosa. ¿Por qué de los ejemplos puestos antes decimos que se trata de cuestiones jurídicas, y en cambio no consideramos como tales todas esas otras reglas que acabo de mencionar? Una cárcel y una fortaleza son edificios, como lo son también una mansión o un estadio, ¿por qué los primeros tienen una significación jurídica de que carecen los segundos? Respecto de todas las múltiples y heterogéneas cosas mencionadas, ¿dónde reside en ellas lo jurídico? ¿Y qué es lo que me permite agrupar dentro de una misma denominación, esto es, como Derecho, cosas tan dispares? ¿A qué región del Universo pertenece lo jurídico, que se me hace patente en tan diversas manifestaciones? ¿Dónde mora el Derecho? ¿Qué clase de cosa es eso que llamamos Derecho y que tan varias figuras presenta? ¿De dónde sale todo eso que calificamos como jurídico? ¿Por qué encontramos lo jurídico en todos los pueblos y en todas las épocas? ¿Por qué y para qué se ocupan los hombres de todas las latitudes y tiempos con problemas jurídicos?

Y no se crea que todas esas cuestiones sean un misterio sola-

mente para los laicos en Jurisprudencia. Aunque los peritos en las ciencias del Derecho sepan, claro es, sobre él, inconmensurablemente más que el profano, ocurre que tal vez en tanto que puros juristas—es decir, como meros técnicos del Derecho—tampoco se hallan en condiciones de contestar satisfactoriamente las preguntas que he formulado. Porque el jurista—en tanto que jurista y nada más que como tal, incluso como científico del Derecho—se mueve cómoda y certeramente dentro de los vericuetos de las disposiciones jurídicas; conoce todos sus elementos, las entiende, las aplica; pero no enfoca el problema de cuál sea la situación y sentido que el Derecho tenga dentro de la complejidad del Universo. Del Derecho, el jurisperito conoce acaso todas sus partes; pero, si solamente es jurisperito y nada más que eso, y no sale del sector limitado de su especialidad—aunque ésta abarque todas las partes del Derecho—, no podrá tener una idea cabal del Derecho como totalidad, del Derecho en sí, ni de cuál sea el lugar que ocupa respecto de los demás tipos de cosas que en el mundo hay. Tales problemas sólo pueden ser planteados y resueltos en la medida en que nos situamos en otro plano del conocimiento, en un plano distinto del conocimiento meramente científico, a saber, en el conocimiento filosófico. Por eso, solamente una Filosofía del Derecho es la que puede decir la verdad plenaria y fundamental sobre lo jurídico, o por lo menos plantearse este problema.

3. *Pregunta sobre cuál es la región del Universo a la que pertenece el Derecho*

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

Derecho. Y si conseguimos contestar satisfactoriamente esta pregunta, habremos logrado nada menos que precisar la índole de ese algo que lleva el nombre de Derecho.

4. El Derecho no pertenece a la naturaleza física

De buenas a primeras, barruntamos ya que probablemente hay zonas del Universo en las que no anida nada que tenga que ver con lo jurídico. Presentimos que en ningún sector de la naturaleza, ni física, ni química, ni orgánica, hallaremos al Derecho. Y seguramente este barrunto es certero, como se verá enseguida. Pero, sin embargo, como ha habido quienes impulsados por algunas direcciones de tosco monismo han querido hacer derivar el Derecho de una fuerza cósmica, o de una ley mecánica, o de una ley química, o de una ley biológica; y ha habido también quienes al estudiar las funciones que cumplen algunas especies animales han complicado ideas jurídicas (y así han hablado de la reina de las abejas, y del régimen familiar de los gorilas), conviene que no demos nada por sabido de antemano. Y, por tanto, será oportuno que realicemos una excursión a través de las diversas regiones del Universo, sin excluir ni siquiera esas zonas de la naturaleza física, de las que el Derecho nos parece—con razón, como veremos—absolutamente ausente.

El mundo de la naturaleza física inorgánica está constituído por las series de fenómenos concatenados por nexos fatales de casualidad, ciegos o indiferentes a todo punto de vista de valor o desvalor, ignorantes de toda estimativa, carentes de todo sentido; pues los fenómenos de la naturaleza física se explican exhaustivamente en la medida en que conseguimos insertarlos correctamente en una cadena de casualidad. Nada hay en la naturaleza que se nos ofrezca como elemento jurídico. Y no se arguya en contra de esto, diciendo, por ejemplo, que el territorio del Estado—que es algo jurídico—constituye un pedazo de la naturaleza física de nuestro planeta; porque lo que haya de jurídico en el territorio no es una realidad física, sino una especial significación, ajena por entero a su materia o corporeidad, y que, por lo tanto, es absolutamente inexplicable desde el punto de vista de la Ciencia física. No se aduzca tampoco, como mal supuestos ejemplos contrarios, la existencia de realidades tangibles, como cárceles y banderas, en las que el Derecho se manifiesta. En primer lugar una cárcel y una bandera, aunque compuestas de ingredientes corporales, no son cosas de la naturaleza co-

mo las montañas o los ríos, sino que son cosas elaboradas por el hombre, productos de actividades humanas, y, como tales, de todo punto ininteligibles para la Física, o para cualquier ciencia natural. Pero, además, resulta notorio que la dimensión jurídica que en esas cosas descubrimos, no radica en ninguno de sus componentes materiales, ni en las piedras o maderas, ni en las fibras textiles del paño, sino en la *expresión de un sentido*, de una finalidad, por completo ajena al mundo de las relaciones físicas.

Tampoco en el sector de las realidades orgánicas corpóreas encontramos nada que nos evoque el Derecho, ni presente huella de lo jurídico. No es posible intentar aquí una ontología de los entes biológicos—ni siquiera en somero esbozo—. Pero baste con decir que, aún en el caso de que tuvieran que ser entendidos a la luz de un principio de finalidad, tal idea de finalidad sería de índole completamente dispar de lo que entendemos con esta palabra cuando la aplicamos a actividades típicamente humanas, (esto es, a los quehaceres intencionales del hombre). Cuando muy pronto, a la vuelta de unas pocas páginas, contemplemos el reino de las realidades humanas, comprenderemos que entre lo humano y lo biológico media una abismal diferencia, una heterogeneidad inzanjable.

Otra consideración pone en evidencia que el Derecho es totalmente ajeno al mundo de la naturaleza. En éste, en la naturaleza, sus elementos se nos presentan siempre vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos. Tales nexos o enlaces reciben el nombre de leyes naturales (físicas, químicas, biológicas, etc.), las cuales expresan cómo, de modo forzoso, se comportan *efectivamente* los fenómenos. Por el contrario, el Derecho se nos ofrece como un conjunto de *normas*. Aunque en este momento preliminar no podamos todavía intentar ni una somera definición de lo jurídico, no es aventurado decir que el Derecho contiene un conjunto de normas, pues esto se descubre en un primer contacto vulgar con el mismo. El Derecho—como también los llamados principios morales, y los preceptos religiosos, y los usos de cortesía, y las reglas del juego—se nos presenta como un repertorio de normas. Ahora bien, norma quiere decir expresión de un deber ser, esto es, enunciación de algo que estimamos que debe ser, aunque tal vez de hecho pueda quedar incumplido. Mientras que las leyes naturales (de la Física, Química, etc.) denotan algo que se realiza ineludible y forzosamente; y valen como tales leyes, en virtud de su coincidencia con la realidad; por el contrario, las normas postulan una conducta que—por alguna razón—se estima valiosa, aunque de hecho pueda producirse un

comportamiento contrario. Precisamente porque esa conducta no puede contar con la forzosidad de una realización, se la enuncia como un *deber*. Pero un deber es cabalmente lo contrario de una forzosidad ineludible; porque no es seguro que inevitablemente vaya a producirse el comportamiento deseado, por eso se le enuncia como un precepto, es decir, como una necesidad normativa. El mundo de la naturaleza es el de la *forzosidad material;* el mundo de las normas es el de una *necesidad de deber ser*. Lo que enuncian las leyes naturales *tiene que ser;* lo que prescriben las normas no está asegurado por una forzosidad natural; precisamente por eso se expresa como un *deber ser* dirigido a la conducta. Si formulamos la ley, "el calor dilata la columna de mercurio", denotamos un hecho que ocurre y que forzosamente tiene que ocurrir. Pero si decimos "debes pagar una deuda a su tiempo", no expresamos un hecho real, una forzosidad efectiva—puesto que hay malos pagadores y deudores morosos—, sino que estatuímos una norma de comportamiento. (Más adelante habré de insistir y profundizar más sobre este tema de la normatividad.)

Resulta, pues, bien claro, que el Derecho no mora en la naturaleza corpórea; y, por consiguiente, es también notorio que quien permanezca encerrado dentro del ámbito de las ciencias naturales y maneje exclusivamente sus métodos, jamás llegará a enterarse ni de lejos de lo que el Derecho sea.

5. *Tampoco el Derecho es naturaleza psíquica*

Ahora bien, durante varios siglos, hubo la propensión de llamar espiritual o psicológico a todo aquello que se muestra como no corpóreo. Y, así, se tendía como a una especie de clasificación bipartita del mundo: lo material y lo psicológico. Pero ha debido reconocerse que esa visión dual era muy tosca; pues hay un sinnúmero de *algos* que notoriamente no son corpóreos, que no son materiales, y que, sin embargo, no pertenecen al dominio de lo psíquico; ni pueden, por tanto, ser explicados ni entendidos por la Psicología. En otro tiempo se dijo por algunos: si el Derecho no es materia, si la Jurisprudencia no es Física, ni Biología, será algo psicológico. Pero hoy, en cambio, hemos caído en la cuenta de que la entraña de lo jurídico no pertenece al reino de los seres psíquicos, aun cuando se nos haga patente a través de éstos. Llamamos psique a un especial complejo de fenómenos reales, que, aunque seguramente no

desplacen espacio, corren a lo largo del tiempo. Lo psíquico está constituído por un conjunto de resortes, de instrumentos, de mecanismos (imágenes, memoria, impulsos, emociones, etc., etc.), que por muy distintos y heterogéneos que sean de los fisiológicos, que por irreductibles que resulten a éstos, sin embargo tienen esa dimensión de mecanismo, son una serie temporal de fenómenos. La Psicología—como ciencia—estudia esos procesos intelectivos, emocionales y volitivos; y, aun cuando los puntos de vista y los métodos para aprehenderlos son enteramente distintos que los empleados por las ciencias físicas y biológicas (pues fracasó y ha quedado desterrada la Psicología basada en los conceptos de causalidad natural y de mensura), sin embargo, tiene de común con las ciencias naturales el que trata de explicar unos fenómenos reales, en su dimensión de realidades efectivas y en sus peculiares nexos. Ahora bien, en la contemplación de tales procesos psicológicos—intelecciones, sentimientos, voliciones—, en el estudio de su estructura y de su dinamismo, no aparece el Derecho en tanto que tal. Cierto que el Derecho puede darse como objeto o término de referencia de tales fenómenos. Puedo pensar con mi entendimiento el Derecho; puedo sentir la emoción alentadora del Derecho triunfante, o la emoción dolorosa de un entuerto cometido; y puede mi voluntad encaminarse a la realización del Derecho. Pero yo no encuentro la esencia del Derecho, lo que el Derecho tiene de tal, al escudriñar esos procesos psicológicos, pues los mismos procesos psicológicos se dan cuando pienso, siento o quiero el arte, o la religión, o el amor, o la cocina. Se ha hablado, ciertamente, de una intuición de lo justo, de un sentimiento jurídico, y, asimismo, puede hablarse de un raciocinio jurídico y de una voluntad jurídica. Pero en todo esto lo jurídico será el contenido o lo mentado en un pensamiento, en una emoción o en una volición; mas de ningún modo esos procesos mentales, emocionales o voluntarios, en tanto que fenómenos psíquicos. Lo que un pensamiento jurídico, o un sentimiento jurídico, tienen de jurídico, no es lo que tienen de pensamiento o de sentimiento, sino el punto de referencia de ese proceso mental. Aunque podemos encontrar, amar, querer, cumplir y fabricar el Derecho manejando una serie de resortes mentales, lo jurídico no consiste en la realidad ni en la estructura de esos procesos psíquicos. Lo jurídico de una intuición o sentimiento no es un ingrediente real de estos fenómenos, sino una cualidad *relativa*, es decir, algo que les nace por relación al objeto a que se refieren, que en este caso es algo jurídico.—Acudiendo a unos símiles—desde luego toscos y con un

volumen de inexactitud, como todas las comparaciones metafóricas—podría decirse que urge no confundir el espejo con la imagen que eventualmente refleje, y tener en cuenta que puede reflejar también muchas otras diversas; y, asimismo, no debemos confundir el escoplo y el martillo con uno de los muebles fabricados mediante tales instrumentos, y hemos de percatarnos de que, manejando iguales trebejos, se puede construir muchos otros enseres.

Queda, pues, claro que el Derecho no es ni naturaleza corpórea, ni tampoco proceso psíquico. Por negativos no dejan de ser muy importantes estos resultados conseguidos a través de la indagación expuesta. Es directriz obligada de toda labor filosófica el no dar nada por supuesto de antemano: antes bien, debe comenzar colocándose en un estado de perdición total, y, entonces, ir examinando, sometiendo a crítica todas las posibilidades, y desechar aquellas que sucumban a la crítica. Es muy fructífero este ir cerrando caminos, este ir eliminando vías muertas, porque a medida que hacemos tal cosa, se va reduciendo el conjunto de rutas que podemos seguir, o lo que es lo mismo, va disminuyendo la desorientación inicial. Y siguiendo esa labor de someter a la más dura prueba, a la más afilada crítica todos los senderos que se presentan ante nosotros, llegaremos a un punto en que nos encontremos ante uno sólo, y entonces tendremos la seguridad de que éste no constituirá vía muerta, sino que nos conducirá al objeto que buscamos. Naturalmente, esto a condición de que hayamos contemplado la totalidad de las veredas.

6. *El ser ideal*

Pero el mundo no se agota en los seres corpóreos y psíquicos. Hay otras regiones, otras zonas de entes, a las que he hecho ya alusión al comienzo de estas páginas. Y entre esas otras castas de objetos, figuran los llamados *seres ideales;* por ejemplo: los principios matemáticos, las verdades lógicas, etc., etc. Al ser ideal se le ha llamado también irreal: se trata de algo que *es,* pero que *es* de una manera diferente a como *es* el ser real. Mientras que lo real es aquello que se da encuadrado en el espacio y en el tiempo—materia—, o bien en el tiempo—psiquismo—, lo ideal no ocupa lugar ni se produce en la serie cronológica, pero mi mente tropieza con él como con un ser objetivo.

Hay que evitar cuidadosamente el error de que se confunda el ser ideal con el mundo de lo psíquico, como durante mucho tiempo

ocurrió. Tradicionalmente, el mundo de lo ideal se había venido confundiendo con el mundo de lo anímico. La dimensión espectral que corresponde a las ideas, su carácter quintaesenciado, las resonancias estimativas que a muchas de ellas acompañan, todo ello determinaba la propensión a definir lo ideal como espiritual, porque en el espíritu se nos hace patente el mundo de las ideas. Pero, al pensar así, se confundía lamentablemente el acto mental con el contenido u objeto que mediante él se nos hace patente. El acto psíquico mediante el cual pienso un número, un principio lógico o cualquier otra idea, es un hecho real de mi psiquismo, que se extiende a lo largo de un tiempo concreto. En cambio, la idea pensada tiene una consistencia propia e independiente del acto de pensarla. El modo de ser de la idea, su entidad o consistencia es no sólo *inespacial*, sino también *intemporal*. Aunque esa idea esté presente en mi conciencia durante algún tiempo, su ser es distinto al de mi acto de pensarla y rebasa infinitamente los márgenes de dicho acto. Un ejemplo aclarará decisivamente lo que estoy exponiendo. Pensemos el lector y yo, ahora, en el número *3*. Tendremos dos actos pensantes del número *3*: el acto psíquico del lector y el mío. Pero, en cambio, el número *3* es un solo y único objeto; es el mismo e idéntico el pensado por el lector y el pensado por mí. Además, yo pienso en el número *3* ahora, pero pensé también en él ayer y puedo volver a pensarlo mañana. Tendremos en una misma persona, tres actos, en tiempos sucesivos, de pensar el número *3*; pero el número pensado ayer, hoy y mañana, es exactamente el mismo. Cada acto de pensarlo es un nuevo suceso real que ocurre en mi mente o en la del lector. Pero la idea, el 3 pensado por el lector o por mí, antes, ahora o después, es el mismo algo. Queda así claro que la idea tiene un ser distinto de las realidades psíquicas en que se piensa. Estas realidades son múltiples, se producen en varios sujetos y en sucesivos momentos del tiempo. Por el contrario, el ser de la idea es uno; es algo que es fuera del espacio y fuera del tiempo y con independencia de mí, aunque a mí se me revele en un acto real de mi mente. Mi pensar la idea está ciertamente en el tiempo—y además en mí, que estoy en un cierto espacio—; pero la idea pensada es inespacial e intemporal. Para el conocimiento de la idea hace falta que una inteligencia la piense, pues es obvio que no podemos conocer ideas que no hayamos pensado. Pero podemos distinguir entre la idea pensada y el acto de pensarla, y, por consiguiente, darnos cuenta de que el ser de la idea no se confunde con el proceso efímero de pensarla.

Hay, pues, un mundo de ideas, que no ocupa espacio, que no

se extiende en el tiempo, que no tiene, por tanto, las dimensiones de la realidad, pero que tiene otra manera de ser. Constituiría un grave error equiparar el ser con la realidad y reducirlo a ésta. Hay seres reales; pero hay, además, seres irreales o ideales, que ofrecen a todo arbitrio del sujeto análoga resistencia que los objetos reales. Nos encontramos ante ellos, como nos encontramos ante un árbol. A diferencia del árbol no tienen realidad, pero sí tienen un ser objetivo, que impone determinadas exigencias a nuestra mente. A ese ser objetivo de los objetos ideales se le llama validez. Yo encuentro el principio 2 más 2 igual a cuatro gracias a un esfuerzo de mi mente, pero este principio no es un pedazo de mi psiquismo, sino que es una idealidad con propia consistencia, con validez.

Como no es este un libro de Metafísica, sino una mera iniciación a la comprensión filosófica del Derecho, no es oportuno desarrollar aquí la teoría del ser ideal con la exposición de todos sus temas; ni siquiera puedo entrar en relato de todos los diversos tipos de objetos ideales.[2] Pero me interesa tratar, aunque sea someramente, un especial sector de los objetos ideales, a saber, el de los valores.

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

7. *Los valores*

Lo mismo que acabo de exponer respecto de un principio matemático podríamoslo decir con relación a las ideas morales, u otros criterios estimativos, es decir, con relación a los valores. Los valores constituyen objetos ideales con una propia validez. Podemos descubrirlos en las cosas—en aquellas cosas que estimamos como valiosas—, pero no constituyen un pedazo de la realidad de ellas, sino una cualidad que nos presentan, en tanto en cuanto dichas cosas coinciden con las esencias ideales del valor.

Ahora bien, una somera consideración de esos principios que llamamos valores, nos pone de manifiesto que tienen características diversas de otros objetos ideales. Hay estructuras ideales como las matemáticas, que, además de su consistencia ideal, constituyen forzosamente también, en cierta dimensión, estructuras propias del ser real; por ejemplo: 2 más 2 igual a 4, es una relación matemática ideal, pero es a la vez una estructura de lo real, algo forzosamente realizado, porque no cabe que dos manzanas más cuatro manzanas no sumen cuatro manzanas. La reunión de las manzanas es incapaz de ningún acto de rebeldía contra esta relación matemática. Mas por el contrario, los valores—las ideas éticas, jurídicas, estéticas, los

módulos de vitalidad, los puntos de vista utilitarios—constituyen calidades ideales, frente a las cuales ocurre que las cosas o las conductas pueden ser indóciles. La validez ideal de los valores no va acompañada necesariamente de su encarnación en la realidad; puede suceder—y sucede muchas veces—que la realidad se muestre esquiva a la voz de los valores. Las gentes deben ser veraces; pero, sin embargo, tropezamos a menudo con personas mentirosas y traicioneras. Algunos valores están en cierta medida realizados, pero en otra no; algunos están positivamente realizados en las cosas; otros sólo de manera fragmentaria; y otros no se encuentran realizados, es decir, se hallan, por consiguiente, negados.

Los valores son objetos ideales que tienen una validez análoga a la que corresponde a otras ideas; pero, a diferencia de éstas, poseen además algo especial que podríamos llamar vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción del hombre. Cierto que la esencia de los valores es independiente de su realización; es decir: un valor vale no porque se haya realizado, sino a pesar de su no realización. Porque algo sea, esté ahí, no por eso quiere decirse que encarne un valor; puede representar precisamente la negación de un valor; esto es, un desvalor o antivalor. Y viceversa: la validez de un valor no lleva aparejada la forzosidad efectiva de su realización. Por eso se dice que las categorías *ser* y *valor* son independientes. Pero, si bien es notorio que la esencia y la validez de los valores resultan independientes de su eventual cumplimiento en los hechos, también lo es que esta independencia no significa indiferencia frente a su no realización, antes bien, en el sentido de los valores late la pretensión de ser cumplidos. Cuando los valores que se refieren a una determinada realidad, no son cumplidos o encarnados en ésta, ocurre que la tal realidad, sin dejar de ser la realidad que sea, parece como no justificada, como algo que ciertamente *es*, pero que *no debiera ser*. Y, asimismo, los valores no realizados tienen una dimensión que consiste en una manera de tendencia o dirección ideal de afirmarse en la realidad. Su sentido consiste en querer ser cumplidos, en determinar normas para el comportamiento. Naturalmente que cuando hablo de "tendencia", de "querer", de "vocación", empleo estas palabras como expresiones metafóricas, para denotar el especial sentido de los valores, y no en las acepciones rigorosas de esos vocablos (como poder efectivo, o como impulso real). Se trata solamente de aclarar la específica dimensión ideal que corresponde a los va-

lores, a modo de una dirección o referencia de la realidad, como pretensión de imperar sobre ella.

Aparte de otras características, tienen las ideas de valor la peculiaridad de darse siempre en pareja, el valor positivo frente al valor negativo (desvalor o antivalor). Es decir, una misma referencia de valor es bipolar: bien-mal, verdad-falsedad, justicia-injusticia, aptitud-ineptitud, belleza-fealdad, grandeza-mezquindad, etc., etc. Y en tanto que en la realidad se da la negación del valor que le corresponde, esto es, el desvalor o antivalor—acto inmoral, sentencia injusta, cuadro feo, trebejo inútil, etc.—, parece como si el valor positivo estuviese clamando por su realización; parece como si la realidad, en su faz antivaliosa o desvalorada, padeciese una penuria o mutilación de su destino.[3]

Cuando hablamos de la realización de los valores no queremos expresar que éstos se transformen en cosas, o en cualidades reales de las cosas; al realizarse un valor no se transforma en cosa, ni en ingrediente real de una cosa. El valor realizado en una cosa constituye una cualidad *relativa* de esa cosa, es decir, la cualidad que tiene a virtud de comparar la cosa con la idea de valor. Lo moralidad de un acto no es un componente psicológico ni biológico del mismo, sino una cualidad que tiene el acto de coincidir con el perfil de una idea ética. La belleza de un cuadro no es un pedazo material del mismo, sino la coincidencia de él con un valor estético, etc. Las cualidades valiosas de las cosas son cualidades ideales, que ellas tienen, en tanto que comparadas o referidas a ideas de valor.

Los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía. Hay especies de valores que valen más que otras clases—por ejemplo, los valores éticos valen más que los utilitarios—. Y, además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros; por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia. Si comparamos este espectáculo de las relaciones jerárquicas de los valores con el cuadro de la naturaleza, resulta algo peregrino; porque la naturaleza no conoce ni remotamente ninguna idea de rango—en tanto que naturaleza y nada más que como naturaleza, es decir, como mera serie causal de fenómenos—. En la naturaleza, mientras no introduzcamos puntos de vista de estimación, que son por entero ajenos a ella, no se conocen jerarquías ni escalas: un fenómeno es o no es, pero no cabe que sea más o menos, en diferentes grados de ser (real). En cambio, cada valor, a pesar de constituir en sí un valor, es menos valor que otros y más valor que otros. Esta es una

característica que diferencia el mundo de los valores del mundo de la naturaleza; pues en ésta, en el puro campo de los fenómenos naturales—y mientras en él no introduzcamos puntos de vista ajenos al mismo—, no hay grados de realidad: un fenómeno es o no es; y entre su ser o su no ser no caben grados intermedios: es lo que es y no es lo que no es. En cambio, según he mostrado, el ser de los valores consiste en su valer, y en éste se dan grados: unos valores valen más que otros. Es conveniente que fijemos la atención en esto, porque nos servirá muy pronto para entender una peculiaridad de la vida humana y de las obras en ellas producidas, que consiste en algo análogo a lo que ocurre con los valores, a saber, que la vida humana y sus obras tienen un ser susceptible de gradaciones jerárquicas. Y esas gradaciones jerárquicas tienen dos fuentes o dimensiones, a saber: el rango de los diversos valores y el grado de mayor o menor realización de cada uno de los valores. Lo cual nos pondrá certeramente sobre la pista de las relaciones de la estructura de lo humano con la estructura de lo estimativo. Unas páginas más adelante desarrollaré este tema. Y posiblemente a la luz del mismo conseguiré unas directrices para orientar una cuestión que había sido olvidada por el pensamiento contemporáneo, y que es urgente abordar.[4]

No es este el lugar adecuado para desarrollar, ni siquiera en breve resumen, los temas principales de la filosofía de los valores —que, por otra parte, se halla en espera de una reelaboración que la inserte en la nueva filosofía general, reelaboración en la que espero que el punto de vista anunciado al final del párrafo anterior (y que esbozaré en otras páginas de este mismo libro) pueda ser de alguna importancia. Mas estimo conveniente añadir algunas consideraciones respecto de los valores, pues, sea cual fuere el destino que dicha teoría haya de correr en el próximo futuro, hay ya en ella descubrimientos que se muestran como firmes.

Los valores no son elementos *dados* en la realidad, no son ingredientes reales de ella. Y, por consiguiente, no son conocidos en la experiencia de las cosas, no son sacados de la percepción. Una cosa aparece teniendo un valor positivo, como un *bien*, a virtud de una intuición primaria del valor que en ella encarna. El que estimemos algo como diestro, útil, bello, verdadero, bueno, justo, supone una intuición ideal de la destreza, de la utilidad, de la belleza, del bien moral, de la justicia. En suma, estimar tales objetos como valiosos consiste en percatarnos de que coinciden con ideas de valor. A las cosas en las cuales se da una idea

de valor positivo, las llamamos *bienes;* aquellas en que reside un valor negativo se denominan *males.* Pues ocurre que las cosas no podrían aparecerle al hombre como bienes—o como males—si no hubiese una estimación (independiente de la percepción de la realidad de las cosas) que le mostrase que poseen un valor—o un desvalor—. Se estima sólo a virtud de una idea de valor intuida primariamente. Resulta clara esta distinción entre la realidad y el valor —y consiguientemente la diferencia entre la percepción del objeto real y la intuición de su calidad valiosa—fijándonos en que a veces ocurre que percibimos el objeto real y estamos ciegos para su valor; y que, viceversa, pasa también, en algunas ocasiones, que intuimos un valor en una cosa, cuya textura real apenas conocemos; o que simplemente pensamos en la idea pura de valor, sin referirnos a ninguna realidad concreta en que se halle plenariamente encarnada; por ejemplo, pensamos en la justicia perfecta, que probablemente no ha conseguido realizarse.

Esto ha llevado a subrayar la independencia entre la categoría de la realidad y la categoría del valor. Resplandece en nuestra conciencia todavía con mayor relieve la dimensión de los valores, cuando éstos no se hallan realizados en la vida, porque entonces apreciamos el enorme contraste entre aquello que debiera ser y aquello que es. Acaso la justicia perfecta no hemos tenido nunca la ventura de verla plenariamente realizada; y no por ello dejamos de reconocer que la justicia es un valor. En cambio, tropezamos a menudo con injusticias, cuya realidad ahí, ante nosotros, no puede ser negada; pero, precisamente esa realidad de los hechos injustos suscita en nosotros su repudio, como injustificados a la luz del valor.

Asimismo, podemos señalar que toda idea de deber ser, de *normatividad,* se funda en una estimación, esto es, en un juicio de valor.

Por otra parte, se dan conexiones esenciales entre cada una de las clases de valores (éticos, utilitarios, etc.) y los respectivos soportes en que encarnan. Hay valores, como los morales, que sólo pueden darse en las personas realmente existentes y no en las cosas; los jurídicos en una colectividad; otros, como los de utilidad, sólo en las cosas y en los procesos; otros, como los vitales (salud, vigor, destreza), sólo en los seres vivos, etc., etc.

Hay valores que sirven de fundamento a otros, es decir, que funcionan como condición para que otros valores puedan realizarse. No puede darse el valor *fundado* sin que se dé el valor *fundante.* Y el valor *fundante,* condición ineludible para que pueda realizar-

se el valor fundado, es de rango inferior a éste. Así, por ejemplo, lo *útil* está fundado en lo *agradable,* pues sin lo agradable no existiría lo útil; y lo agradable, *valor fundante,* es inferior en jerarquía a lo útil, *valor fundado.* Y, en el curso de esta obra, tendrá el lector la ocasión de percatarse cómo en el mundo del Derecho vienen en cuestión los valores de justicia y de seguridad—entre otros—; y veremos que la seguridad es un valor fundante respecto de la justicia, que aparece como valor fundado; y la seguridad, a fuer de valor fundante, es inferior a la justicia, pero es condición indispensable para ésta; o dicho en otros términos: no puede haber una situación de justicia sin que exista una situación de seguridad.

Finalmente, convendrá hacer mención—aunque muy somera—de que la teoría de los valores o Estimativa ha descubierto una serie de principios puros, esenciales, rigorosos, y de leyes o conexiones de igual índole respecto de ellos. A título de mera alusión ilustrativa mencionaremos algunos de estos tipos de principios o conexiones. Por ejemplo, las leyes de la relación formal entre la realidad y los valores: la existencia de un valor positivo es un valor positivo; la no existencia de un valor positivo es un valor negativo (antivalor), etc., etc. Así también, las leyes para la determinación del rango o jerarquía entre los valores. Y podría enunciarse todavía muchos más ejemplos; pero no es oportuno desviar el curso de estas páginas (dedicadas a servir de introducción a la esencia de lo jurídico) hacia un estudio monográfico sobre los valores.

8. *Enjuiciamiento crítico de la Filosofía de los valores. Directrices para su superación y para su inserción en la Metafísica de la vida*

Pero acaso resulte conveniente que, aun tratándose de unas páginas de iniciación a la Filosofía del Derecho, formule en breves palabras un enjuiciamiento de lo que la teoría de los valores ha significado en el inmediato pretérito y de sus perspectivas actuales y futuras. La filosofía de los valores, especialmente la de la escuela de Scheler y de Hartmann, ha representado una de las más resonantes conquistas del pensamiento contemporáneo. Pero también es fuerza reconocer que, desde hace algo más de diez años, ha entrado en una peregrina situación. La teoría de los valores, al producirse en la obra de Scheler, alcanzó enorme influjo en toda el área filosófica de nuestra época; y fué considerada como uno de los más

certeros y fecundos descubrimientos de la meditación contemporánea. Pero después ocurre un raro acontecimiento, en la última fase del pensamiento filosófico, en la llamada Filosofía existencial de Heidegger, en la Metafísica según los principios de la razón vital de Ortega y Gasset, en suma, en el pensamiento que podríamos rotular como humanismo trascendental—según la acertada denominación de José Gaos—.[5] Ese nuevo pensamiento—protagonista del actual momento filosófico, y fecunda creación que señala el comienzo de una nueva edad en la historia de la Filosofía—parece haber dejado a un lado, casi como olvidada, la teoría de los valores. Pero lo curioso es que no se ha enfrentado críticamente con la misma, con el propósito de lograr una superación de ella. Se ha limitado sencillamente a prescindir de ella—por lo menos en apariencia—, diríamos que a desviar de ella la atención. Los temas que hace quince años estaban en el centro del pensamiento contemporáneo han sido sustituídos por otros en el pensamiento de Ortega y Gasset y de Heidegger; pero sin que ni uno ni otro hayan desarrollado una suficiente explicación de ello, a pesar de que años antes hubieron de vivir muy próximamente la fuente de la filosofía de los valores. Queda, por consiguiente, como urgente tarea, para el pensamiento del inmediato futuro, el revisar la filosofía de los valores y determinar sobre cuál pueda ser su situación en las doctrinas del humanismo trascendental. Y como contribución a este tema, querría yo aportar las siguientes reflexiones, siquiera sea a modo de puro esbozo o de directriz germinal.

Aun cuando se aprecie todo lo que en la filosofía de los valores hay de fértil conquista y de descubrimiento de nuevas zonas, se destacan hoy algunas insuficiencias en la misma: lo que se dejó a la espalda sin explicar y sin ni siquiera hacerse cuestión de ello.

Así, por ejemplo, la separación radical entre el reino de la realidad fenoménica y el reino del valor, puede ser, desde un punto de vista metódico, necesaria y de gran rendimiento; pero no puede constituir una última palabra, o, lo que es lo mismo, no puede ser considerada como una primera y radical base en una filosofía general, es decir, en una Metafísica. Sin desdeñar las fructíferas perspectivas metódicas de la distinción entre realidad y valor, deberíamos, en un plano más profundo, plantearnos el problema de vincular de nuevo esos dos reinos, para explicarnos cómo el uno está destinado al otro, y encontrar un principio más radical en el que ambos quedasen articulados. Es decir: en un plano de diferenciación formal resulta correcto distinguir entre realidad fenoménica y valor;

pero, de otra parte, aunque desde ese punto de vista de caracterización formal, se presenten el ser y el valor como independientes, es necesario reconocer que entre ambos se da una relación que podríamos llamar de recíproca vocación; pues pertenece a la esencia misma de los valores una pretensión de ser realizados, de ser cumplidos en determinados hechos; y, correspondientemente, de otra parte, hay realidades en las cuales deben ser encarnados unos ciertos valores—y no otros—, hasta el punto de que cuando no ocurre así, esas realidades nos resultan injustificadas, a pesar de ser reales, es decir, son, pero no debieran ser. Sucede, pues, que, aunque lo real y lo valioso sean categorías distintas y formalmente independientes—recordemos que hay valores no realizados, y que hay realidades antivaliosas—, sin embargo, parecen estar ahí el uno para el otro recíprocamente. Esto es, hay unos valores para ser cumplidos en determinadas realidades; y hay unas realidades en las cuales debe cumplirse unos determinados valores. Y todo esto supone que entre los dos reinos se da una conexión, una vinculación, que no fué satisfactoriamente estudiada en la filosofía de los valores del inmediato pretérito.

Además, querría advertir algo que considero puede tener excepcional alcance en esa revisión de la filosofía de los valores. Cuando se descubrió la categoría del valor distinta de la del ser real de la naturaleza, experimentaron los filósofos el entusiasmo que tiene el explorador al poner por vez primera su planta en tierra antes incógnita, y subrayaron muy mucho que la categoría "valor" es tan primaria y radical como la categoría "ser real", que no deriva de ésta—por la sencilla consideración, ya expuesta, de que el hecho de que algo sea real y efectivamente no supone que valga, pues hay en el mundo múltiples realidades antivaliosas; y por la consideración inversa de que el hecho de que reconozcamos una calidad como valiosa no implica que dicha calidad esté realizada, ni que tenga forzosamente que estarlo, ya que los supremos valores no los hemos visto todavía encarnados plenariamente. La filosofía de los valores insistió mucho en ese carácter que el valor tiene de constituir una categoría tan primaria como la categoría "ser real", y por tanto independiente de ésta. Ahora bien, yo creo que esa filosofía de los valores ha entrado en crisis, porque será preciso darse cuenta de que en lugar de constituir lo que pretendió en un principio, es decir, un nuevo capítulo del tratado sobre los objetos ideales, se transformará en algo más importante y radical, a saber, en un elemento condicionante de la Metafísica general. Porque seguramente estamos en tran-

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

ce de darnos cuenta de que la categoría *valor* no es tan primaria como la categoría *ser,* sino que es *más primaria* que ésta—si me es admitida tal expresión—. Seguramente—a la luz del humanismo trascendental (filosofía de la existencia o de la vida)—reconoceremos que, puesto que las cosas se presentan para el hombre en una función servicial, y puesto que las cosas son ingredientes de la vida del hombre, elementos en su vida y para su vida, y como la vida humana está constituída por una serie de actos de preferir, que suponen juicios de valor, resultará que lo *estimativo* condiciona todas las demás maneras de ser, en suma, condiciona al Universo entero con todas sus zonas y categorías. Oportunamente en páginas ulteriores de este libro explicitaré esta idea, que entonces—después de que el lector haya trabado conocimiento con la filosofía de la vida—, se hará patente con todo su relieve y significación. Pero era necesario que al insinuarse ahora, al haber tratado de la filosofía de los valores, aunque en este momento acaso el lector no pueda calibrar enteramente su alcance.

Y aún querría anticipar algo más, para completar este esbozo de la revisión a que ha de someterse a la filosofía de los valores. Esta—en las obras mencionadas—ha insistido mucho en que los valores no solamente son esencias puras independientes de la experiencia de la realidad, sino que además constituyen esencias objetivas y con validez absoluta. Y, desde luego, parece que es un firme descubrimiento que los valores no son proyección de mis sentimientos o de mis deseos—pues no atribuyo mayor valor a aquello que mayor agrado me produce, ni tampoco a aquello que deseo con más vehemencia—. Es decir, los valores no constituyen el resultado de una especial configuración de mis mecanismos psicológicos. Pero estimo que esta dimensión de los valores—su independencia de lo psíquico—que, en principio, constituye una visión certera, ha sido transformada en un concepto de objetividad abstracta, lo cual ha conducido a muchos equívocos; y que, sobre todo, ha constituído el más grave obstáculo para insertar la teoría de los valores en una concepción filosófica general. A la luz de la Metafísica de la vida, considero yo que probablemente se habrá de establecer que, si bien los valores son objetivos—esto es, que no son proyecciones de la psique—, se tendrá no obstante que entender esta objetividad como algo inmanente a la vida humana; puesto que la vida humana es la realidad radical, que sustenta a todas las demás; y que todas las demás se dan en ella. Muy pronto explicaré y justificaré este aserto.

Pero el tema de este libro no son los valores, sino concretamen-

te el Derecho. Hemos tropezado con los valores en nuestra excursión por el Universo, en busca de lo jurídico. Hemos discurrido por la zona de los valores para ver si entre ellos mora el Derecho.

9. *El Derecho no es valor puro*

¿Es acaso el Derecho pura y simplemente un valor? Probablemente el lector no se sentirá inclinado a contestar esta interrogante de un modo tan seguro y rotundo, como cuando al preguntar si el Derecho pertenece al mundo de la naturaleza, se dibujaba con toda claridad la respuesta negativa. La negativa entonces parecía caer por su propio peso, como fruta madura, como algo clarísimo. Ahora, de momento, comprendemos que el Derecho tiene algo que ver con el mundo de los valores, pues parece que no se puede hablar de lo jurídico sin referirlo a algunos valores. Y ello es exacto. Pero, de otro lado, barruntamos que el Derecho, a pesar de su conexión con el mundo de los valores, no es pura y simplemente un valor, sino que es un conjunto de cosas que ocurren en el seno de la vida humana y en el área de la historia, y que tiene, por consiguiente, una serie de ingredientes que no pueden ser domiciliados en el reino de los objetos ideales, al cual pertenecen los valores.

Lo jurídico—p. e., el código civil, el código penal, el parlamento, los jueces, los policías, etc.—está constituído por un conjunto de actividades y de obras reales de los hombres; obras y actividades insertas en su vida, condicionadas por ella, en las cuales late la referencia a unos valores (seguridad, justicia, utilidad común, etc.), es decir, late el propósito intencional de realizarlos. Esos valores serán los criterios, las ideas en que lo jurídico trata de orientarse; pero el Derecho positivo no está constituído por puras esencias de valor, aunque le aliente la intencionalidad de guiarse por ellas, y aunque pueda contener una mayor o menor realización positiva de ellas. El Derecho no es la pura idea de la justicia ni de las demás calidades de valor que aspire a realizar; es un ensayo—obra humana—de interpretación y de realización de esos valores, aplicados a unas circunstancias históricas. Y, por lo tanto, el Derecho contiene elementos de esa realidad histórica.

Por otra parte, adviértase que la relación del Derecho positivo con los valores que trata de plasmar no siempre es de correspondencia perfecta: así, por ejemplo, podrá ser justo, menos justo o injusto. Muchas de las normas e instituciones jurídicas elaboradas por los

hombres pueden haber resultado acertadas; pero muchas otras se han mostrado como yerros, como inadecuaciones, e incluso como fracasos en su propósito de justicia. Y el Derecho de un pueblo en un determinado momento histórico está compuesto de aciertos, de menores aciertos y también de fallas de la intención de realizar determinados valores. Todo Derecho, según veremos, pretende ser algo en lo cual encarnen determinadas ideas de valor, o, dicho en términos más sencillos, todo Derecho es un ensayo de Derecho justo, un propósito de Derecho valioso. Pero él no está constituído simplemente por los puros valores que pretende realizar, sino por una serie de ingredientes a través de los cuales se ofrece un ensayo de interpretación concreta de dichos valores—interpretación que, por lo demás, puede resultar más o menos correcta o incluso fallida.

Así, pues, el Derecho no se compone puramente de esos valores a que él se refiere, sino que es el vehículo a virtud del cual se trata de realizar esos valores; es el algo que puede funcionar como medio o agente de realización de tales valores—o de su fracaso—; o dicho con otras palabras, Derecho es lo que puede ser justo o injusto (tomando ahora estos vocablos como expresión sintética de los valores jurídicos, positivos y negativos respectivamente).

Resulta, pues, que tampoco hemos hallado el Derecho como habitante de la zona de los valores, aunque con ella guarde una necesaria relación. Debemos pues seguir nuestro recorrido por las regiones del universo hasta que encontremos aquella en la que el Derecho anida. ¿Dónde se encuentra el Derecho? ¿Qué jaez de cosa es eso que llamamos Derecho? Al colocar de nuevo en otra zona del Universo la advertencia de que tampoco en ella habita el Derecho, hemos dado un paso más en la empresa de circunscribirlo; y también hemos tenido ocasión en estas últimas reflexiones de que se empiecen a dibujar algunos esenciales de su contextura. Hemos caído en la cuenta de que el Derecho es algo que los hombres fabrican en su vida y que lo viven en ella con el propósito de realizar unos valores. Con esto, presentimos que habremos de incardinar lo jurídico en la vida humana.

10. Tránsito a la consideración filosófica de la vida humana

Igual indicación se nos señalará si nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Quién debe realizar los valores? Contestemos esta cuestión y con ello habremos dado un paso de extraordinario alcance.

D. 10 1.75 [5286]

¿Quién debe realizar los valores? Pues habremos de contestar, desde luego, que el hombre. Pues de todos los seres que encontramos en el Universo, el hombre es el único que entiende la llamada ideal de los valores, que es permeable al deber ser que ellos llevan consigo y capaz de orientar hacia ellos su conducta. La naturaleza—que es un conjunto de mecanismos regidos por las conexiones de la causalidad—es sorda a la llamada de los valores; está inexorablemente prisionera de leyes que son inafectables por los imperativos de los valores. Por el contrario, el hombre es el ser que entiende la llamada de los valores y puede acomodar a ellos su comportamiento. El hombre es el conducto por medio del cual la dimensión ideal de los valores se puede transformar en un poder efectivo, que obre sobre el mundo de lo real. El hombre es el elemento gracias al cual el deber ser puede convertirse en una tendencia real actuante en los hechos. Y, así, el hombre se nos ofrece como una especie de instancia intermedia entre el mundo ideal de los valores y el mundo real de los fenómenos: escucha la llamada de los valores; y, a través de su conducta, puede realizarlos o dejarlos de realizar. Y, así, actúa como una instancia de transformación de la realidad, como un reelaborador de la misma, desde puntos de vista estimativos.

Así, pues, resulta obvio que es el hombre la instancia de cumplimiento o incumplimiento de los valores. Y por tanto la pregunta ¿dónde se realizan los valores? debe ser contestada diciendo que los valores se realizan en la vida humana. Ahora bien, con esta respuesta hemos conseguido un gran avance y estamos en posesión de una directriz certera para descubrir cuál es la zona del Universo donde encontramos el Derecho. Porque vimos que el Derecho está constituído por unas obras y actividades en las que se trata de realizar unos determinados valores. Ahora bien, acabamos de darnos cuenta que el agente de realización de los valores es el hombre, y que éstos se cumplen—o se infringen—en la vida humana.

11. La vida humana

Urge que ahora nos preguntemos: ¿qué es eso que se llama vida humana? Acabamos de tropezar con un ser en el universo, que ya a primera vista parece diferente de todos aquellos otros que habíamos catalogado hasta aquí. Hemos encontrado la vida humana. Ahora bien, el hallazgo intelectual de esa peculiar realidad, nos va a deparar otras sorpresas—extraordinariamente fecundas—. Pues vamos

a ver como eso, que llamamos vida humana, no es solamente un ser distinto de todos los demás seres en el Universo, sino que es el ser fundamental. Es decir, veremos que la vida humana es la realidad primaria y básica, condicionante de todos los demás seres. La vida humana es la realidad primera y radical y a la vez la base y ámbito de todos los otros seres y la clave para la explicación de éstos. Veremos que todo cuanto es, lo *es en la vida humana,* y como un componente de ella. Pero frenemos estas anticipaciones que acabo de esbozar; y ciñámonos a la pregunta cuya respuesta rigorosa ha de conducirnos a nuestra meta.

¿Qué es eso que llamamos vida humana? Ante todo adviértase que al hablar de vida humana no me refiero en modo alguno a la vida biológica, sino al concepto de vida en la acepción en que se usa cuando hablamos de biografía, es decir, como aquello que hacemos y nos ocurre.[6]

La vida humana en este sentido es lo más obvio. Constituye nuestra propia existencia, la de cada uno; todo cuanto hacemos, deseamos, pensamos, y nos ocurre. Pero esta realidad tan patente, tan notoria, no había sido objeto de especial reflexión filosófica sino hasta muy recientemente, hasta la obra de José Ortega y Gasset y de Martin Heidegger. La vida humana se ha convertido, desde hace algo más de dos lustros, en objeto de una meditación filosófica central. Cierto que desde que la conciencia despuntó en Occidente la Filosofía, hace veinticinco siglos, la vida humana aparece en alguna manera como objeto de meditación; pero no como tema metafísico fundamental. Lo que el humanismo trascendental ha descubierto es que la vida constituye no sólo una realidad distinta de todas las demás realidades, sino que es la realidad *radical, primaria, básica* y que además es el fundamento y la explicación de todo lo demás; pues todo lo demás *es* en la vida humana. Y a la luz de este descubrimiento, se inaugura toda una nueva filosofía, que significa formidable progreso en la historia del pensamiento, y cuya elaboración se nos depara como tema de nuestra época.

Tratemos de cobrar contacto reflexivo con la realidad de la vida humana. Y en esta exposición me ajustaré estricta y fielmente a la doctrina de José Ortega y Gasset, quien ha sido el primero en meditar sobre este tema y en esclarecerlo certeramente.[7]

¿Qué es nuestra vida? Claro es que nos referimos a la vida en un sentido inmediato; y no, por consiguiente, como biología. Las definiciones y puntos de vista biológicos son construcciones teóricas, y, por tanto, mediatas, y no intuiciones inmediatas ni evidentes. Y

ahora nos preguntamos por la presencia directa de eso que llamamos vida. Vivir es lo que somos y lo que hacemos; es lo que está más próximo a nosotros. Nuestra vida es todo lo que nos ocurre y hacemos en cada instante; y, por ende, está compuesta de una serie de sucesos, muchos de los cuales—acaso la mayor parte—parecen humildes o triviales. Cierto que, a veces, la vida parece tomar tensión, encabritarse, concentrarse, densificarse. Pero tan vida son esos momentos dramáticos, como los minutos vulgares.

"Vida es todo lo que hacemos; pero eso no sería vida si no nos diéramos cuenta de que lo hacemos. Es la vida una realidad de peculiarísima condición, que tiene el privilegio de darse cuenta de sí misma, de saberse. Pero este saberse no es un conocimiento intelectual, sino ese carácter de presencia inmediata de la vida para cada cual. Sentirse, darse cuenta, verse, es el primer atributo de la vida." La vida es pues intimidad con nosotros mismos, un saberse y darse cuenta de sí misma, un asistir a sí misma y un tomar posesión de sí misma. "Vivir es encontrarnos en un mundo de cosas, que nos sirven o que se nos oponen, que nos atraen o que repelemos, que amamos u odiamos; es encontrarnos en un mundo de cosas ocupándonos de ellas. Así, pues, la vida consiste en la *compresencia,* en la *coexistencia del yo con un mundo,* de *un mundo conmigo,* como elementos inseparables, inescindibles, correlativos." Por qué yo no soy, si no tengo un mundo de que ocuparme, si no hay cosas que pensar, que sentir, que desear, que repeler, que conservar, que transformar, o que destruir. Pero tampoco tiene sentido que yo hable de un mundo como independiente de mí, porque yo soy el testigo del mundo. Para que tenga sentido hablar del mundo es preciso que yo exista con él; y que exista yo, no sólo a manera de una de sus partes o ingredientes, sino como garantía de su existencia. Hablar del mundo independiente de mí es invención, fabricación o hipótesis intelectual, pero de ninguna manera una realidad dada. Lo dado radicalmente es el mundo testificado por mí.

Encontramos la vida cuando nos encontramos a nosotros mismos con el mundo, al mundo con nosotros, en inseparable compañía. Y ¿quién es el yo? "El yo no es ciertamente una cosa; no es mi cuerpo, pero tampoco es mi alma, conciencia o carácter, pues yo tengo que vivir con estos elementos; el yo se ha encontrado con estas cosas corporales y psíquicas y vive *con* ellas, *mediante ellas;* es el que tiene que vivir *con* las cosas, *entre* las cosas, de las cuales hay unas, su cuerpo y su psiquismo, que tienen una mayor proximidad."

Pero la vida no queda caracterizada solamente como un saberse, como un pensarse a sí misma; sino que además hay que añadir fundamentalmente que consiste en *un hacerse* a sí misma. La vida no es un ser ya hecho, ni tampoco un objeto con trayectoria predeterminada; la vida no tiene una realidad ya hecha como la piedra, ni tampoco una ruta prefijada como la órbita del astro o el desarrollo del ciclo vegetativo de la planta. Es todo lo contrario; es algo completamente diverso: es un *hacerse a sí misma,* porque la vida no nos es dada hecha; es *tarea;* tenemos que hacérnosla en cada instante. Y esto no sólo en los casos de conflictos graves, sino siempre, en todo momento. "Vivimos sosteniéndonos a nosotros mismos, llevando en peso nuestra propia vida, que, en cada instante, se halla en la forzosidad de resolver el problema de sí misma. Una vida que simplemente se viera a sí misma, como sería la de una bala que tuviera conciencia, no sería vida, porque no tendría que hacerse a sí misma. Y si bien no nos es dado escoger el mundo en que va a hacerse nuestra vida—y ésta es su dimensión de fatalidad—, nos encontramos siempre con un cierto margen, con un horizonte vital de posibilidades—y ésta es su dimensión de libertad—" (pues en el peor y más apretado de los casos, quedarán por lo menos dos posibilidades: aceptar un destino inexorable o marcharnos de la vida). La vida es siempre un hacer algo, algo concreto, positivo o negativo —pues el no hacer nada es en definitiva también un hacer vital, un decidirse por una de las posibilidades—. Y el hacer vital consiste en un determinar qué voy a ser, qué voy a hacer en el próximo instante; la vida consiste en un tener que decidir en cada momento lo que vamos a ser en el siguiente, en un hacerse a sí mismo resolviendo en cada instante su futuro. "Vivir es cabalmente estar ocupados en algo, preocupados; vivir es tener planteado constantemente el problema de sí mismo y tener que irlo resolviendo en cada momento. Nuestra vida es decidir nuestro hacer, decidir sobre sí misma, decidir lo que vamos a ser; por tanto, consiste en ser lo que aun no somos; en empezar por ser futuro; en ocuparnos de lo que hemos de hacer, o lo que es lo mismo, en *pre-ocuparnos.*" Vivir es realizar un proyecto de existencia, es un quehacer, una sucesión y una simultaneidad de *hacerse.*

Ahora bien, nótese que el *hacer* humano, como tal, no consiste en la actividad de sus procesos fisiológicos, ni tampoco en la de sus mecanismos psíquicos (de imaginación, percepción, pensamiento, emoción, voluntad, etc.). Tanto esos mecanismos psíquicos, como los resortes corporales, son meros instrumentos con los cuales el hom-

bre efectúa sus *haceres*. La esencia del hacer, de todos los humanos haceres, no está en los instrumentos anímicos y fisiológicos que intervienen en la actividad, sino en la decisión del sujeto, en su determinación, en un puro querer, previo al mismo mecanismo volitivo. Ese puro querer, esa determinación radical y primera, pone en funcionamiento los mecanismos, las actividades de que el hombre dispone (su imaginación, su voluntad, sus brazos, etc.). Tanto es así —que no se confunde el *hacer humano*, con sus medios o instrumentos—, que decimos: *ponerme* a razonar, *ponerme* a imaginar, *ponerme* a andar, etc. Lo que radicalmente procede de mí, es el *ponerme* a hacer todas esas cosas, y no esas cosas (el razonamiento, la imaginación, el andar, etc.) que son mecanismos, actividades, instrumentos. La vida radica en la decisión mía.

Cada uno de nosotros consiste en un ser que ha de decidirse, que ha de decidir lo que va a ser (lo que va a hacer) en el venidero instante. A veces parece que no decidimos lo que vamos a ser, lo que vamos a hacer en el momento siguiente; pero lo que ocurre en estos casos es que estamos manteniendo, reiterando una resolución tomada anteriormente; mas esa decisión anterior puede ser o modificada o corroborada. Al no modificarla y mantenerla, la corroboramos.

Ahora bien, la estructura del hacer consiste en que se quiere hacer lo que se hace, *por algo* (por un motivo, que es una urgencia, un afán) y *para algo* (con una finalidad, que es el resultado de la actividad, esto es, la obra). Así, pues, la vida humana, es decir, lo que el hombre hace, se califica por tener un *porqué* (motivo) y un *para qué* (finalidad), lo cual constituye un sentido, un poseer sentido.—Anotemos en este momento que acabamos de tropezar con algo que no habíamos encontrado en el mundo de la naturaleza: con el *sentido* o *significación*—.

Conviene huír de una interpretación harto simplista de la estructura teleológica o finalista del humano hacer, que fué corriente en el pensamiento del siglo pasado. Según ese pensamiento, que debemos desechar—por insuficiente—, se entendía la finalidad como anticipación mental de la causalidad invertida: se pensaba que el fin era el efecto deseado, que se anticipaba mentalmente; y el medio era la causa, que se buscaba como adecuada para producir el fin (efecto) apetecido. Y yo no diré que esto sea del todo inexacto; pero sí que es insuficiente, porque en tal explicación no aparece la auténtica raíz humana del proceso teleológico o finalista. Por debajo y previamente de ese esquema de anticipación intelectual del

proceso causal, hay una específica raíz humana, un peculiar *porqué* (que en este caso no significa causa) que consiste en que el hombre siente una urgencia, una penuria, un vacío, un haber menester, que le invita a buscar, a imaginar algo, con lo cual pueda colmar esa apetencia. Esto es lo que constituye el *por qué* inicial del hacer, *v. g.*, el hombre siente miedo de los animales salvajes, y esto le incita a buscar, a imaginar algo que remedie esta penuria: una cabaña. El *porqué* de lo que va a hacer consiste en la penuria que trata de colmar. Ya ha imaginado que construyendo una casa, satisfará esa urgencia. Pues bien, la *casa imaginada, propuesta,* constituye el *para qué* de su hacer. Y determinado esto, buscará las actividades (fuerza de brazos, por ejemplo, etc.) y los materiales (piedras, etc.) para construir su cabaña. Esas actividades, empleadas sobre esos materiales, constituyen los *medios* para llegar al fin propuesto (las causas eficientes cuyo efecto será la finalidad deseada). Ahora bien, nótese que el esquema fin-medio (causalidad revertida mentalmente: efecto-causa) sólo entra en escena después de haberse producido el hecho pura y típicamente humano anterior: *el motivo* (por qué) y el *fin* al servicio de éste (para qué). Sólo después de esto, es puesto el fin como tal, y se buscan los medios para producirlo efectivamente, para realizarlo. De suerte, que resulta que el esquema *medio-fin* se apoya y queda inserto en un supuesto más radical, que consiste en la conexión *motivo-fin.*

De todo cuanto llevo dicho, se desprende otra de las características esenciales de la vida humana, a saber, que cualquiera de sus haceres necesita *justificarse,* es decir, que constituye un problema. Vivir es ocuparse en algo "para" algo. En primer lugar, tengo que decidirme entre las varias posibilidades—pocas o muchas, por lo menos dos—que me ofrece la circunstancia en la que estoy alojado. No tengo por fuerza que hacer esto concreto y nada más, sino que puedo hacer una cosa u otra. Claro que esas posibilidades son limitadas en número; si fueran ilimitadas no serían posibilidades concretas, sino la pura indeterminación; y en un mundo de absoluta indeterminación no cabe decidirse por nada. Para que haya decisión tiene que haber, a la vez, limitación y holgura. El mundo vital es constitutivamente *circunstancia,* algo cerrado y, a la vez, abierto, es decir, con hueco interior donde moverse. "La vida se va haciendo su cauce dentro de una cuenca inexorable. Vida es, a la vez, fatalidad y libertad, es ser libre dentro del hueco de una fatalidad dada." A esto conecto yo la siguiente reflexión: para decidirse por una de las varias posibilidades que se ofrecen, es preciso elegir; y para elegir

es necesario preferir, es necesario un acto de preferencia a favor de esta posibilidad, sobre todas las demás. Pero una preferencia sólo es posible a virtud de una estimación, es decir, a virtud de que se valore esta posibilidad y de que se la estime más que todas las otras. En suma, para decidir es preciso elegir, para elegir es necesario preferir y para preferir es ineludible que sepamos estimar o valorar.

Por mi parte, considero yo que los principios de la doctrina de la vida según Ortega y Gasset—tal y como los he venido exponiendo—han de conducirnos a afirmar que nuestra vida está constituída, o mejor dicho se forma, de un conjunto de valoraciones, de una sucesión de estimaciones. Y, así, a mi entender, resultará que la Estimativa no es una teoría limitada a determinados objetos ideales (como la diseñó la filosofía de los valores), sino que tiene una dimensión mucho más radical, a saber, el constituir una estructura esencial de la vida humana. Aquí encontramos, pues, una de las perspectivas que anuncié—pocas páginas atrás—para reelaborar la teoría de los valores, insertándola en la misma raíz de la filosofía del humanismo trascendental.

Hace ya algunos años que, en mis explicaciones de cátedra, he lanzado el pensamiento de que la estructura de la vida es estimativa. Es decir, que si suprimiéramos la capacidad de estimar (valorar, preferir, elegir) desaparecería la vida humana; ésta no sería posible, ni pensable. El mismo fenómeno de la atención—tan estudiado por los psicólogos (aunque ellos no hayan advertido todo su alcance)—que condiciona la posibilidad del conocimiento, tiene una estructura estimativa. El hombre que no pudiese elegir (preferir, estimar) no podría pensar, no podría hacer nada, sería pura suspensión, sería absoluta abstención, en suma, no viviría. Más de una vez he tratado de ejemplificar este pensamiento acudiendo al mito del Asno de Buridán, el cual se hallaba hambriento ante dos pesebres, sin comer de ninguno de ellos, porque no sabía decidirse por el uno o por el otro. Veo la posibilidad de adscribir a esta imagen una formidable y decisiva resonancia metafísica. He aquí, por lo cual, decía que, a mi entender, la teoría de los valores habría que insertarse en la misma entraña radical de la Filosofía, para articularse en la teoría de la vida humana.

Asimismo, hemos de subrayar—lo cual ciertamente ha sido indicado por Ortega y Gasset—que cualquiera de los actos de la vida humana necesita inexorablemente justificarse. Y anotaré que no sólo la decisión de un hacer, sino también cada uno de los actos que lo integran—por ejemplo, cada uno de los medios que se em-

pleen para la finalidad propuesta—. Cada uno de los actos, incluso los más humildes, requiere que se justifiquen ante mí, y constituye por tanto un problema. Por ejemplo, cuando voy a levantar un pie para dar un paso, se ofrece la cuestión de saber si el suelo de enfrente va a sostenerme o no; y sólo sobre la base de que yo crea que va a sostenerme, se justifica ante mí el acto que voy a realizar. Claro que la mayor parte de las veces, esos problemas los tenemos resueltos por el instinto o por el hábito, de manera mecánica. Pero otras veces, no; y, entonces, es necesario que yo encuentre una justificación de lo que voy a hacer. Esta justificación podrá resultar correcta, o incorrecta, desde un punto de vista objetivo; pero, en todo caso, habrá de ser suficiente ante mí; pues de lo contrario sería imposible la acción. Incluso cuando se trata de decidir algo al puro azar (echando al vuelo una moneda) hay en ello un propósito de justificación: por no haber encontrado motivo suficiente para preferir una de dos cosas, y porque se reconoce que está justificado hacer la una o la otra, se acude a este procedimiento fortuito, para individualizar uno de los dos haceres por los cuales se estima que es necesario decidirse. Así caemos en la cuenta de que otra de las dimensiones esenciales de la vida es la necesidad que tiene de justificarse a sí misma, en todos sus momentos. Cualquiera que sea la decisión que yo tome, ésta requiere una justificación ante mí. Claro que muchas veces justificamos una determinación y la tomamos, no sólo en vista a un único quehacer en el próximo momento, sino con largo alcance, para prolongado tiempo. Así, por ejemplo, decidimos seguir una carrera, etc. Pero en todo caso, siempre subsiste la posibilidad de revisar en cualquier momento esa determinación. Y cuando no lo hacemos, es que la estamos corroborando. La vida no puede avanzar, vivir, sino resolviendo en cada instante—explícita o implícitamente—su propio problema, las cuestiones que ella se plantea necesariamente a sí misma, para lo cual es necesario que justifique ante sí misma sus propias actitudes y determinaciones.

Hasta aquí, me he limitado a exponer la realidad de la vida humana y a describir su estructura esencial. Pero nada he dicho sobre la dimensión de radicalidad y de fundamentalidad que esta realidad desempeña en la nueva Filosofía. Pero tal tema—que es una de las principales dimensiones de esta teoría—no pertenece directamente al asunto que se enfoca en este libro. Por lo tanto, me limitaré a una mera alusión a este punto. La Filosofía busca desde sus inicios, la verdad radical y fundamental, esto es, autónoma (que se baste a sí misma y no se apoye en otra previa) y pantónoma (que

sirva de base y justificación a todas las demás). La Filosofía antigua y la medioeval creyó encontrar esa verdad en algún elemento del mundo fuera de mí; a lo cual se le llama *realismo*. Pero al despuntar el siglo XVII, se opera por Descartes la más formidable hazaña que registra la historia de la cultura—y que había venido siendo preparada por el Renacimiento—: la inauguración del *idealismo*, el cual da lugar a toda la cultura y vida modernas (la nueva física —con ella la técnica—, el racionalismo—y con él, el liberalismo, la democracia, etc.). El idealismo consiste en haber caído en la cuenta de que el mundo externo, lejos de ser un dato radical e incontrovertible, es algo cuestionable y mediato; y de que lo único incuestionable, absolutamente cierto y primero, es mi pensamiento; de que lo único indubitable es mi propia conciencia. Con lo cual, el pensamiento, la conciencia, constituye la verdad primaria, la realidad radical, en la que se apoyan todas las demás cosas, cuyo ser dependerá del que reciban del pensamiento. Pero si el idealismo llevaba razón frente al realismo al subrayar la dependencia en que las cosas se hallan respecto de mí, en cambio, erró al no darse cuenta de que yo dependo también de los objetos (puesto que no cabe un pensamiento vacío, sin objeto, un pensamiento de nada). Así, si bien es cierto que no puede haber objeto sin sujeto, lo es asimismo que no puede haber sujeto sin objeto (lo cual no fué visto por el idealismo). La nueva Filosofía ha descubierto que lo primario o radical, y lo fundamental, es la *coexistencia o compresencia inescindible* entre el sujeto y el objeto, en recíproca relación de dependencia, en inseparable correlación, a lo cual se llama vida humana. Y, así, el idealismo trascendental ha sido sustituído por el humanismo trascendental (filosofía de la vida o de la existencia).[8] Ahora bien, la vida humana es no solamente la base primaria y radical de la Filosofía, sino, además, también la realidad fundamental, es decir, la realidad en la que se dan todas las demás realidades, la realidad en que todas las otras se basan y explican. Y, así, por ejemplo, la naturaleza que encuentra el físico en su ciencia es un objeto doméstico de esa ciencia, la cual ciencia es algo que el hombre hace en su vida; y las verdades de la biología representarán los resultados de una de las actividades a que determinados hombres, los biólogos, se han dedicado; y así sucesivamente.

12. La vida humana objetivada

Querría completar la teoría de Ortega y Gasset sobre la vida humana individual con algunas meditaciones, que he desarrollado yo por mi propia cuenta, sobre la vida humana objetivada.

El ser de la vida, en tanto que se vive, maneja un variado instrumental de realidades psíquicas y corporales; pero ella no consiste en esas realidades de que se vale o a través de las cuales se manifiesta, y en las cuales ella se realiza, sino que el ser de sus actos consiste en su *sentido,* en su intencionalidad, en su por qué o para qué (con la estructura estimativa que esto entraña). Así, los haceres del conocimiento, el fabricar un utensilio, el producir una obra de arte, el fundar una institución social, etc., son hechos que se producen con y en unas realidades psíquicas y corpóreas—modificaciones en mi cuerpo y en el mundo en torno—. Pero el ser peculiar y privativo de dichos hechos no consiste ni en sus ingredientes psíquicos, ni en sus componentes materiales, sino en el sentido humano de esos actos, en su finalidad humana dirigida intencionalmente a determinados valores.

Pero muchos actos de la vida humana después de realizados dejan tras de sí una huella, un rastro. Y esto ocurre no sólo con actos egregios, sino también con actos humildes. El Quijote, en el momento en que Cervantes lo escribía, era una peripecia de su vida individual, un pedazo o segmento de su propia existencia. Pero después de escrita esa obra—y aún después de muerto Cervantes—, sigue ahí el Quijote, como un algo ante nosotros, como un conjunto de pensamientos cristalizados, que pueden ser repensados por cada uno de nosotros. Se presenta como un complejo de pensamientos objetivados, fosilizados, cosificados. Es algo que tiene estructura de pensamiento, pero que ya no es pensamiento vivo, que se está viviendo—quien lo pensó originariamente ha desaparecido—; es pensamiento que—si en su creación fué un proceso subjetivo vivo de alguien—ahora aparece como un pensamiento convertido en cosa, como un producto objetivado a la disposición de todos, para que lo repiense quien quiera, como un bien de aprovechamiento comunal. Pero lo mismo podemos decir respecto de un ejemplo humilde, *v. g.* de una epístola trivial. El escribirla fué un suceso de la vida de quien la redactó; pero después queda ahí, como cristalización de ese pensamiento vivo, que fué antes. A esto es a lo que yo llamo *vida humana objetivada* o cristalizada. Pero convendrá pasar revista a otros ejemplos.

Las llamadas virtudes franciscanas fueron originariamente hechos de la vida del Santo de Asís. Pero, después, ha quedado el recuerdo de esa conducta como módulo cristalizado, como paradigma de conducta. Henry Ford inventó nuevas formas de comportamiento aplicadas a la producción industrial: eso eran hechos en la vida de Ford; pero después se habla del *fordismo*. Es que la huella de esos acontecimientos en la vida del gran industrial norteamericano quedan como módulos cristalizados de conducta; como posibles reglas para otros comportamientos.

Otros actos humanos dejan como rastro una modificación en la realidad corpórea, p. e. los utensilios técnicos, las esculturas, etc. Un hacha de sílex o un automóvil son realidades materiales; pero su ser peculiar no consiste en sus componentes corpóreos, sino en la dimensión de ser obras humanas técnicas fabricadas para un fin utilitario; son, pues, también vida humana objetivada. El ser de la Venus de Milo consiste en su sentido estético.

Así, pues, además de la vida humana auténtica, que es la que se vive por el sujeto individual, encontramos otra región del universo, que tiene también estructura humana, a saber, las obras que el hombre ha realizado, esto es, las cosas cuyo ser peculiar estriba en que constituyen vida humana objetivada: utensilios, procedimientos técnicos, cuadros, estatuas, obras musicales, teorías científicas, reglas morales, ejemplos de virtud, letreros, cartas, altares, códigos, magistraturas, formas del trato, etc., etc. Los humanos haceres realizados ya, perduran como formas de vida—concebidas abstractamente, separadamente de la vida individual concreta que las engendrara—o como modificación o huella dejada en la realidad; y vienen a adquirir como una especie de consistencia objetiva. Claro que esas formas cristalizadas no constituyen auténtica vida; porque no hay más vida auténtica, en sentido propio y plenario, que la vida individual, la que vive un hombre concreto. Esas formas objetivadas son vida que fué, pretérita, aunque. desde luego, susceptibles de ser revividas por otros individuos. (Ya veremos, dentro de poco, los fundamentales e interesantes problemas que plantea eso del revivir, del copiar formas de vida que fueron; y cómo a su luz aclararemos el problema de qué sea lo social.)

Ahora bien, las cosas, las formas de la vida humana objetivada, las obras humanas, tienen una estructura análoga a los haceres de la vida propiamente dicha, es decir, de la vida individual. Su ser, lo que ellas son peculiarmente, consiste en su sentido, en tener una intencionalidad.

El reino de la vida humana objetivada es lo que algunos registraron en el siglo XIX con la denominación de *espíritu objetivo* (Hegel) y otros bajo el nombre de *cultura* (p. e. Windelband, Rickert). Pero, aunque unos y otros enfocaron el problema de estas peculiares realidades, sin embargo, ni los unos ni los otros acertaron a percatarse de cuál es su índole. Pues en la teoría del espíritu objetivo de Hegel hay, al lado de geniales aciertos, monstruosos errores: como lo es la substancialización del espíritu objetivo, como realidad en sí y por sí, que se desarrollaría dialécticamente a sí misma. Y en la filosofía de la cultura de la escuela de Windelband y de Rickert,[8] si bien el enfoque de la cuestión ha sido fértil, en cambio no puede estimarse suficientemente correcto el tratamiento que recibió.

Será conveniente insistir en cuál es el ser de los objetos que constituyen vida humana cristalizada: su ser no tan sólo no se agota en las realidades que les sirven de soporte o de expresión, sino que precisamente, su ser peculiar ni siquiera consiste en esas realidades, sino que estriba en el sentido inserto por la labor del hombre. Es muy extenso y harto vario el conjunto de esos objetos. Hállase integrado por todas las obras humanas y por el rastro de los actos humanos; en suma, por todo cuanto lleva adherido un sentido humano. Y los hay de muy diverso rango. Por ejemplo: desde las obras de Einstein, hasta el letrero en una carretera, que dice "Veinte kilómetros a tal lugar"; desde el arado primitivo, hasta el tractor de nuestros días; desde el Código civil, hasta la indicación "se prohibe fumar"; desde el paradigma del héroe o del santo, hasta el consejo trivial de un amigo; desde las profesiones (carreras sociales, de las que ya me ocuparé más adelante), hasta las reglas de compostura en la mesa; desde los más sublimes rituales religiosos, a las más sencillas oraciones "hechas" de un devocionario; desde la organización de una industria moderna, a la forma de producción de la época prehistórica; desde la estructura de un banco, a la forma contractual del simple trueque; desde la filosofía y la ciencia de nuestro tiempo, hasta la visión que del mundo tienen los primitivos; desde la dietética contemporánea, hasta la más simple receta de cocina; y así sucesivamente.

Un hacha de sílex del hombre primitivo o un automóvil, se componen de realidad física; pero su ser específico, su ser peculiar, es decir, el ser hacha o el ser automóvil no consiste en la piedra, ni en los metales y demás componentes, respectivamente, ni en sus formas geométricas, sino en constituir algo que encarna un sentido

humano, es decir, el ser utensilios o trebejos para efectuar un valor de utilidad. Un cuadro, una estatua, constan de materiales, de colores y de formas; pero su "ser cuadro" o su "ser estatua" no consiste en esos materiales configurados y coloreados, sino en su peculiar sentido, en constituir obras de arte, obras humanas con una intencionalidad estética. Un tratado de ciencia ha nacido en el pensamiento vivo de su autor—por consiguiente, ha sido primero fenómeno psíquico en la mente del autor, realidad psíquica—y después ha sido fijado en escritura y papel. Pero el ser propio y peculiar del tratado de ciencia no consiste ni en los fenómenos psíquicos que le sirvieron de vehículo para su formación, ni tampoco—claro es—en el papel y tinta en que después quedó escrito, sino en el sentido intencional de las significaciones pensadas, que apunta a un valor de verdad, a un fin de conocimiento.

Y ya habrá presentido el lector que, donde encontramos el Derecho, es precisamente en este reino de la vida humana objetivada. Y, así, parejamente a los ejemplos que acabo de poner en el párrafo anterior, podemos aducir el del Derecho. Un código, verbigracia, cuenta con substratos reales (en los actos psíquicos de quien lo elaborase, en cuanto al proceso de su gestación; en la conciencia de quienes lo conocen, de quienes lo cumplen y de quienes lo aplican, después de ya promulgado y en vigor; y, asimismo, también en cuanto a la configuración que por obra del mismo código recibe una sociedad); y, además, el Código está escrito en libros, pronunciado en sonidos articulados, etc. Pero el Código en tanto que Código, es decir, en tanto que norma jurídica, no consiste en ninguno de esos ingredientes reales, sino en el sentido peculiar que tienen los pensamientos cristalizados en él, en el sentido que tienen las ideas normativas de sus preceptos, sentidos que estriban en apuntar a la realización de determinados valores.

Pareja consideración cabría, desde luego, hacer respecto de las reglas del trato social, de las estructuras colectivas, del lenguaje, de las formas económicas, etc. Su ser peculiar consiste en el sentido que todos estos productos tienen como especiales formas de vida humana, a saber, de vida colectiva. Claro es que entre todos esos ejemplos debería hacerse una serie de diferencias, y consiguientemente de clasificaciones; entre otras, sería urgentísimo distinguir entre puras formas de vida colectiva (usos, cooperación, concurrencia, lucha, etc., etc.) de una parte; y por otra, productos que sirven de tema o contenido a esas formas de vida; por ejemplo, lenguaje, economía, técnica, religión, deporte, etc. Pero no es este el

momento de ahondar en este tema, que recogeré más tarde, sino que es preciso seguir con la caracterización genérica de los objetos de la vida humana objetivada.

Con respecto al conocimiento de estos objetos, hemos de notar que constituye un tipo de ciencias completamente diverso del tipo de las ciencias naturales. Las ciencias de la naturaleza explican sus objetos, los fenómenos naturales, descubriendo sus causas y registrando los ulteriores efectos a que dan lugar; y nada más. Por el contrario, tal método de explicación causal no les sirve a las ciencias que se ocupan de objetos humanos, es decir, a las llamadas disciplinas de objetos culturales o históricos. Estos objetos humanos, la vida objetivada, escapan a una mera y exclusiva explicación causal; tan sólo son aprehendidos en su ser peculiar, en la medida en que son *entendidos,* comprendidos en su sentido. Por consiguiente, el método empleado por las ciencias de lo humano (ciencia del lenguaje, ciencia del derecho, ciencia de la economía, etc.) no puede ser sólo explicativo como el método de las ciencias naturales, sino que tiene que ser *interpretativo* de sentidos. Un fenómeno de la naturaleza (por ejemplo, la lluvia, o el rayo, o la caída de los cuerpos) queda explicado plenaria y exhaustivamente en la medida en que determinamos sus causas y registramos sus efectos. Pero, en cambio, una cerámica, o el saludo, no se aprehenden en lo que son, mediante la representación de los movimientos que los produjeron, sino solamente en tanto en cuanto entendamos su peculiar sentido —es decir, en cuanto entendamos las finalidades humanas que laten en el cacharro o en una forma de saludo—. Y lo mismo ocurre con todos los hechos y resultados de la actividad del hombre.

Cabría distinguir en la obra humana objetivada, notoriamente en los llamados productos culturales—religión, reglas morales, ciencia, arte, técnica, economía, derecho, etc.—entre el acto (con sentido concreto), que los engendra, y el sentido objetivo, lógico, autónomo, que contienen cuando ya están elaborados y cristalizados. Por ejemplo, se ha dicho que la novela de Don Quijote contiene objetivamente una serie de ideas, cuyo alcance es posible (o aun probable) que pasase inadvertido a Cervantes, quien ni siquiera pensó con plenitud la significación de algunas de sus concepciones. Parejamente, es habitual a los juristas la diferencia entre la llamada interpretación auténtica de la ley—indagando qué fué lo que realmente pensó el legislador—y la llamada interpretación objetiva, que toma la ley en sí misma, buscando sus significaciones objetivas, las ideas que contiene, tanto si fueron pensadas explícitamente por el

legislador como si no, y extrae su alcance lógico, aunque tal vez éste no fué enteramente previsto por el autor de la ley.

Y no se confunda esta distinción entre interpretación de los sentidos subjetivos e interpretación puramente lógica, con otra diferencia que habitualmente suele hacerse entre acto vital y contenido ideal del mismo, es decir, con la distinción entre la realidad vital que engendra la obra y la sostiene—de un lado—, y su sentido —de otro—. Aunque esta última distinción pueda ser de fecundas perspectivas metódicas para una serie de menesteres,[9] considero yo que no hay que tomarla con el alcance que lo han hecho algunos pensadores, pues el mismo acto real que produce la obra no es una realidad fenoménica, sino realidad vital que está ella ya impregnada de sentido. Y por otra parte el sentido, el contenido ideal de la obra de cultura, no es idealidad abstracta, sino surgida en un proceso de vida humana, esto es, tiene un sentido en la vida humana y para la vida humana en que se ha gestado.

13. El Derecho como forma de vida humana objetivada

Resumiré ahora en breves palabras lo que he conseguido establecer hasta ahora en la pesquisa que vengo realizando para la localización del Derecho en el Universo. Hemos visto que el Derecho no es ni naturaleza corpórea, ni psiquismo; que tampoco es pura idea de valor. (Puras ideas de valor lo serán los valores que deban orientar al Derecho, pero no el Derecho real, positivo, histórico.) Y por contra, hemos descubierto claramente que el Derecho pertenece a esa peculiar realidad que llamo "vida humana objetivada".

El Derecho es una forma objetivada de vida humana. Está constituído por un conjunto de ideas—mejor diríamos de significaciones—, que constituyen reglas para la conducta humana. Esas significaciones fueron gestadas por unas mentes humanas, y aun vividas originariamente por unos hombres—por los que han creado una norma jurídica—. Ahora bien, esas significaciones que fueron construídas, fabricadas, por unos hombres, una vez que han sido producidas, esto es, una vez que se han objetivado en preceptos legislativos o en costumbres jurídicas, han adquirido una consistencia propia y autónoma, pareja a la de los objetos ideales. Con los objetos ideales puros—como los matemáticos, los lógicos, los valores, etc.—tienen de común las significaciones que integran las normas jurídicas, la dimensión de que son seres intemporales e inespa-

ciales, entes espectrales, ideas idénticas a sí mismas (es decir, capaz la misma idea de ser pensada por múltiples sujetos y en diversos momentos, sin que la idea en cuestión se confunda con los actos mentales múltiples de pensarla). Todo pensamiento cristalizado, objetivado, tomado aparte del acto mental en que se fabricó, participa de la dimensión del ser ideal: es inespacial, es intemporal, es idéntico a sí mismo, es decir, constituye una entidad autónoma, aparte, objetiva.

Ahora bien, el contenido de una disposición legislativa, o de un reglamento, aun teniendo de común con el ser ideal esa especial consistencia de idealidad, de espectralidad, de objetividad, se diferencia de los objetos ideales matemáticos y de los valores puros, en lo siguiente: un principio matemático, un valor puro, tienen una consistencia y una validez propias, por entero independientes y ajenas al hecho eventual de que una cabeza humana las haya pensado o no; y así, recordemos lo que tantas veces se ha dicho de que los radios de la circunferencia eran ya iguales antes de que ningún geómetra hubiese pensado en ello. Pero, en cambio, un artículo del Código civil no era, no existía antes de que el legislador lo fabricase. Una idea matemática no ha sido construída, fabricada, por el matemático, quien lo único que hace es descubrir algo, que ya era antes, con entera independencia de él. En cambio, un reglamento nace con el acto del legislador que lo emite, y gracias a él; si bien después de fabricado, después de nacido, cobra un ser propio, independiente de los actos que lo han gestado; adquiere un ser objetivo ideal de pensamiento cristalizado, de idea. Las significaciones que integran los preceptos jurídico-positivos no tienen una entidad ideal absoluta, no tienen una validez eterna y necesaria—en la medida en que no sean purísima, rigorosa y exclusiva expresión de unos valores, y en la medida en que contengan otros ingredientes circunstanciales—. Esas significaciones (en suma, esas normas concretas) han sido elaboradas, confeccionadas, en unos actos vitales y por éstos, en una conducta humana—bien en la mente y voluntad del legislador, o bien en la comunidad productora de costumbres jurídicas—. Además, esas normas jurídicas, en cuanto se cumplen, en cuanto se realizan efectivamente, constituyen la configuración de una sociedad, la forma o estructura de unas existencias humanas.

Pero esas significaciones que integran el Derecho positivo de un pueblo en una época, aparte de su origen histórico (es decir, de su fabricación en un determinado momento), y también aparte de su realización en unos hechos humanos efectivos (es decir, de

su cumplimiento y aplicación en una sociedad concreta), pueden ser concebidas abstractamente como puras significaciones, como ideas, que tienen, a fuer de tales, un ser parejo al de los objetos ideales, un ser incorpóreo y apsíquico, inespacial e intemporal—si bien, como hemos visto, carezcan de una validez absoluta y eterna—. Es decir, esas significaciones jurídicas—las normas positivas—tienen un ser análogo al ser ideal, en tanto que consisten en un ser espectral, distinto de los actos psíquicos en que son pensadas o realizadas. De igual modo que el número 5 es el mismo en los múltiples y distintos actos de pensamiento en que sea pensado, así también un artículo del Código civil tiene un ser propio, independizado de los actos psíquicos de quienes lo elaboraron, y aparte también de los procesos mentales y de conducta de quienes después lo conocen, lo cumplen y lo aplican: el artículo del Código, como complejo de significaciones—contenido en todos esos actos—es el mismo es un único objeto y es independiente de los actos en que nos le representemos o le realicemos. Y, desde luego, lo mismo podemos decir de las significaciones que se dan en las demás obras de la vida humana: arte, ciencia, técnica, etc. Todas esas significaciones culturales históricas tienen de común con las ideas puras el poseer la dimensión de lo ideal; pero, en cambio, pueden no tener la consistencia de validez pura y necesaria que caracteriza a los principios matemáticos o a los principios lógicos; pues mientras que éstos eran ya lo que son—es decir eran ya válidos—antes de que ninguna mente se los representase, eran ya lo que son independientemente de todo humano hacer, en cambio, las significaciones que componen el Derecho positivo (o la obra de arte, o el esquema técnico, o el método científico, etc.), y en la forma en que lo componen, tienen un origen histórico, concreto en el tiempo y concreto en cuanto a las circunstancias que condicionaron su nacimiento. Mas una vez que ya han nacido, que han sido ya confeccionadas, adquieren esas significaciones una consistencia autónoma, un ser objetivado, susceptible de ser pensado y realizado por cualquier sujeto.

14. Estructura de la vida humana objetivada

La estructura de la vida humana objetivada es análoga a la estructura de la vida humana propiamente dicha, esto es, de la individual; pues al fin y al cabo es su producto, es su cristalización. Ahora bien, como cristalización, carece de todo dinamismo—que

es lo que caracteriza a la vida individual—, es inmóvil; o, en suma, si se me permite una frase paradójica, pero certeramente expresiva, podríamos decir que es vida muerta. Tiene la silueta de vida humana; posee su mismo sentido, igual estructura teleológica; pero no vive, esto es, no se mueve, no cambia, no es flúida, antes bien es inmóvil, es permanente, es sólida; no se hace a sí misma, sino que fué hecha, y ahí queda. No es el hacer, sino lo ya hecho. No es acto, sino que es cosa. No es agente, sino que es pura huella, puro rastro. Y, por tanto, la vida objetivada, esto es, fosilizada, es de todo punto incapaz de transformarse, de modificarse, de recrearse, de vivir; porque, en definitiva, no es vida auténtica, sino fotografía rígida de una vida que fué.

La observación que acabo de exponer en el párrafo precedente es de una importancia superlativa. Viene a destruir la fantasmagoría (a que tanto ha tendido el pensamiento alemán) de substancializar el mundo de la cultura considerándolo como algo que vive en sí mismo y por sí mismo, que se crea a sí mismo, que evoluciona y se perfecciona por sí mismo, como si fuese una entidad viva e independiente, que se desarrolla por sí. Se objetará acaso que la cultura cambia, que se transforma, que evoluciona; pero a esto contestaré que tales mutaciones y desarrollos no los realiza la cultura por sí misma, sino que se producen por la nueva acción, por la nueva interferencia de nuevas vidas individuales, las cuales reelaboran y recrean lo que fué antes elaborado por otros. La ciencia no es un sujeto que se desarrolle por sí, sino que los únicos que la hacen son individuos vivos. Y los individuos de hoy revisan la ciencia que hicieron los de ayer, la corrigen, la superan, la aumentan. Sólo por la intervención de nuevos actos individuales se puede producir esto. Suele decirse que los estilos artísticos evolucionan, se transmutan y se innovan; pero tal manera de hablar es incorrecta: los estilos son perfiles fósiles, incapaces de transformarse a sí mismos; sólo cambian merced a la interferencia de nuevas acciones individuales, merced a nuevas acciones vitales, que recrean, que crean de nuevo. La obra humana no tiene vida propia: es la obra de una vida, pero ella no posee vida, sino que, por el contrario, es muerta, pura cosa; en una palabra, es fósil, es secreción cristalizada. Lo que sucede es que en una obra—de ciencia, de arte, de Derecho—hay en sus pensamientos algunas ideas que no obtuvieron un desarrollo plenario o correcto, o hay premisas de las cuales no se actualizaron todas sus consecuencias, o hay barruntos no desenvueltos, o contradicciones no zanjadas; y cuando es pensada de nuevo, repensada en otros ac-

tos de vida individual, ocurre que en estos nuevos pensamientos vivos—de individuos—, las ideas antes pensadas por otros—y que quedaron cristalizadas en la obra—logran el desarrollo o la corrección que en aquella obra anterior había quedado frustrada; o son sacadas las consecuencias que no se extrajeron en la obra anterior; o, en suma, la obra anterior es sustituída por otra nueva. La gestación de obras culturales pertenece exclusivamente a la vida auténtica, esto es, a la vida individual. El individuo empleará, como materiales, elementos contenidos en obras anteriores—es más, ocurre siempre así a virtud del proceso de la razón vital y de la razón histórica (sobre estos temas hablaré más tarde)—; pero es el individuo—y solamente él—quien transforma, reelabora, recrea o sustituye la obra anterior.

Y lo mismo puede decirse sobre las formas sociales, y naturalmente sobre el Derecho. Ni las estructuras sociales, ni la economía, ni el Derecho, viven en sí y por sí, ni se transforman autonómamente, sino sólo por la interferencia de nuevos actos individuales. Ni el Derecho, ni ninguna de las estructuras sociales viven por sí, sino que viven sólo en tanto en cuanto las reviven los hombres, los cuales pueden no sólo revivirlas repitiéndolas rigorosamente, sino también corrigiéndolas, transmutándolas, innovándolas. Pero el cambio, la evolución, la superación que se opere en el Derecho, o en la economía, o en la moneda, etc., etc., no es un proceso vivo, inmanente al Derecho o a esas otras formas sociales, sino que es el fruto de nuevos actos de vidas humanas. Anote el lector cuidadosamente esta verdad, que ella es de largo alcance. En este momento he de limitarme a lo dicho; pero cuando muy próximamente establezca la distinción entre vida individual y formas de vida colectiva—que pertenecen a la vida objetivada—, insistiré sobre este tema y mostraré sus decisivas consecuencias.

Lo que yo expongo como zona de la vida humana objetivada, constituye una nueva versión del tema conocido en la filosofía contemporánea con los nombres de "ciencias del espíritu", "región de la cultura" o "reino de lo histórico". Considero que en la reelaboración que he ofrecido de este tema quedan aclarados no pocos de los puntos que, en esas otras teorías, anduvieron turbios y confusos.

15. *La cultura como sistema de funciones de la vida humana*

Pero ahora debo añadir a la caracterización de esa zona de la vida humana objetivada unas consideraciones que constituyen la base para llevar a cabo un estudio a fondo sobre este tema, estudio que habrá de constituir una de las capitales tareas del pensamiento de nuestra época, en el próximo futuro.

En ese reino de obras objetivadas, vemos la expresión de una serie de funciones de la vida humana. Vemos que el hombre ha hecho y hace en su vida: religión, filosofía, moralidad, ciencia, técnica, economía, arte, derecho, estado, etc. Barruntamos que todas esas actividades no constituyen meros episodios fortuitos—que se han producido, pero que también pudieran no haberse producido—, sino que, por el contrario, representan funciones constantes y necesarias de la vida humana. Esta idea fué esbozada certeramente por Dilthey,[10] sin que después fuese recogida en el pensamiento posterior.

El contenido de la ciencia, del arte, de la filosofía, del derecho, de la técnica, etc., ha variado y varía históricamente: es diverso en los varios pueblos y tiempos. Pero si en cuanto a su resultado, en cuanto a su estructura y en cuanto a su contenido, el Derecho ha variado—lo mismo que ocurre con la filosofía, con la ciencia, con el arte, con la técnica, etc.—, en cambio, cada una de estas tareas (el Derecho, la filosofía, la ciencia, el arte, la técnica, etc.) habrán de tener una identidad como funciones de la vida humana. El contenido del Derecho de hoy en una nación difiere del que tuvieron los ordenamientos de otras épocas y pueblos; pero la *función* que el Derecho de aquí y de hoy desempeña en la vida humana de esta situación histórica es pareja a la que desempeñó el Derecho de ayer y de otras situaciones históricas. (Seguramente veremos en el curso de esta obra, que dicha función constante es la de *seguridad en la vida colectiva.*) Asimismo, podríamos decir respecto de la técnica: es enormemente diversa la técnica del pueblo norteamericano a la de una colectividad primitiva o a la de los chinos tradicionales; pero una y otra tienen de común el desempeño de la misma función, que acaso podríamos definir como propósito de obtener un cierto dominio, una seguridad y aprovechamiento respecto del mundo de la naturaleza, y crear en ella para el hombre un margen de holgura que le permita vacar a otros quehaceres. Y, de pareja manera, podríamos enfocar el problema del arte: tal vez todas sus múltiples y heterogéneas manifestaciones tengan de común una función expresiva al servicio de un afán de sublimación. Y también respecto de

la filosofía: por diverso que sea el contenido del pensamiento de Tales, Platón, Aristóteles, Descartes, Hegel, etc., todos ellos responden a igual necesidad funcional: la de encontrar una certidumbre radical y fundamental, una verdad autónoma y pantónoma. Y, así, podríamos irnos planteando parejamente el problema de todas las llamadas ramas de la cultura, las cuales debiéramos llamar mejor—a virtud de lo dicho—funciones de la vida humana. Necesariamente ha de haber en la estructura de nuestra vida condiciones que producen, con regularidad constante, creaciones tales, siempre que la situación lo permite. La estructura de la vida—podríamos decir parafraseando a Diltehy[11]—lleva a ejercitar el conocimiento de las cosas (ciencia), dominio sobre la naturaleza (técnica), procesos económicos, arte, religiosidad, etc. Y, asimismo, a organizar formas de coexistencia y solidaridad, reglas del trato, derecho, estado, etc.

Y cada una de esas funciones no representaría algo aparte e independiente de las demás; antes bien, lejos de darse aisladas e inconexas, constituirían una articulación sistemática en la unidad de la vida. Hay en la vida una conexión, una unidad orgánica de todo cuanto pensamos, hacemos, sentimos, queremos. Cada una de esas funciones (ciencia, arte, derecho, etc.) no son elementos aislados, sino abstracciones, que ha hecho nuestro pensamiento sobre la realidad efectiva de la vida, en la que todas se dan recíprocamente trabadas.

Y probablemente habría que distinguir entre funciones de la vida individual y funciones de la vida social. Pero esta distinción es prematura, porque aun no he expuesto la diferencia entre vida individual y vida social, que abordaré en las próximas páginas.

16. Las categorías de la vida humana.—Referencia a lo normativo y a lo colectivo

El mundo de la vida humana, así como también el de su objetivación, tiene su sistema de categorías. El descubrimiento de este sistema es una de las tareas en que está trabajando el pensamiento de nuestros días. Y no es este libro el lugar apropiado para anticipar una exposición sobre este asunto. Pero aquí interesa y basta con que me refiera a dos de ellas: lo *normativo* y lo *colectivo*, que son las que más directamente afectan al Derecho.

17. *Lo normativo*

Entre las significaciones que piensa el hombre, podemos establecer una clasificación formal en dos grupos: significaciones o proposiciones enunciativas y significaciones o proposiciones normativas.

Proposiciones enunciativas son aquellas que enuncian en qué consiste un *ser*, qué *es* una realidad, la existencia de un hecho, la manera efectiva como ha ocurrido ese hecho, el modo regular de acontecer unos fenómenos, etc. Son proposiciones respecto del ser, denotan un ser, dan cuenta de la existencia de algo, o de cómo es ese algo, o de la conexión entre varios algos. Tales son, por ejemplo: las proposiciones referentes a la naturaleza, tanto de tipo singular (*v. g.*, descripción de una cordillera), como de tipo genial (conexión entre varios fenómenos: la caída de los cuerpos, su dilatación, su vibración); también las proposiciones de la ciencia psicológica, que manifiestan el modo de ser y producirse los fenómenos anímicos; los teoremas matemáticos (que expresan conexiones ideales); los relatos históricos (Colón descubrió América en 1492) que exponen hechos que han sido; el anuncio astronómico de un eclipse, etc., etc. Todas esas proposiciones enuncian algo que es, algo que fué o algo que será. Esas proposiciones, en su conjunto, constituyen el esquema del mundo *dado realmente;* valen por razón de su coincidencia con la efectividad de los hechos; y, consiguientemente, tienen validez sólo en tanto en cuanto concuerdan con los hechos. La discrepancia entre una de esas proposiciones y los hechos a que ella se refiera entraña la falsedad de la proposición. Si resultase que la altura que el Popocateptl tiene sobre el nivel del mar no es, como se ha dicho, de 5,452 m., sino mayor o menor, la proposición que así lo afirmaba quedaría invalidada, sería errónea. Si un fenómeno singular de la naturaleza discrepase de la manera de producirse como fué prevista en una ley física, ello constituiría la palmaria prueba de que la ley física había sido formulada erróneamente y quedaría invalidada. Si resultase que Cristóbal Colón no desembarcó por vez primera en tierras americanas en 1492, sino en 1493, tal enunciado histórico resultaría falso.

Las proposiciones normativas, en cambio, no enuncian la realidad de unos hechos, ni el modo como efectivamente éstos acontecen, sino que determinan un *deber ser;* es decir, prescriben una cierta conducta como debida. Tales, por ejemplo, los preceptos mora-

les, las reglas del decoro, las leyes del Estado. Se refieren a la conducta humana; pero no como explicación de sus hechos reales, no como enunciación de las conexiones efectivas en los procesos reales del humano obrar, sino *determinando como debido, como debiendo ser,* cierto comportamiento. Las normas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que *debe ser* cumplido, aunque tal vez en la realidad no se haya cumplido, ni se vaya a cumplir —puesto que es posible que haya quien infrinja la norma—. Cabalmente la condición para que una norma sea tal, para que tenga sentido como norma, radica en que aquello que estatuye como debiendo ser, no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos. La norma prescribe lo que debe ser, lo cual tanto puede ser, como no ser, en la realidad, puesto que depende de un arbitrio humano. Precisamente porque en el mundo real puede no cumplirse lo que la norma estatuye, por eso la norma tiene sentido como tal norma. Si lo que la norma dice se realizara siempre y necesariamente, forzosamente, entonces la norma perdería su carácter de "deber ser", dejaría de constituir tal norma, y se transformaría en una ley (en la expresión de una concatenación causal constante de fenómenos). Una norma que rezase "debe suceder lo que realmente sucede", o "debes comportarte del mismo modo como realmente te comportes", no sería una norma, carecería de sentido normativo. Sería como si dijésemos que la llama *debe* dilatar la columna de mercurio calentada por ella, lo cual no tiene sentido, porque la columna de mercurio no es capaz de un acto de rebeldía en contra de esta ley, y siempre y necesariamente se dilatará cuando sea calentada. Así, pues, es supuesto esencial de la norma la posibilidad material de que sea violada, de que la conducta del sujeto por ella obligado pueda contravenirla; pues, de otra manera, no sería una norma, sino un mero enunciado de hechos. Si uno no se conduce del modo prescrito en la norma, si deja de hacer aquel comportamiento a que está obligado por ella, la norma no sufre nada en su esencia normativa por tales hechos adversos: su validez normativa, su deber ser persiste incólume. Cuando se dice que la norma ha sido violada, lesionada o quebrantada, no se quiere decir con esto que a la norma como tal le haya ocurrido algo, que ella haya sufrido en su validez menoscabo alguno, sino que la conducta del sujeto representa un apartamiento de ella, una no realización de sus exigencias; pero eso es así, precisamente porque la norma sigue siendo norma a pesar de que haya quedado incumplida. La normatividad de una regla se afirma cabalmente en el contraste con su in-

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

observancia de hecho. El tipo de necesidad de la exigencia normativa no es causal, no es una forzosidad real, sino que es un tipo de exigencia ideal. Las normas son, pues, proposiciones que valen, a pesar de su no coincidencia con la realidad, porque no tratan de expresar cómo es efectivamente ésta, sino cómo debe ser; es decir, tratan de prescribir una conducta.

Desde este punto de vista formal, en que acabamos de contemplar lo enunciativo y lo normativo, resulta que estas dos categorías (el ser y el deber ser) son igualmente primarias, es decir, independiente la una de la otra. Si clasificamos nuestros pensamientos desde ese punto de vista puramente formal (en cuanto a su forma), resulta que nos encontramos con pensamientos en los que se da la enunciación de un ser; y otros pensamientos en que se expresa un deber ser. La realidad de algo nada nos dice sobre su adecuación o no adecuación a una norma. Un precepto normativo nada nos dice sobre cómo es o será de hecho la conducta a la cual se dirige. Nos encontramos, pues, con una diferencia formal y primaria entre realidad y deber ser, o, lo que es lo mismo, entre proposiciones enunciativas y proposiciones normativas.

Lo expuesto ni prejuzga adversamente, ni contradice el ensayo realizado por Husserl, de convertir las proposiciones normativas en enunciadoras de calidades de valor. Según ese ensayo, una proposición normativa puede ser convertida en enunciativa del valor o del mandato que la funda. Así, por ejemplo: la proposición "debes ser veraz" quedaría transformada en la proposición "la veracidad es moralmente buena"; la norma "el depositario debe en tales y cuales condiciones devolver la cosa depositada al depositante" quedaría convertida en esta otra: el Código civil dice que si el depositario no devuelve la cosa, será sometido a un procedimiento sancionador de ejecución forzosa; etc. A pesar de esa posibilidad de conversión, queda en pie la especial caracterización de lo normativo, según la he expuesto.

18. Normatividad formal y normatividad material

Ahora bien, adviértase que entre las proposiciones de tipo normativo podemos establecer la siguiente distinción o clasificación: *A*) Proposiciones de forma normativa, cuyo contenido tiene su origen en una elaboración humana—esto es, que ha sido fabricado por el hombre—; por ejemplo: los preceptos de un Reglamento de tránsito; y *B*) Proposiciones normativas cuyo contenido es la pura

expresión de un valor ideal; por ejemplo: los principios puros y absolutos de la moral, los primeros principios del valor justicia; y en tales principios ocurre que no sólo es normativa su forma, sino que también es normativo (valioso) su contenido, en sí y por sí. Ocurre que a la esencia de algunos valores pertenece una dimensión de "deber ser" y aun de "deber hacer", en el sentido de deber ideal o puro. Este deber ser ideal o puro—en virtud de la misma índole del valor, y dentro de las condiciones exigidas por el mismo contenido y sentido del valor—constituye un deber ser absoluto, que se funda sobre sí mismo, cuya validez no deriva de nada extrínseco a él. Y, así, sucede que en los principios que constituyen pura y perfecta expresión de valores ideales, no sólo es normativa la forma en que se presentan, sino que lo es también su materia, es decir, su contenido.

Nótese que la normatividad de las proposiciones de la vida humana objetivada, *v. g.*, el ejemplo que antes poníamos del reglamento de tránsito, es formal; pero, por el contrario, su contenido dimana de una elaboración humana, es el producto de los pensamientos y de la voluntad que han tenido unos determinados hombres de carne y hueso, y no es pura esencia de valor, aunque, desde luego, trate de fundarse o de orientarse en determinados valores. Tal reglamento de tránsito tiene forma normativa, porque no constituye la enunciación de una realidad, sino que constituye un precepto, un imperativo. Pero, de un lado, aunque este reglamento se oriente hacia unos valores e intente fundarse en ellos, la base próxima o inmediata de su deber ser, de su normatividad, radica en una voluntad, es decir, en un mandato (de la autoridad competente). El Derecho positivo rige como norma no por su mayor o menor acierto intrínseco (por su más o menos lograda justicia), sino por su vigencia, es decir, por haber emanado de la instancia competente. Y, además, por otra parte, el contenido de un precepto positivo (p. e., de la reglamentación a que me he referido), aunque intencionalmente apunte a determinados valores (*v. g.*, seguridad, bien común, libertad, etc.), alberga una serie de elementos históricos, circunstanciales, de finalidades concretas, singulares, condicionadas a situaciones particulares, y puede encarnar sólo imperfectamente los valores a que aspira. O, dicho con otras palabras: las reglas del Derecho positivo, de un determinado pueblo en un cierto momento histórico, son normas—es decir, tienen forma normativa—, pero su contenido no es exclusivamente puro valor ideal, sino

finalidad concreta, condicionada a determinadas circunstancias; es interpretación humana más o menos afortunada, que unos sujetos dan de determinados valores con respecto a una situación. En suma: el Derecho positivo es algo normativo, pero su contenido, aunque orientado hacia valores, no es valor puro, sino que es obra humana histórica. Y el fundamento de su normatividad es formal, es decir, estriba en su vigencia, en las atribuciones de quien lo dicta.

19. Lo colectivo—Vida humana social

La sociedad no es un ente en sí y por sí, con existencia aparte de la de los hombres individuales que la forman; es decir, la sociedad no es una realidad substante, sino que las únicas realidades substantivas que la componen son los hombres. Así, por ejemplo, no existe aparte y con independencia de los mexicanos una realidad *México*. Suponer lo contrario, creer en la substantividad de los entes sociales, como algo en sí y por sí, era un desvarío del pensamiento romántico (que hablaba de una misteriosa y recóndita alma nacional—como realidad espiritual—que actuaba de protagonista de la historia y que gestaba la cultura, arte, lenguaje, derecho, etc.); o fué también uno de los más lamentables errores en que incurrió la doctrina de Hegel—y también sus derivadas; o, asimismo, una manifestación del tosco biologismo del siglo XIX, que, en impremeditada apetencia de resolver todos los problemas con una única y simple fórmula, quería explicar la sociedad como un organismo biológico—parecido a los animales—de gigantescas proporciones. El pensamiento contemporáneo ha hecho una crítica decisiva de todas esas doctrinas, tanto de la fantasmagoría de los románticos, como de las confusiones en la teoría de Hegel, como también del pensamiento *naturalista* del organicismo. Y se ha establecido, por fin, con palmaria claridad que lo social no tiene realidad aparte de los individuos, sino que constituye algo que les acontece a los hombres y que éstos hacen. En suma, diría yo, lo social es una forma de vida humana.

Ahora bien, de la comprobación de que las únicas realidades substantivas en lo social son los hombres, no se sigue de ninguna manera (como muchos han pretendido con inexacta visión) que la sociedad sea sólo un tejido de las vidas individuales. Cierto que la sociedad la componen y la viven sólo los hombres—esto es, los individuos, pues no conocemos más seres humanos substantes que

los individuales—. Pero, según veremos en seguida, cuando los individuos actúan como miembros de una colectividad, lo que viven no es su propia y auténtica vida individual, sino unas especiales formas de vida objetivada, esto es, unas formas de vida colectiva. O, anticipado con otras palabras: quien vive lo colectivo es el individuo, pero esas formas de vida colectiva pueden distinguirse perfectamente de las formas de la vida propia y auténticamente individual.

Pero antes de desenvolver la idea que acabo de esbozar en el párrafo anterior, conviene que exponga lo que es supuesto de toda relación interhumana. Entre las muchas y diversas cosas que yo encuentro en el mundo, encuentro a los demás hombres. Pero no los encuentro como hallo una piedra o un árbol, sino que los encuentro como seres peculiarísimos, que guardan conmigo una relación distinta a aquella en que estoy con la fuente o con el sol, o con las ideas. Me siento afín a ellos en alguna medida, y sé (o barrunto) que a ellos les ocurre lo mismo respecto de mí. Intuyo que ellos me comprenden y que yo les entiendo. Aunque desde cierto punto de vista pudiéramos decir que yo vivo con la naturaleza, sin embargo la relación de coexistencia que yo tengo con las cosas de la naturaleza es diversa de la manera como yo estoy con los demás hombres: no estoy tan sólo *en* la sociedad y *ante* ella, sino también *con* ella. Estoy con los demás hombres, co-estoy, convivo. Por eso es un fatal error concebir la sociedad (el hecho de las relaciones interhumanas y el hecho de la colectividad) bajo la figura de la *asociación,* del *asociarse,* como si se fundase primariamente en este acto de reunirse o de asociarse. Pues para que unas gentes se reúnan a hacer una cosa común, o para que se asocien, es preciso que ya antes estén en sociedad, en relación; es menester que se entiendan mutuamente y que sientan que tienen algo en común.

Ahora bien, el individuo puede vivir dos formas de vida, tanto en sí mismo, como en relación con otros. En algunos aspectos o momentos vive *formas individuales de vida,* que crea él mismo, que le son privativas y exclusivas, a su propia medida, como algo muy propio e intransferible; pero, en otros aspectos y momentos, vive según recetas comunes, según fórmulas *ya hechas* y generalizadas; en suma, según *formas colectivas de vida.*

Así, pues, en la vida del hombre, que ciertamente es vivida siempre por individuos de carne y hueso, precisa distinguir entre el *hacer u obrar puramente individual,* y el *hacer u obrar según*

módulos comunes (que, desde luego, es también ejecutado por el individuo, pero no en tanto que individuo).

El *hacer u obrar individual* es—según certeramente lo ha caracterizado José Ortega y Gasset[12]—el que vivo yo como tal individuo—en tanto que soy un ser determinado y diferente de todos los demás, en tanto que irreductible, en tanto que exclusivo, peculiar e insustituíble—, por mi propia cuenta, bajo mi plenaria responsabilidad. Es la vida en que vivo originariamente mis pensamientos por propia adhesión a ellos, mis afanes genuinamente míos, en que tomo mis decisiones, íntegramente por mi cuenta, no sólo en cuanto al acto de decidirme, sino también en cuanto al contenido de la decisión, respondiendo a convicciones auténticamente mías.

Ahora bien, el individuo no sólo vive como individuo, de la manera y con el alcance que acabo de describir en el párrafo antecedente, sino que puede copiar su hacer, tomándolo de modelos, de módulos de vida humana objetivada, que están ahí, como cristalizaciones, que pueden ser repetidas, revividas por nuevos sujetos. En este caso, nos encontramos con actos que se componen de dos tipos de ingredientes, a saber: un ingrediente individual (la decisión) y unos ingredientes objetivos, que consisten en el contenido de lo que se hace, el cual se toma de algo que está ahí ya dibujado, ya configurado, ya hecho otra vez por otro sujeto. En este caso, el querer hacer lo que hago emana de mí como individuo; pero lo que hago, el contenido de mi acción, no procede de mí, sino que lo tomo de otro; es una forma de vida humana ya objetivada.

Pero, con esto no hemos llegado todavía a caracterizar la *forma colectiva de vida* (vivida, desde luego, por individuos). Pues, en la clase de conducta que acabo de describir—como conducta en la cual su contenido no deriva del sujeto individual que la realiza, sino que éste la toma de ahí, de una objetivación de vida humana preexistente—pueden darse dos casos enteramente distintos. En primer lugar, puede darse el caso de que un individuo tome el contenido de su obrar de la conducta que tuvo otro individuo, como invención propia y original de éste. Tal es el caso en que copio o imito el comportamiento que fué original y propio de otro sujeto, porque estimo que esa conducta es valiosa, es digna de ser tomada como modelo. Tal cosa ocurre cuando tomo como ejemplo la conducta de un santo (me guío por las virtudes de San Francisco de Asís) o de un héroe (el general quiere imitar lo que Napoleón hacía), o de un maestro (el escritor quiere imitar el estilo de otro, porque le parece que es muy bello), o de un amigo (que considero

leal, enérgico y sensato),o de un extraño (que admiro por su apostura), o me dejo guiar por la opinión de otra persona que reputo inteligente. En todos estos casos—y en el sinnúmero de sus similares—ocurre que *un individuo,* por su propia e individual decisión copia o reproduce la conducta de *otro individuo* (conducta que éste inventó o diseñó como individual). Y, así, pues, el primer individuo pone de su propia cosecha la resolución de copiar, de imitar, de reproducir; pero lo que copia es la conducta individual de otro individuo. La forma objetivada de vida que reproduce es la cristalización de una vida individual de otro sujeto. Mas conviene hacer notar que, en estos casos en que se reproduce la conducta (que puede ser tanto pensamiento, como acción) de otro sujeto individual, aunque el contenido de ese comportamiento es tomado de fuera, sin embargo es intimizado; se le presta una plenaria adhesión, y de ese modo pasa a ser también convicción propia del sujeto que lo copia. Aunque él no haya inventado ese comportamiento, lo hace suyo íntimamente, se identifica con él porque le parece valioso; precisamente por eso es por lo que lo copia. Naturalmente, me refiero a los casos en que se toma otra conducta como modelo, conscientemente, por sincera adhesión, por auténtica devoción, y no sólo como resultado de un mecanismo de imitación reactiva.

Pero en segundo lugar, podemos registrar otro tipo de obrar distinto del que he examinado en el párrafo anterior. Se trata también de un caso en que el individuo copia una conducta ajena, pero no una conducta ajena individual de otro individuo (determinado e insustituíble en tanto que individuo), sino una conducta general de un grupo de sujetos, una conducta impersonal, verbigracia, lo que hace la *gente,* lo que hacen los *demás,* lo que hacen los *colegas,* o los *copartidarios,* o los *correligionarios,* o los *camaradas,* en suma, lo que hacen los miembros de un grupo, no en tanto que individuos, sino en tanto que miembros de un círculo colectivo. Se trata de la conducta que realiza el hombre, no como individuo—intransferible e insustituíble—, sino como sujeto de un círculo de hombres (clase, profesión, grupo, Estado, etc.), en su calidad abstracta de tal, y, por tanto, como un ente genérico, intercambiable, sustituíble, fungible. En este caso—según ha subrayado certeramente José Ortega y Gasset—lo que se tiene en cuenta no es la conducta de otros sujetos en tanto que individuos, sino algo genérico, impersonal, abstracto, funcionario. Ser y actuar como miembro de una clase social, de una colectividad profesional, o de creencia, o de partido, como ciudadano, como funcionario, no es ser ni actuar como

individuo, no es ser ni actuar como sujeto auténtico y originario de una vida, sino que es ser y ejercitar una función abstracta, un papel o *rôle;* es ser no persona individual auténtica, sino personaje. En este caso se ejecuta un repertorio de actos que no provienen de mí como individuo, ni tampoco de otro sujeto como individuo, sino que están definidos impersonalmente, como algo genérico y mostrenco; es supeditarme a algo no individual, sino común. Tomemos como el ejemplo más simple de esto lo que ocurre con los usos, que son algo prototípicamente social. Cuando cumplimos un uso hacemos algo que hacen los demás y porque lo hacen los demás. Juan lleva corbata porque ha visto que la llevan los demás; pero, ¿quiénes son los demás? ¿Acaso Pedro, Luis, José, etc.? Pero fijémonos bien, los demás no son una reunión de individuos en tanto que individuos, no son la reunión de Pedro (en lo que Pedro tiene de Pedro) y Luis (en lo que Luis tiene de Luis), y así sucesivamente; porque ocurre que Pedro lleva corbata también porque la llevan los demás, y dentro de esos demás figura también Juan (que es quien habíamos tomado como punto de partida); y así sucesivamente. Ninguno al cumplir el uso arranca de tomar en cuenta a otro sujeto, a fuer de individuo, sino a una vaga y genérica totalidad —que naturalmente tolera excepciones—, a los demás—dentro de cuyo concepto estoy también yo, pues cada uno de todos los otros toma también en cuenta a los demás (entre los cuales figuro yo)—. Nos encontramos con un hacer que sirve de modelo a mi hacer (a mi vida), y resulta que no hay nadie en concreto y singularmente responsable de ese hacer, porque cada uno lo cumple también porque lo realizan los demás. Resulta que los demás son casi todos los que pertenecen a un determinado círculo; pero no soy yo en concreto, ni Juan en concreto, ni Pedro en singular. Los demás, la gente, son todos, pero ninguno en particular o en concreto; son todos y nadie a la vez. Y, así, ocurre que cuando buscamos al sujeto responsable de lo social, nos encontramos con que no hay tal sujeto concreta y determinadamente responsable, sino la referencia vaga, genérica y difusa de "los demás". Lo social es una forma de vida que no es de nadie en particular, sino que es algo genérico, comunal, tópico.

Y cuando el individuo—siguiendo en el ejemplo que estoy glosando—cumple un uso social, el sujeto de ese obrar no es el yo individual, sino el "yo" fungible, algo así como un traje de bazar, como una máscara, en suma, lo que Wiese ha apuntado certeramente llamándolo "yo social en el individuo"[13]. En la conducta

BIBLIOTECA DEL COLEGIO

social, esto es, en las formas de vida colectiva, el individuo como individuo interviene nada más que en cuanto a la decisión de comportarse según esas formas; pues claro que puede resolverse a acatar el uso o a contravenirlo. El sujeto individual pone su supeditación al uso, a lo que hacen los demás. Pero aquello según lo cual se comporta, el módulo de conducta que ejecuta, eso no proviene del individuo en cuestión, ni tampoco proviene de otro individuo a quien el primero copie, sino de la colectividad, es decir, de unos sujetos en su condición de miembros de un grupo. El individuo que cumple un uso no hace sino ejecutar un proyecto de conducta que recibe como algo impersonal.

Y así podríamos multiplicar los ejemplos. Cuando yo pienso algo porque se me ha ocurrido a mí en radical soledad, o también cuando el pensamiento de otro sujeto lo he hecho mío sinceramente, por íntimo y radical convencimiento, hasta el punto de que ya pertenece a mi propio y entrañable acervo, pienso como individuo (plenaria y máximamente en el primer caso, y secundariamente en el segundo). Pero, en cambio, si pienso algo, porque lo he recibido como opinión dominante, en este caso soy sustrato de algo *no individual*, a saber, de algo colectivo, de la *opinión pública* (es decir, no privada de uno o de otro, sino tópica, comunal). Así, pues, como glosa con frase feliz Bouglé, la sociedad se manifiesta en fenómenos de los cuales el individuo es el teatro, pero no la razón suficiente[14].

Cuando yo obro decidiendo sobre mi propia vida, sobre mi existencia privada, obro como individuo. Pero cuando actúo como miembro o como directivo de un grupo, mi conducta viene determinada por una serie de consideraciones ajenas a mi individualidad, a saber, por tener en cuenta la índole del grupo, sus intereses, su misión colectiva, etc. Es corriente escuchar frases como esta: "yo de buena gana por mí haría tal o cual cosa, pero como perteneciente a esta clase social, o como miembro de esta colectividad, o como directivo de la misma, no puedo, pues en mi calidad de tal debo tener en cuenta lo que el grupo significa, la función que en el mismo represento."

Así, pues, aunque también en lo social actúa el individuo—en tanto en cuanto se somete a un proyecto de conducta ajena impersonal y es quien de hecho la ejecuta—, el sujeto a quien este comportamiento se refiere no es su yo entrañable, sino una especie de corteza a él adherida, una especie de investidura, en suma, lo que se ha llamado por Wiese un *yo social*.—Pero entiéndase bien que el portador de este yo social es el mismo sujeto individual; es decir,

que al hablar de un yo social, no nos referimos a un supuesto yo colectivo (hipótesis disparatada) distinto de los yos individuales, sino única y exclusivamente a una especie de máscara portada por el yo individual, a un papel desempeñado por éste—. Este yo social recibe su figura, principalmente, de las configuraciones colectivas. Cierto que guarda una unión con el yo personal o individual. Pero en la vida humana social, lo que viene en cuestión no es la totalidad del hombre, su fondo entrañable, sino solamente el componente social de él.

Además, téngase en cuenta que no puede hablarse de un solo yo social en cada individuo; antes bien, sobre un único y mismo yo individual se dan superpuestos y en coexistencia una múltiple serie de yos sociales, correspondientes a las diversas situaciones colectivas en que participa, p. e., como: ciudadano, como trabajador, como *sportman,* como orfeonista, como afiliado a un partido, etc. Cada uno de esos yos sociales que el individuo lleva consigo es una especie de personalidad, no para él, no para sí mismo, sino para los demás. Se configura según unas exigencias sociales, es producto del contorno, cristaliza en tipos. Claro es que el yo individual es el único que es sujeto auténtico, el único que sufre y goza, que desea y teme.[15] Lo colectivo es una cristalización, una objetivación despersonalizada.

Cierto que en la supeditación de un sujeto a módulos colectivos de conducta puede darse una dosis de adhesión sincera y entrañable a los mismos. Pero esto no es en manera alguna esencial a la forma de vida colectiva. Podrá incluso en algunos casos ser esto deseable; pero no pertenece a la esencia del comportamiento según formas colectivas, antes bien, es por entero algo accidental. Yo cumplo plenariamente un uso, comportándome de acuerdo con él, aunque en el fondo de mi alma sienta enorme desprecio por el mismo y lo encuentre ridículo. Ahora bien, esto que es posible—y admisible—en formas de conducta colectiva, no lo es en cambio en el caso que antes examinábamos de la imitación del comportamiento *individual* de otro sujeto, es decir, cuando, *v. g.*, se toma como modelo a un santo, a un maestro, a un héroe. Porque entonces se les toma como paradigma, precisamente porque se estima valioso su comportamiento, porque se siente uno íntimamente adherido, identificado con él. Pero esto es así, porque la relación con el *maestro,* con el sujeto ejemplar, no es una relación social, sino que es una relación interindividual, según certeramente ha señalado José Or-

tega y Gasset.[16] Como es también algo no social, sino interindividual, la relación con el amigo, la relación con la amada.

Efectivamente, en una amistad, en un amor, en una devoción de ejemplaridad, quienes se relacionan son dos individuos en tanto que individuos, en lo que cada uno tiene de individual. Se quiere al amigo, se ama a la novia, se sigue al maestro, precisamente por las calidades individuales y privativas que se descubren en ellos. Y, por tanto, la amada es insustituíble; y lo mismo ocurre con el amigo y con el maestro. Estas relaciones se establecen entre yos individuales, entrañables, e irreductibles a otros. Lo cual es justamente lo contrario de lo que sucede en la relación social; pues ésta se establece entre sujetos intercambiables, canjeables, fungibles; por ejemplo: el colega, el copartidario, el camarada, el ciudadano, el conductor del tranvía, el consocio, el vendedor, el soldado, etc., expresiones que designan a yos sociales, a puros papeles o funciones genéricas, que en su calidad de tales pueden tener agentes sustituíbles.

Anótese con especial empeño esta caracterización, que acabo de exponer, respecto de lo colectivo en general, porque después veremos cómo lo mismo, con rasgos mucho más acentuados—realmente mayúsculos—, se da en lo jurídico. En el Derecho, que en suma es una forma de vida colectiva—la máxima en intensidad y plenitud—, ocurre todavía más exageradamente eso mismo que venía glosando respecto de lo social *in genere,* a saber: que el sujeto de las formas sociales de vida no es el hombre auténtico, el hombre individual, sino una mera dimensión funcional, un papel o *rôle,* una máscara, en suma, un yo social. Lo mismo, pero con caracteres de mayor relieve, ocurre en la vida jurídica; en el Derecho constituído jamás tropezamos con hombres individuales, de carne y hueso, en su entrañable singularidad, sino que encontramos solamente al ciudadano, al extranjero, al funcionario, al particular, al vendedor, al comprador, al mandante, al mandatario, al naviero, al contramaestre, al contribuyente, al recaudador de contribuciones, al elector, al elegible, al juez, al gendarme, al delincuente, etc., en suma, categorías abstractas, tipos, cristalizaciones funcionales. Pero, en cambio, queda extramuros del Derecho, más allá o más acá de él, mi existencia única, intransferible, entrañable, mi perspectiva singular en el horizonte del mundo, mi vida distinta de todas las demás vidas, esa instancia única y privatísima que somos cada uno de nosotros.

De otro lado, dije ya que cuando nos preguntamos por el sujeto colectivo que manda o impone los módulos sociales, por quién

sea "la gente", "los demás", nos encontramos con que no hay un sujeto colectivo auténtico, sino sólo una abstracción, una generalización impersonal. Pues bien, veremos más adelante, con la debida atención, que cuando nos preguntamos por quién es el sujeto que manda las normas jurídicas, que las impone, no hallaremos tampoco un sujeto real, sino un sujeto construído por la misma norma, a saber, el Estado. Este, a diferencia del sujeto dominante en lo social no jurídico (la gente), no carece de perfiles precisos, ni es vago, ni difuminado, antes bien está perfectamente definido y rigorosamente delimitado; pero no es un sujeto real, sino un sujeto conceptual, ideal, creado por la norma jurídica, personificado por ella.

Ahora bien, no se crea de ninguna manera que lo social tenga, por los caracteres explicados, una importancia puramente secundaria. En modo alguno. Lo social forma parte esencial y necesaria de la vida humana, como componente ineludible de ella.

El hombre necesita apoyarse, para resolver muchos problemas en lo que recibe ya hecho de los demás y del pasado. El hombre, como estudió muy profundamente Rousseau, es progresivo. Lo que esencialmente caracteriza al hombre, decía Rousseau—cuya certera doctrina había pasado inadvertida—, es su capacidad de comunicación, esto es, de poder aprender de los demás. No sólo por la inteligencia se define al hombre: aunque imaginásemos un hombre muy inteligente, capaz de descubrir por sí mismo las más importantes verdades, y las más acertadas máximas de moral y justicia, aunque supusiéramos en él las mayores luces—dice Rousseau en su "Discurso sobre los orígenes de la desigualdad"—, si toda esa sabiduría no pudiera comunicarse perecería con dicho individuo; y los demás —sus coetáneos y sus sucesores—tendrían que empezar de nuevo desde el principio, y así sucesivamente, con lo que ningún perfeccionamiento ni progreso se conseguiría. Lo que caracteriza esencialmente al hombre es su *perfectibilidad*, fundada en la comunicabilidad. El hombre comienza a vivir no en el vacío, sino apoyándose en lo que han hecho otros hombres. Para vivir, que es elegir entre las posibilidades limitadas que nos ofrece la circunstancia, precisamos de una interpretación de ésta, necesitamos un saber a qué atenernos respecto del mundo y de los demás; y esa interpretación, de momento, la recibimos de los demás. Sobre el nivel histórico de lo que los hombres han pensado y hecho ya, comienza mi vida; y sobre este nivel histórico, las nuevas ideas individuales aportarán innovaciones, rectificaciones, superaciones, de suerte que una nueva generación principiará su vida sobre un nivel distinto del que

había cuando despuntó la nuestra. Por eso, dice Ortega y Gasset, el hombre es siempre *heredero;* el hombre de hoy es forzosamente distinto que el de ayer, porque cuando aquél comienza a vivir encuentra un acervo de dogmas, de módulos, que no había cuando empezaba la existencia del de antaño; pero, a la vez, el hombre de hoy, como vive en una nueva circunstancia, en un mundo distinto (de conocimientos, de creencias, de experiencias) que el de ayer, modificará por su propia cuenta ese legado recibido. El tigre de hoy es tan idénticamente tigre como los tigres de hace dos mil años: cada tigre estrena su ser tigresco. Pero por el contrario, el hombre (que se caracteriza esencialmente por tener tradición) no estrena jamás su ser humano, su humanidad, sino que lo recibe ya configurado por las gentes del pretérito inmediato; por eso el hombre es siempre otro que el que fué; no tiene un ser fijo; el de hoy es distinto que el de ayer, porque sabe o conoce ese ayer, y además en cada época tiene que crearse un nuevo ser. Así resulta que el hombre no tiene un ser *dado, hecho,* sino que tiene que hacérselo; mas para ello comienza partiendo de lo que han hecho los demás, sobre cuyo nivel aportará él su propia contribución (grande o pequeña). Y es la sucesiva acumulación de inventos teóricos y prácticos lo que hace posible el progreso. Dice Rousseau que ha debido transcurrir muchísimo tiempo antes de que hayan podido surgir las instituciones que hoy nos son habituales. Claro que para ser progresivo, necesita el hombre, por una parte, hacerse libre de lo que ayer fué y quedar en franquía para ser de otro modo; pero, de otro lado, necesita también poder acumular lo de ayer, aprovechar el pasado, partir de éste; porque de lo contrario, como dice Rousseau, cada ser humano tendría que comenzar de nuevo y no habría perfectibilidad posible. Se puede liberar del pasado, corregirlo, superarlo, aumentar su acervo, porque es *individuo,* con vida propia, que puede hacer por su propia cuenta. Mas para empezar sobre el nivel del pasado precisa la sociedad. La sociedad es necesaria y esencial al hombre: es como un aparato entre el individuo y su vida, como un instrumento o máquina que hace posible la progresividad. Ahora bien, démonos cuenta, como ha hecho notar José Ortega y Gasset, que las formas de vida social, son siempre representaciones del pasado—remoto de siglos, o reciente de días, pero, en suma, pasado—; son formas de vida que *fué antes;* por tanto, arcaicas.

En el acomodarnos en muchos de nuestros quehaceres a lo que hacen los demás va implícito un crédito de confianza que abri-

mos a nuestros antecesores y a nuestros coetáneos. Creemos que si lo hacen los demás, esto ofrece una cierta garantía de acierto: podrá no ser lo mejor, pero es probable que tampoco sea lo peor. No es posible imaginar un hombre que no copiase nada de los demás ni del pasado: tendría que comenzar a resolver por su propia cuenta todos, absolutamente todos los problemas de su vida (qué alimento tomar, dónde encontrarlo, cómo vestir, cómo comunicarse con los otros—el lenguaje es una forma social—, cómo guarecerse, el forjarse una interpretación de las cosas, etc.); en suma, tendría que inventar *ex-novo* todos los quehaceres de su existencia. La sociedad nos da resueltos una serie de problemas, con lo cual nos permite despreocuparnos de ellos, y de tal manera nos facilita la posibilidad de vacar a nuestra propia individualidad, disponiendo de ocio en el cual podamos vivir algunos momentos nuestra propia y privativa vida e inventar en ella algunas formas originales (humildes o egregias); esto es, nos proporciona ocasiones y tiempo para vivir por nuestra propia cuenta y riesgo. Esto no sería hacedero si tuviésemos que resolver cada cual por sí mismo todos los problemas de la existencia.

Así, pues, la vida social es para el hombre tan esencial como su propia vida individual. Otorgando un crédito de confianza a lo que los demás han hecho, el individuo tiene resueltos una serie de problemas perentorios; y, de esta guisa, puede obtener la holgura suficiente para dedicarse al cumplimiento de su destino privativo y propio; y, al mismo tiempo, puede aportar, con sus invenciones y nuevas experiencias, un progreso al legado recibido de la sociedad.

Ahora bien, adviértase que lo social—las formas de vida colectiva cristalizadas—constituye algo inerte, mecánico y estéril; y sólo fructifica en la medida en que sobre esas formas se produce la interferencia de una acción individual renovadora. Como ha glosado muy bien José Ortega y Gasset, la sociedad no es nunca original ni creadora; ni siquiera siente necesidades originariamente, pues quien las siente es el individuo; éste crea una obra para satisfacerlas; y, entonces, la sociedad la adopta; y, así, lo que primero fué invención del individuo se objetiva después en función social.

Así, pues, es erróneo suponer, como han pretendido algunos, que las formas colectivas y los productos sociales sean capaces por sí y nada más que por sí de engendrar nuevas formas, nuevas instituciones y creaciones. Si bien la vida colectiva es algo distinto de la vida individual, sin embargo es vivida sólo por individuos; y, por tanto, no cobra existencia real y actual sino en la medida en

que la viven o, mejor dicho, la reviven los hombres. Pues bien, si una forma social para ser real y actual necesita indispensablemente del concurso de los individuos, los cuales lo cumplen y lo realizan, ¿cómo podemos imaginar que una forma social sea capaz por sí misma y nada más que por sí misma de originar nuevas formas sociales, sin pasar por el crisol de nuevas acciones individuales? Es de todo punto imposible. Todo lo que hoy es social, es colectivo, fué antes invención individual, creación de un individuo o de varios, que después se comunizó, se socializó, se colectivizó. Lo social es cristalización, fosilización, mecanización, y, por ende, es estéril, y sólo se renueva, sólo se recrea, merced a nuevas aportaciones individuales, que después consigan socializarse. Y evoluciona y cambia merced a un proceso de interacción entre lo dado social y la nueva aportación fecundante del individuo.

De todo lo dicho se desprende con toda claridad que lo social cumplirá su papel y será beneficioso en la medida en que ayude al hombre a resolver una serie de problemas; pero dejándole a la vez una holgura, dentro de la cual el individuo pueda ser él mismo, pueda moverse con libertad, para hacer su propia vida individual. Y por eso, cuando se intenta colectivizar integralmente al hombre, estatificarlo, funcionarizarlo, o lo que es lo mismo, desindividualizarlo, entonces se agota la esencia de lo humano, se deshumaniza al hombre, se le destruye. Y además con ello troncha irremisiblemente el porvenir y toda posibilidad de progreso para la misma sociedad, la cual perece resecada, puesto que ella sólo puede progresar merced a las aportaciones individuales.

Sería muy interesante proseguir la consideración de estos temas sobre lo social o colectivo, que he esbozado aquí. Pero como esta no es una obra de Sociología, sino que su tema es especialmente lo jurídico, debo limitarme a lo dicho, dejando para otra ocasión el desenvolver con mayor amplitud esta materia sociológica.

20. Localización de lo jurídico

Todo lo dicho anteriormente nos ha conducido a una precisa y rigorosa localización de lo jurídico en el Universo. Hemos visto, con toda claridad, que el Derecho no es naturaleza corpórea, ni biología, ni psiquismo, ni pura idea de valor (aunque apunte a valores). El Derecho pertenece al reino de la *vida humana objetivada;* y, dentro de ésta, constituye una forma *normativa* de carácter *co-*

lectivo o social. Claro es que con ello no hemos llegado, ni mucho menos, a una determinación del *ser peculiar* del Derecho, de la esencia específica de lo jurídico. Hemos llegado tan sólo a situar el Derecho en la zona del Universo a la que pertenece. Pero a esta misma zona pertenecen también otras formas de vida humana normativa y colectiva, como, por ejemplo, las normas sociales del decoro, de la cortesía, etc. Y, por tanto, será preciso proseguir nuestra indagación hasta que acotemos esencialmente lo jurídico, como tal, diferenciándolo de todas las demás normas y de todas las demás formas colectivas.

De momento, lo que es posible establecer después del estudio que antecede es:

1º Que el Derecho pertenece a la zona del Universo que he caracterizado como vida humana objetivada; y que, a fuer de tal, está constituído por un complejo de significaciones de estructura finalista, con un sentido e intencionalmente dirigidas a unos valores.

2º Que esas significaciones tienen forma normativa.

3º Que constituye una norma de contenido histórico: la interpretación humana, en un determinado momento, de las exigencias de unos valores, condicionados a determinadas circunstancias.

4º Que es algo de índole social o colectiva: forma de vida no individual, sino colectiva, abstracta, común, funcionaria.

En suma, del Derecho podemos decir, en este momento, que es un producto humano (y, por tanto, histórico), que consiste en una forma normativa de la vida social, que apunta a la realización de unos valores. Pero, de una parte, nos falta aprender a diferenciar el Derecho de otras normas (de conducta humana), como p. e. la moral, el decoro, etc.; y a diferenciarlo también de otros productos sociales. Y, de otra parte, nos falta asimismo inquirir cuál sea el sentido esencial de lo jurídico, en tanto que tal.

Para definir un algo es preciso ciertamente aprender a distinguir ese algo de todos los demás algos, y muy especialmente de aquellos que le están más cercanos, o que presentan con él algún rasgo de analogía. Y, por ello, emprenderemos la indagación sobre la distinción entre lo moral y lo jurídico; entre lo jurídico y las reglas del trato social (decoro, decencia, cortesía, etiqueta, etc.); y entre

lo jurídico y los mandatos arbitrarios (tarea que ha sido acometida por casi todas las obras contemporáneas de Filosofía del Derecho).

Pero con haber desarrollado esta labor diferenciadora del Derecho frente a las demás normas que en apariencia se le asemejan, todavía no habremos conseguido capturar mentalmente por entero la esencia de lo jurídico. Pues para conocer un algo esencialmente, a fondo, no basta con que sepamos diferenciarlo de todo lo demás, sino que es menester, además, que trabemos contacto con la intimidad entrañable de ese algo. Por ello, deberemos preguntarnos también por el sentido esencial de lo jurídico, después de haber delimitado el Derecho frente a todos los demás tipos de normas.

En la medida en que se cumpla satisfactoriamente esos temas se conseguirá una definición esencial del Derecho y la determinación de su sentido radical en una concepción filosófica del Universo, es decir, el sentido radical que lo jurídico tenga en la vida humana, como una de las funciones necesarias de la vida social.

CAPITULO II

EL USO PRIMITIVO COMO NORMA INDIFERENCIADA. EL USO COMO MANIFESTACION DE DIVERSOS TIPOS DE NORMAS

El lenguaje y la historia registran diversos tipos de normas dirigidas a la conducta humana: moral, derecho, reglas del trato social (decencia, decoro, cortesía, etiqueta, etc.), mandatos de pura fuerza. Veremos cómo en cada uno de esos tipos de reglas late un sentido diverso; cómo cada uno de esos tipos de normación tiene esencialmente una peculiar y privativa intencionalidad; cómo cada uno de esos tipos de regulación de la conducta apunta a unos valores correspondientes. Indagar la diferencia esencial entre derecho y moral, entre derecho y reglas del trato social, y entre derecho y mandatos de pura fuerza, consistirá en explicar cuál es el peculiar sentido propio de cada uno de esos tipos de normas.

Pero no hay que confundir la especial esencialidad de cada una de esas normas (moral, reglas del trato social, derecho, mandatos de pura fuerza) con las manifestaciones a través de la cual se nos revelen dichas normas. Porque, según se va a ver en seguida, ocurre que normas por entero distintas, de sentido esencialmente diverso, se manifiestan de manera similar. Así, a través del uso, de los usos, pueden manifestarse lo mismo normas morales, como también normas del trato social, como también normas jurídicas. Y las normas jurídicas, además de hacerse patentes en usos (Derecho consuetudinario), pueden manifestarse—y se manifiestan todavía en mayor volumen—mediante disposiciones legislativas y reglamentarias y mediante fallos de los tribunales. Y las normas de la moral pueden manifestarse mucho más pura y noblemente a través de la conciencia estrictamente individual.

Lo que ocurre, según expondré con mayor extensión unas líneas más adelante, es que habitualmente suele emplearse la expresión uso social para significar aquellas normas que en su mayor

parte siguen manifestándose a través de usos, que son las llamadas reglas del trato social (decoro, pudor, cortesía). Y, en tal sentido restringido y particular, se contraponen esos "usos sociales" (del decoro, de la cortesía, etc.) a los otros tipos de normas, a saber, a la moral, al derecho, etc. Pero no nos dejemos inducir a error por ese empleo un poco vago o impreciso de las palabras. Puede haber usos sociales de sentido moral, puede haberlos de sentido jurídico, y los hay en inmenso volumen con sentido de meras reglas del trato (cortesía, decoro, urbanidad, etc.)—a los cuales suele denominarse pura y simplemente usos—.

Vemos también que hay usos de carácter no normativo, es decir, que constituyen módulos de conducta sin la pretensión de crear un deber en los demás. El uso del saludo (regla de trato social), el uso de pagar el canon del arrendamiento rústico en determinada festividad (precepto de Derecho consuetudinario), son usos a través de los cuales se reflejan sendas formas de vida con pretensión normativa—del trato en el primer caso y del Derecho en el segundo—. En tanto que, por el contrario, un uso artístico (*v. g.*, el predominio de un estilo), la costumbre de comer determinados platos, la opinión pública, etc., son usos sin pretensión normativa.

Quede, pues, claro que el uso, la repetición colectiva e impersonal de un comportamiento, es una forma de vida humana objetivada, por medio de la cual pueden manifestarse sentidos muy diversos: sentidos no normativos y sentidos normativos; y entre estos últimos, tanto normas morales, como normas jurídicas, como normas del trato social. Si bien, muchas veces, se reserve para las normas últimamente mencionadas (las del trato) la denominación de usos sociales. Además, el hecho del uso constituye la dimensión de vigencia efectiva de una norma. Hablo de vigencia efectiva y no de validez; y aunque ahora no sea el momento de exponer la distinción entre vigencia y validez, anticiparé que por vigencia efectiva entiendo el hecho de que una forma objetivada y colectiva de vida humana, es realmente practicada, es revivida habitualmente por las gentes del grupo.

La costumbre, el uso, es la forma de regulación total de la vida humana en las situaciones primitivas. Representa la fuente más vigorosa de poder social en los grupos primitivos; y absorbe casi la totalidad de la vida humana. Adviértase que el primitivo apenas cuenta con vida individual; vive rígidamente enmarcado en una colectividad, sin haberse descubierto a sí mismo, casi como mero instrumento de la colectividad. El progreso se señala siempre

por una descolectivización del hombre, esto es, por un descubrimiento y liberación de la individualidad. El hombre enteramente socializado, colectivizado, lleva una existencia parecida a la animalidad; puesto que no es él quien actúa y vive, sino la colectividad a través de él.

En la infancia de las sociedades, toda norma de conducta se presenta de ordinario bajo forma consuetudinaria. La costumbre aparece como la instancia reguladora de toda la conducta. En la costumbre primitiva se involucran preceptos religiosos, imperativos morales, reglas de trato (decoro, decencia, cortesía, etc.), preceptos jurídicos, módulos técnicos, recetas médicas, etc. El hombre en situación de primitivismo (cuando hablo de lo primitivo no me refiero tanto a un estadio cronológico, cuanto a una situación especial, de la que hay también ejemplos contemporáneos) rige su vida casi exclusivamente por usos, que para él tienen a la vez significación religiosa, moral, de decoro, jurídica, política y técnica. Pero, claro es que no distingue netamente esos varios aspectos: esa primitiva costumbre de múltiples y diversas dimensiones se presenta como algo previo a la diferenciación de éstas, como una norma indiferenciada, que es todo esto a la vez (religión, moral, decoro, derecho, técnica, etc.) y nada de esto en particular y con plenitud.

Y aun debemos observar que esa primitiva costumbre indiferenciada, más que como norma, más que como la conciencia de algo normativo, se da como un puro hecho de poder social irresistible. Es decir, la costumbre, para el hombre primitivo, representa no tanto la conciencia de un deber ser, sino más bien el carril forzado sobre el cual discurre por inercia su vida. En sus comienzos, la primitiva costumbre indiferenciada constituye la realidad de una conducta homogénea y regular de un círculo social, conducta que se ha producido por un proceso de adaptación irreflexiva, por mero hábito, a virtud de un seguir el surco por el que se vió marchar a los antepasados y se ve marchar a los contemporáneos del mismo grupo. Diríamos que esa costumbre, en sus primeras fases, tiene mucho de mero hábito biológico, más que de vida humana.

Pero ocurre que de esa costumbre como hábito, como pura adaptación mecánica, inerte, irreflexiva, se va pasando paulatina y casi insensiblemente a la conciencia de la misma costumbre como algo normativo, es decir, como algo que no solamente ha sido y es, sino que se estima también que debe ser. En la costumbre pri-

migenia, más que nada por hábito y por mecánica adaptación, el individuo ni siquiera suele hacerse cuestión de cumplir o dejar de cumplir lo habitual, lo consuetudinario. Por eso, ni siquiera experimenta ser objeto de una especial coacción, precisamente por lo muy fuerte que la coacción es. Efectivamente, la coacción que dimana del grupo es tan vigorosa, representa una inserción del individuo en el grupo tan estrecha, tan fuerte, que al individuo de ordinario no se le ocurre que las cosas puedan ser de otro modo; apenas tiene margen para pensar que pueda rebelarse, que pueda ocurrir lo contrario de lo que usualmente sucede. Por ello, casi no existe el sentimiento de un deber; más bien lo que se da es la convicción implícita de que no se puede obrar más que de aquella manera y no de otra. Se trata de una adaptación cuasi animal al ambiente. Pero sucede que un buen día surgen individuos con sentido crítico, los cuales se hacen cuestión de la costumbre tradicional, la someten a enjuiciamiento, y acaso como resultado de esto se rebelan contra ella. Y entonces, al dibujarse el contraste entre la costumbre y la discrepancia frente a la misma, se acusa la pretensión normativa de aquélla, que es precisamente la que ha sido puesta en cuestión. Y, entonces, se dibuja en la costumbre la expresión de un deber ser—que estará o no justificado—, pero que tiene esa pretensión (acertada o erróneamente).

Esta primitiva costumbre indiferenciada (que en su orto tiene dimensiones casi de hecho mecánico, de hábito irreflexivo, y que después aparece en la conciencia con un sentido normativo de precepto) ofrece, como decía, una faz tornasolada, en la que se dan coloraciones religiosas, morales, decentes, jurídicas. Pero ocurre que, en la involucración de estas dimensiones, a veces prepondera una de ellas; y, así, en un grupo y tiempo, la norma indiferenciada se presenta con un sentido predominantemente religioso; mientras que en otro pueblo apunta con mayor vigor el sentido jurídico, de suerte que lo moral y lo religioso se presentan como jurificados, cual sucede en la primitiva Roma; y en los primitivos tiempos griegos, la norma indiferenciada propende a lo moral, de tal suerte que lo jurídico y lo religioso se presentan como moralizados.

Ejemplos de esta normación indiferenciada los tenemos en el dharma de los hindúes, en la themis de los griegos, en el fas de los latinos, en la Sitte germánica.

A medida que el hombre va cobrando conciencia de sí mismo y de las instancias valoradoras de su vida, van perfilándose tam-

bién los diversos tipos de regulación de la conducta: lo religioso en tanto que tal, lo puramente moral, el decoro social, el Derecho, como diferenciaciones salidas de la primitiva norma global. Ahora bien, no se trata, en manera alguna, de que cada uno de esos diversos tipos de regulación del comportamiento tenga un origen empírico, puramente contingente, fortuito. Aunque en la realidad de la historia vayan surgiendo de la manera dicha, se trata de diversas formas de normatividad, cada una de ellas con una esencia pura y delimitada, que corresponde a una función especial, necesaria, de la vida humana. Esos diversos tipos de normas corresponden esencialmente a diversas funciones necesarias y constantes de la vida humana. Lo que ocurre es que cuando ésta se presenta en situaciones primitivas con caracteres rudimentarios, entonces sus normas correspondientes aparecen también como rudimentarios aspectos involucrados en la costumbre indiferenciada, la cual viene a llenar imperfectamente todas esas funciones. Pero no es fortuito, según veremos, sino algo esencial, el que en la vida humana se produzca moral, religión, derecho, decoro, técnica, etc.

Ahora bien, ocurre que entre todos esos diversos tipos de normas, cuando ya se ha operado el proceso de diferenciación, hay uno de ellos que suele seguir manifestándose casi enteramente a través del uso, a saber, las normas del trato social (decoro, decencia, cortesía, urbanidad, etiqueta), por lo cual se las suele denominar en muchas ocasiones "usos sociales" pura y simplemente. Pero urge no confundir la esencia de estas normas, su peculiar sentido —que estudiaremos más adelante—con el hecho de que de ordinario sigan manifestándose de manera consuetudinaria. Esa forma consuetudinaria no es forzosamente privativa de dichas reglas del trato social, sino que puede también servir de vehículo a otras; por ejemplo, a las jurídicas (Derecho consuetudinario). Y, por otra parte, cabe—aunque no sea frecuente—que algunas normas del trato social obtengan otro medio de expresión externa, distinto del uso.

Lo que precisa que quede muy claro es que, cuando de la primitiva norma indiferenciada se han desprendido ya con sus respectivos perfiles propios la moral, y el derecho, y otras reglas, los usos que quedan como residuo, en los cuales se expresan y contienen las reglas del trato social, cobran ya un especial y privativo carácter, a saber, el carácter propio y esencial de esas normas del trato. Y, así, aunque muchos usos sociales representen un residuo de la primitiva costumbre, ya no se identifican con ella, antes bien

se distinguen esencialmente de la misma. Porque la primitiva costumbre indiferenciada era ciertamente regla del trato social (decoro, cortesía), pero era también religión, y era derecho, y era moral; y todo ello lo era no plenamente, ni clara y distintamente, sino en confuso embrión. Lo era todo en iniciación, en tendencia, en esbozo, pero no era todavía nada en concreto y en plenitud. En cambio, cuando de la primitiva costumbre se han independizado los dogmas religiosos, los imperativos morales, los preceptos jurídicos, etc., entonces lo que queda como regla del trato social, ya no es nada más que esto, a saber, norma del trato social (decoro, cortesía, etc.); ya no tiene que ver con la religión, ni es moral, ni es derecho, sino única y exclusivamente regla del trato.

CAPITULO III

MI DESTINO AUTENTICO Y LO TOPICO COMUNAL DE LA SOCIEDAD.—LA DIFERENCIA ENTRE MORAL Y DERECHO

Sumario: *1. El planteamiento del problema.—2. El punto de vista de enjuiciamiento plenario de la vida humana; y el punto de vista relativo de la sociedad. Sentido esencial de lo moral y sentido peculiar de lo jurídico.—3. Quién es el motivo de lo moral y quién es el motivo de lo jurídico.—4. Intimidad de la moral y exterioridad del Derecho.—5. Libertad de cumplimiento en lo moral y necesidad de realización en lo jurídico. Autonomía moral y heteronomía jurídica.—6. La nota de imposición inexorable como característica esencial de lo jurídico.—7. Examen crítico de la discusión sobre la coercitividad.—8. El Derecho como máxima forma social; y la Moral como destino auténticamente individual.*

1. El planteamiento del problema

Decía una vez Romano Guardini, el gran pensador cristiano: "El sermón de la montaña es el documento moral más sublime que posee la humanidad; pero, ¡entiéndase bien!, documento moral en sentido estricto; pues si en lugar de ver en él una fuente de inspiración rigorosamente moral, tratásemos de tomarlo como directriz para la organización jurídica o política, perdería su grandeza y se nos aparecería como un testimonio de cobardía". Aquí se apunta certeramente a la diversidad esencial de sentido entre lo propiamente moral y lo puramente jurídico.

Pero, de otro lado, oímos frecuentemente apelar al sentido ético del Derecho, hablar de que el Derecho es algo moral, o por lo menos de que debe serlo.

He aquí, pues, nuestro problema: de un lado parece que el Derecho es algo esencialmente emparentado con ideas éticas, algo perteneciente al terreno de la Etica; pero de otra parte, presentimos que, aunque el Derecho habite en el área de lo ético, sin em-

bargo supone una regulación animada por un sentido diferente de aquel que inspira a la moralidad—entendida ésta en la más estricta acepción de la palabra—. Y, en confirmación de esto último, hallamos que la historia del pensamiento jurídico nos ofrece una serie de ensayos encaminados a establecer la diferencia entre el concepto de la Moral y el concepto del Derecho. Y creo poder afirmar que este tema, después de innúmeras peripecias, llega hoy a un grado de satisfactoria madurez.

Moral y Derecho son dos regulaciones que se dirigen a la conducta humana. Por consiguiente, parece obvio que una y otro se habrán de inspirar en valores pertinentes a la conducta, esto es, en valores éticos. O lo que es lo mismo, que la Etica, como consideración que abrace los problemas fundamentales del humano comportamiento práctico, habrá de ocuparse no sólo de la Moral, sino también del Derecho. Pero lo que ocurre es que aun siendo éticos los valores hacia los que apunta el Derecho y en los cuales debe éste inspirarse, tales valores orientadores de lo jurídico, son diversos de los valores pura y estrictamente morales. Y la diversa índole de los valores morales—en la acepción rigorosa y restringida de esta palabra—, y de los valores que se refieren al Derecho, trae consigo que necesariamente hayan de ser también esencialmente diversos el sentido de la moral y el sentido de la norma jurídica. Al estudio de esta diversidad esencial de sentido consagro las páginas de este capítulo.

Pero antes es preciso advertir que aquí me propongo exclusivamente un problema de definición esencial, y no el tema de una valoración ideal. Es decir, vamos a preguntarnos pura y simplemente por el concepto universal del Derecho y por el concepto universal de la Moral, y no por los ideales jurídicos, por aquello que *deba ser* Derecho; como tampoco nos ocuparemos de la Moral pura y auténtica. Lo que importa aquí es enterarnos de qué se entiende, en términos generales, por regulación moral, y de qué se entiende, en términos generales, por regulación jurídica. De suerte que la noción de lo jurídico que obtengamos, será aplicable a todos los Derechos que en el mundo han sido, a todos los que son, y a todos cuantos puedan ser en el futuro. Y, de análogo modo, el concepto que logremos de *lo moral,* podrá referirse a todas las morales que se hayan producido, o se puedan producir. Se trata, por ende, de una labor que consiste tan sólo en definir los respectivos sentidos genéricos y esenciales de dos funciones de la vida humana —lo moral y lo jurídico—, sin proceder a la valoración crítica.

Entre los muchos Derechos que en el mundo han sido y son, hallamos normas justas, otras menos justas, y también otras radicalmente injustas y monstruosas (como, por ejemplo, la esclavitud o la legislación nazi). Pero no cabe duda de que esas normas injustas, cual las de la institución de la esclavitud, pertenecen a la provincia jurídica y no a la religiosa, ni a la artística, ni a la científica, ni a la deportiva. Se trata de algo que se ha producido bajo forma jurídica, aunque resulte abominable: es algo que fué Derecho vigente en determinado momento y lugar, aunque estuviese injustificado, aunque no hubiera debido ser Derecho. Pero es algo que sólo podemos entender como algo jurídico—aunque injusto—y no como obra de arte, ni como producto de la ciencia, ni como religión. Es algo detestable, vergonzoso, que se presenta como injusto; pero que adoptó la forma y el sentido jurídicos. De la misma manera, hallaremos en la historia convicciones y doctrinas morales que reputamos como gravísimos yerros, como tremebundas desviaciones de los auténticos valores morales; pero que—aun cuando erróneas—pertenecen a una intención moral (malograda), tienen el sentido de querer constituir moral (aunque ese propósito se frustrara) y no arte, ni derecho, ni ciencia.

Claro es que, además, lo moral y lo jurídico pueden y deben ser estudiados, no ya desde el punto de vista de su definición, sino desde el punto de vista de su valoración; a saber, preguntarnos por cuál es la auténtica moral, la absolutamente fundada; e interrogarnos por los criterios que deben orientar al Derecho, para que éste se halle plenamente justificado. Ahora bien, dicho estudio constituye un punto de vista y un propósito diferente del de una mera definición: constituye un estudio de Estimativa. Pero, en cambio, lo que en este momento urge indagar aquí es el criterio que nos permita acotar formalmente el campo de lo jurídico, delimitándolo del campo de lo moral. Y en la última parte de este libro plantearé el otro tema, el valorador, esto es, el asunto de una Estimativa Jurídica.

Los productos jurídicos históricos—tanto el Derecho que rigió o rige, como las doctrinas sobre el Derecho que debe ser (Derecho natural, Derecho racional, Derecho ideal), lo mismo que las convicciones y las teorías morales, constituyen funciones de vida humana, y entrañan, por consiguiente, intencionalidades de valor: de valores jurídicos los primeros, de valores morales los segundos. Mas para que los incluyamos, respectivamente, en la denominación de Derecho o en la de Moral, no precisa que encarnen de un modo

positivo los valores ideales correspondientes: basta con que los postulen intencionalmente y ofrezcan las características formales propias de la especie jurídica los unos, y de la especie moral los otros. Ahora bien, es cabalmente por estas características por las que nos interrogamos. Hay que preguntarse por cuál sea el concepto universal común a todo fenómeno y a todo pensamiento jurídico; y, asimismo, por la noción universal y común a toda concepción y a todo hecho morales; lo cual es cosa muy distinta que inquirir los ideales correspondientes a estos dos sectores de la conducta.

Adviértase que las palabras "Derecho" y "Moral" son empleadas en dos acepciones distintas, que, respectivamente, coinciden con el sentido de estos dos problemas (el de definición y el de estimación). De un lado "Moral" puede significar el campo propio de un tipo de normas de conducta—sentido de definición—; por ejemplo: tal materia, tal norma perteneció en el pueblo X al campo de la moral. De otro lado, la palabra moral puede significar un juicio afirmativo de valor—una estimación positiva—; por ejemplo: la lealtad es moral (buena). Y lo análogo ocurre con el Derecho: cuando decimos que la esclavitud es una institución del Derecho romano, entendemos la palabra Derecho como un mero concepto universal definitorio, que nos permite circunscribir, en las realidades históricas o en nuestras representaciones, aquellas que tienen carácter jurídico. En cambio, cuando se dice "la esclavitud no es de Derecho", lo que se entiende entonces con esta palabra, no es el concepto de lo jurídico pura y simplemente, sino la idea de la Justicia, un valor jurídico; esto es, lo que quiere afirmarse es que la esclavitud—a pesar de haber sido Derecho en ciertos pueblos y épocas—es injusta, es antivaliosa, o lo que es lo mismo, que *no debió* haber sido Derecho.

2. El punto de vista de enjuiciamiento plenario de la vida humana; y el punto de vista relativo de la sociedad.—Sentido esencial de lo moral y sentido peculiar de lo jurídico

Recuérdese lo expuesto respecto de que cualquiera de los actos del hombre constituye un problema, y requiere justificarse. Toda decisión precisa una justificación, necesita quedar justificada ante mí. La vida no puede avanzar, ella no puede vivir, sino tratando de resolver su propio problema, las cuestiones que ella se plantea a sí

misma, para lo cual es ineludible que justifique ante sí misma sus propias actitudes y determinaciones. Así, pues, parece que la justificación es un proceso a que necesariamente se someten todos los actos de la vida. No puede tomar el hombre ninguna determinación que no justifique ante sí mismo. Para actuar, precisa hallar una justificación de sus actos ante sí mismo; lo cual implica una estimativa, un conjunto de juicios de valor. Ahora bien, esta justificación puede estar fundada en un juicio de valor verdadero, o por el contrario, en una estimación que se apoye solamente en una apetencia, o en un momento pasional, que traten de urdir para sí una apariencia de justificación, una justificación falaz. Este es el proceso que sigue el pecador, el vicioso, cuando trata de justificar ante sí mismo las faltas que comete, cuando trata de falsificar su propia vida huyendo de su auténtico destino, cuando trata de engañarse a sí mismo.

Pues bien, lo moral consistirá en la instancia de justificación de la conducta según los valores que deben inspirar el comportamiento, tomando la vida humana en sí misma, centrándola en su auténtica y más radical significación, atendiendo a su supremo destino, contemplándola en su propia realidad—que es la realidad individual—.

Decía que todo acto de la vida necesita justificarse ante el sujeto mismo—lo cual puede suceder que se haga correctamente, según los auténticos valores inspiradores del destino humano, o bien falazmente, con error; pero en ambos casos, la justificación (verdadera o falsa) se produce con respecto al alcance y a la significación que una conducta tiene para la vida del sujeto, a la luz de cuál se estime su destino.

Pero hay determinados actos o, mejor dicho, hay un aspecto del comportamiento, que por afectar no sólo al sujeto, sino también directa e inmediatamente a otros sujetos, a la convivencia con los demás, necesitan—además de una justificación ante el mismo individuo y para él—también otra clase de justificación, a saber, una justificación objetiva respecto de los demás, una justificación que ya no sólo satisfaga a mi vida, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta. Ese punto de vista, según el cual mi comportamiento, en lo que directa e inmediatamente afecta al campo de acción del comportamiento de otros sujetos, requiere de una justificación respecto de los demás, constituye el punto de vista de objetiva externidad en que se coloca la norma jurídica.

Las mismas ideas que acabo de exponer como iniciación a la

diferencia de punto de vista entre Moral y Derecho, pueden ser examinadas en otras de sus respectivas vertientes, en cuanto a otros de sus respectivos aspectos. Pero debo advertir que no se trata de fundar la distinción esencial entre Moral y Derecho, en un determinado número de caracteres diferenciales, sino de iluminar la diversidad del sentido que inspira a la Moral, frente al sentido que inspira al Derecho, desde todos los puntos de vista en que pueden ser contemplados, y en todas las consecuencias a que dan lugar. Los muchos caracteres que anunciaré como diferenciales del Derecho, en relación con la Moral—objetividad, bilateralidad, heteronomía, fin social, autarquía, imposición inexorable, etc.—, no son en definitiva dimensiones dispares sumadas, sino aspectos varios de una misma esencia—de la esencia de lo jurídico—, expresiones diversas de un idéntico sentido, corolarios o consecuencias que dimanan de igual principio.

Podría decirse que la Moral considera los actos humanos en relación al sujeto mismo que los cumple, determinando entre los actos posibles de éste, cual es la conducta debida: selecciona entre las posibilidades del comportamiento, aquellas que son debidas o son lícitas, y las opone a aquellos otros comportamientos posibles, pero indebidos, ilícitos, prohibidos. El Derecho, en cambio, pone en referencia los actos de una persona con los de otra (u otras), estableciendo una coordinación objetiva bilateral o plurilateral del obrar de los unos y los otros, de modo que la posibilidad debida o lícita de un acto en un sujeto supone la facultad de éste de impedir todos aquellos actos de los demás que resulten incompatibles con el acto que él debe o puede lícitamente realizar. Y, viceversa, la prohibición a un sujeto de cierto comportamiento, dimana de que éste resulta incompatible con la conducta debida o lícita de los demás.[17]

Lo fundamental para comprender bien la diferencia entre la norma moral y la norma jurídica es que nos percatemos de los diversos sentidos que, respectivamente, animan a una y otra.

La Moral valora la conducta en sí misma, plenariamente, de un modo absoluto, radical, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto, sin ninguna reserva ni limitación. En cambio, el Derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad.

El campo de imperio de la Moral es el de la conciencia, es decir, el de la intimidad del sujeto. En cambio, el área sobre la cual se pro-

yecta y quiere actuar el Derecho es el de la coexistencia y cooperación sociales.

Tanto la Moral como el Derecho se encaminan a la creación de un orden; pero es distinto el orden propio de la Moral del orden propio del Derecho. El orden de la Moral es el que debe producirse dentro de la conciencia, dentro de la intimidad, entre los afanes, las motivaciones, los afectos, etc.; es el orden interior de nuestra vida auténtica, es decir, de la que vivimos cada cual por nuestra cuenta, de modo intransferible. En cambio, el orden que el Derecho trata de crear es el orden social, el orden de las relaciones objetivas entre las gentes, el orden del entresijo compuesto por todas las vinculaciones entre los varios sujetos; en suma, el orden de las estructuras colectivas, el orden del tejido en que se enlazan y condicionan mutuamente de un modo objetivo las conductas de los varios sujetos.

La norma moral valora las acciones del individuo en vista a su supremo y último fin; en cambio, el Derecho las pondera exclusivamente en relación con las condiciones para la ordenación de la vida social. La moral mira a la bondad o maldad de un acto en términos absolutos, en la plenaria significación que el mismo tiene para la vida del individuo, en cuanto al cumplimiento de su supremo destino, en cuanto a la realización de los valores supremos que deben orientar su existencia. En cambio, el Derecho no mira a la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza, ni mira al alcance del mismo para su propia vida, sino al valor relativo que tenga para otro u otros sujetos, o para la sociedad, en cuanto pueda constituir una condición positiva o negativa para la vida de esos otros sujetos. Además, la Moral considera enteramente la vida toda del individuo, sin prescindir de ninguno de sus factores y aspectos, sin excluir nada, y enfocándola en términos absolutos, radicalmente. En cambio, el Derecho trata tan sólo de hacer posible una armonización mínima de las conductas de las gentes para la convivencia y la cooperación colectivas, y, por tanto, ese es el único aspecto del comportamiento que toma en cuenta. El Derecho no se propone llevar a los hombres al cumplimiento de su supremo destino, no se propone hacerlos radicalmente buenos, sino tan sólo armonizar el tejido de sus relaciones externas, en vista a la coexistencia y a la cooperación. Y, por tanto, el Derecho no ordena plenariamente la conducta, sino tan sólo aquellas vertientes de la misma que se refieren de modo directo a la convivencia y a la solidaridad.

Empleando sólo a título de ejemplo singular una expresión estimativa, podría decirse que la Moral aspira a crear una situación

de paz; pero su paz es la paz interior. También el orden jurídico pretende establecer una situación de paz, pero su paz es la paz externa de las conexiones colectivas, es la paz exterior de la sociedad, es la paz que deriva de una regulación cierta, estable y justa.

La Moral, en suma, nos pide que seamos fieles a nosotros mismos, que respondamos auténticamente a nuestra misión en la vida. En cambio, el Derecho nos pide sólo una fidelidad externa, una adecuación exterior a un orden establecido.

Creo conveniente advertir, para que se evite una inexacta interpretación de todo cuanto he expuesto, que con las diferencias establecidas no se trata, en manera alguna, de dividir el campo de la conducta humana en dos sectores, de los cuales uno se entregue a la Moral y el otro se adjudique al Derecho. No es así; por el contrario, todo el comportamiento humano es a la vez objeto de consideración por la Moral y por el Derecho, si bien desde diverso punto de vista y, además, atendiendo a diferentes aspectos del mismo. Así, por ejemplo: en algunos sectores del comportamiento, la Moral impone una conducta positiva (*v. g.*, que sinceramente nos afanemos por hallar la verdad), y, en cambio, el Derecho garantiza todas las posibilidades como esfera de libertad, como franquicia, como zona exenta de la intervención de todos los demás (libertad de conciencia y de pensamiento). Así también, por ejemplo, en algunas situaciones, la Moral prescribe una conducta positiva (*v. g.*, en materia sexual), en tanto que el Derecho se limita a prohibir determinados actos (violación, abuso de superioridad, etc.), y garantiza como jurídicamente lícitos todos los demás, entre los cuales pueden figurar algunos que sean moralmente abominables. Pero es que, como ya decían los antiguos, no todo lo que es jurídicamente lícito es moralmente bueno (*non omne quod licet honestum est*). Véase aquí, pues, cómo la Moral, que pretende realizar un valor absoluto, determina cuál es la conducta buena; mientras que el Derecho, que no pretende ser nada más que un medio para la sociedad, se limita en algunos casos a establecer una zona dentro de la cual el sujeto puede moverse sin trabas, porque su comportamiento dentro de la misma, bueno o malo, no afecta directa e inmediatamente a los demás. Y ocurre también que respecto de una misma situación, aunque en algún caso puedan parecerse el imperativo moral y el precepto jurídico, sin embargo, tienen sentido y alcance diferentes; así, por ejemplo: con respecto a una deuda pecuniaria, la Moral reclamará que se quiera pagar con buena intención y sin rencor ni resentimiento hacia el acreedor, de manera que el simple hecho del

pago, realizado con ánimo hostil al acreedor, no deja cumplido el deber moral; y, en cambio, se cumple, efectivamente, con la Moral, teniendo buena intención de pagar, aunque no se pueda materialmente hacerlo por causa no imputable al sujeto. Por el contrario, el Derecho reclama única y exclusivamente la entrega material de la cantidad adeudada. Esta diversidad de punto de vista, este sentido dispar de la regulación jurídica, en comparación con la moral, no implica en manera alguna contradicción entre ambas, ni oposición, dentro de un mismo sistema (positivo o doctrinal). Se trata simplemente de que la norma moral y la norma jurídica, aunque ambas se inspiren en valores éticos, tienen un diverso sentido. Y este diverso sentido dimana precisamente de que son diferentes los valores éticos que inspiran la norma moral de aquellos otros que inspiran la norma jurídica.

3. *Quién es el motivo de lo moral y quién es el motivo de lo jurídico*

Podemos contemplar también la diferencia entre Moral y Derecho, fijándonos en cuál es el sujeto que, respectivamente, encarna en una y otro la finalidad de la norma; o dicho en otras palabras, cuál es el sujeto por razón del cuál se da la norma moral, y cuál es el sujeto por razón del cuál se establece el precepto jurídico. En la Moral, el deber se impone por causa del sujeto llamado a cumplirlo, porque se estima que tal conducta constituye un elemento para el cumplimiento del fin del sujeto. En cambio, el precepto jurídico se dicta no en consideración de la persona que debe cumplirlo, sino de aquella otra persona (titular de la pretensión), autorizada para exigir el cumplimiento de una conducta ajena, en su propio beneficio o en el de la sociedad. Es decir, la Moral se orienta directa e inmediatamente al sujeto obligado; se propone pura y simplemente que éste cumpla la norma, porque este cumplimiento constituye la realización de un valor en la vida del sujeto y para la vida de éste. En cambio, el Derecho no se establece para que el obligado realice, mediante su cumplimiento, un valor moral, sino únicamente para asegurar a otra persona o a la sociedad un determinado beneficio. En la Moral no existe propiamente un sujeto titular de una pretensión frente a la conducta del obligado (pues cuando para caracterizar la función de Dios en la moralidad se habla de los "derechos de Dios", esto constituye una expresión metafórica para expresar una idea metafísica de dependencia radical, que es por completo diversa

a la de la relación jurídica: ya que el vínculo entre el hombre y Dios jamás sería una relación "jurídica", sino una relación de absoluta dependencia). En la Moral hay *deberes* pura y simplemente; en el Derecho, en cambio, los deberes jurídicos tienen siempre el carácter esencial de una *deuda* a otra persona. Se establece un deber jurídico para un sujeto, porque y en tanto que se quiera autorizar o conceder a otro la facultad de exigir ciertos actos u omisiones del primero. El deber jurídico de un sujeto es el medio para atribuir determinadas posibilidades o facultades a otros sujetos. Cuando se impone un deber jurídico a un sujeto, no se piensa en éste, no se hace para un fin de éste, sino para servir a otro sujeto, que es el que ha de resultar autorizado para pretender el cumplimiento de la obligación del primero. Y, así, cabe decir que el sujeto final de la Moral es el obligado, mientras que, por el contrario, el sujeto final del Derecho no es la persona obligada, sino otro sujeto, a saber, la persona pretensora o autorizada, la que tiene la facultad de poder exigir de la obligada el comportamiento que estatuye la norma.

4. *Intimidad de la Moral y exterioridad del Derecho*

Desde otro punto de vista, resulta que, porque una conducta es estimada moralmente en cuanto al valor que tenga de un modo absoluto en la vida de su autor, y, en cambio, porque es valorada jurídicamente en cuanto se pondera su significación para la comunidad social, se deduce que el punto de partida de la regulación moral es diverso del punto de partida de la regulación jurídica. El punto de partida de la regulación moral es el campo de las intenciones, el ámbito de la conciencia, la raíz íntima del obrar, su fondo interno; y, por el contrario, el momento de arranque del Derecho, y su centro de gravitación, es el plano externo de la conducta, es la dimensión exterior de los actos. No se trata de dividir—lo cual sería falso—las acciones humanas en internas y externas y atribuir las primeras a la Moral y las segundas al Derecho. Sería un error querer dividir la conducta en dos clases, una interna y otra externa; pues todo comportamiento posee ambas dimensiones, a saber, una raíz íntima y una expresión externa. Incluso el mundo de aquel comportamiento que parece puramente íntimo, como mis pensamientos, va acompañado de resonancias expresivas corporales (por pequeñas que éstas puedan ser). Y no hay comportamiento humano exterior que no posea una raíz íntima (pues cuando ésta no se

da, entonces no se trata de una conducta humana, sino de un hecho biológico o externo que ocurre en el cuerpo). No dividimos los actos en internos y externos—pues toda conducta posee ambas dimensiones—, sino que lo que hacemos es distinguir entre la raíz interna y el aspecto externo del comportamiento.

Tampoco en este momento trato de formular valoraciones, de establecer una directriz estimativa—es decir, no trato de determinar ahora lo que puede ser contenido de una obligación jurídica, y aquello otro que no debe ser regulado preceptivamente por el Derecho (p. e., el mundo de la conciencia religiosa y del pensamiento). Trato tan sólo de mostrar que el sentido de toda regulación moral afinca en la intimidad de los actos, en tanto que, por el contrario, el sentido de toda regulación jurídica mira preponderantemente a la faz externa de la conducta, y se centra en esa exterioridad. Y si bien es de hecho posible —aunque resulte monstruoso y abominable—que un sistema jurídico se meta a regular el santuario de la conciencia (recuérdese la Inquisición, y también el nazismo alemán, y el bolchevismo, etc.), sin embargo, aún en tales casos resulta que el Derecho parte de signos exteriores de conducta—puesto que es de todo punto imposible el penetrar auténticamente en la intimidad ajena—y persigue la herejía no como proceso íntimo de conciencia, como mal moral, sino por motivo de las consecuencias sociales y políticas que se le atribuyen; en suma, es externo el comportamiento valorado y es también de índole exterior el supuesto fundamento (detestable e injusto) que se aduce. Y por lo que respecta a la Moral, aunque ésta a veces pondera también el éxito externo de la conducta—en tanto que crea el deber no sólo de una buena intención, sino además el deber del esfuerzo positivo para el logro de un determinado comportamiento—, sin embargo la Moral gravita siempre hacia la raíz interna, pues en definitiva, incluso en el caso citado, atiende a lo que el sujeto quiso poner como esfuerzo y no a la resultante externa. Así, pues, puede afirmarse con toda exactitud que el Derecho parte siempre del aspecto externo de la conducta; y que se centra en torno al mismo. Ahora bien, esa dimensión de exterioridad del Derecho no quiere decir que necesariamente haya de prescindir de todo ensayo de considerar las intenciones, pues la historia jurídica nos ofrece casos en que se ha regulado tales intenciones (aunque unas veces haya sido esto con abominable agravio de la justicia, como cuando se ha negado la libertad de conciencia); y vemos, también, cómo el progreso del Derecho penal ha traído consigo la

distinción entre dolo (daño intencional) y culpa (daño por imprudencia), y la ponderación de una larga serie de circunstancias que modifican la responsabilidad criminal; y, asimismo, en el Derecho privado (civil y mercantil) se ha ligado a la intencionalidad determinados efectos. Pero todo ello en nada contradice la dimensión de exterioridad del Derecho; porque cuando el Derecho considera el aspecto intencional de los actos, lo hace en la medida en que (certera o erróneamente) considera que esa intención tenga consecuencias directas e inmediatas para la sociedad, es decir, en tanto en cuanto cree que el estado de conciencia en que se ha originado la conducta, tiene un inmediato alcance para la vida social, y no lo hace desde el punto de vista de una pura valoración moral de bondad o de maldad. Por ejemplo, es mucho más temible y mucho más dañino, y mucho más peligroso para la sociedad el asesino intencional, que quien mató por imprudencia temeraria (*v. g.*, sin querer hacerlo, cuando limpiaba una pistola). Pero, además, cuando el Derecho quiere tener en cuenta las intenciones, tiene que juzgar sobre éstas, partiendo de los indicios externos del comportamiento, pues otra cosa no es posible, ya que a ningún humano le es dado transmigrar al alma del prójimo para ver directamente lo que en ella ocurre.

Así, pues, resumiendo, cabe decir: 1º El Derecho afinca siempre en el aspecto externo de la conducta.—2º De ordinario se limita a este aspecto externo.—3º Cuando toma en cuenta las intenciones, lo hace sólo en cuanto éstas han podido exteriorizarse, y en cuanto que se considera que dichas intenciones tienen una importancia directa e inmediata para la sociedad; y, además, las juzga no en cuanto al valor que signifiquen para el sujeto cuyas son, sino en cuanto al alcance que puedan tener para otras personas o para la sociedad.—4º Aún en la valoración de las intenciones, el Derecho tiene que partir de indicios externos, puesto que no le es dable ver directamente la intimidad del sujeto.

El Derecho se da precisamente por razón de la dimensión externa de la vida, por razón de su exteriorización en magnitudes espaciales. Si sólo existiese vida interior, entonces no habría necesidad ni de Derecho ni de Estado, porque no habría la posibilidad de que se produjesen colisiones. Los pensamientos pueden coexistir fácilmente. Son los cuerpos los que chocan entre sí en el espacio. Por eso no es con su pensamiento, sino con sus actos, que el hombre puede caer en conflicto con los demás.

De que el reino de la intimidad intencional es el campo propio

de la Moral, se desprende que como nadie puede asomarse directamente a la interioridad de otro sujeto y contemplar todos los elementos que allí haya, nadie puede tampoco juzgar con plenitud de conocimiento sobre la conducta moral de otro sujeto. Sólo el propio sujeto—y también Dios—están en posibilidad de enfocar un juicio moral sobre el comportamiento. Pero, en cambio, en materia jurídica, como ésta consiste en la textura externa de unos actos con otros, en aquello que se da entre un sujeto y otro, no se puede juzgar desde el punto de vista de ninguno de los vinculados en la relación, sino desde un punto de vista objetivo, externo; por lo cual se dice que no se puede ser juez en propia causa jurídica.

5. *Libertad de cumplimiento en lo moral y necesidad de realización en lo jurídico.—Autonomía moral y heteronomía jurídica*

La Moral supone y requiere libertad en su cumplimiento; pues para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral, es preciso que el sujeto la realice por sí mismo, que responda a una posición de su propio querer. Aquello que yo hago—o mejor dicho, que ocurre en mí—independientemente de mi querer, ni es moral, ni es inmoral; es algo ajeno a toda estimación ética: si mi brazo es movido violentamente por otro más fuerte, lo que ejecute no tiene sentido moral, no es bueno ni malo, está, en suma, fuera del campo de la valoración moral. La Moral no queda cumplida con que sucedan de facto en el mundo los hechos externos a que apunta su contenido, sino que para que quede cumplida es de todo punto necesario que sus normas sean realizadas por el sujeto libremente, libre de toda coacción irresistible, como actos plenariamente *suyos*. Y, viceversa, la Moral no condena los acontecimientos que parecen, en cuanto al perfil externo, oponerse a sus preceptos, sino en tanto en cuanto el sujeto sea genuino autor de tales actos. El hombre no puede cumplir su supremo destino forzado por la gendarmería; a los valores morales no se puede ir conducido por la policía, porque no se llega; a ellos hay que ir por el propio esfuerzo, libremente, por propia vocación. En cambio, el Derecho puede ser impuesto coercitivamente; el Derecho lleva esencialmente aneja la posibilidad de que su cumplimiento sea impuesto por la fuerza—incluso por la violencia física—; porque el sentido intencional del Derecho consiste en que objetivamente se produzca el comportamiento que establece como necesario para la vida social, como necesario para la estructura de la colectividad y para el funcionamiento de la misma. Unas líneas

más abajo insistiré sobre esta dimensión de lo jurídico, pero antes, para que se pueda calibrar plenariamente su sentido, es conveniente añadir otras reflexiones.

Para que un determinado deber moral gravite como tal, concreta y singularmente, sobre un cierto individuo, precisa que éste tenga la conciencia de dicha obligación. Aun cuando se considere que las normas morales se fundan en valores ideales, objetivos, con absoluta validez, sin embargo no se puede decir que para un determinado individuo se dé un deber concreto y singular en su caso, mientras que el sujeto no haya reconocido, en su fuero interno, como obligatoria la norma. Claro es que cuando se habla de ese reconocimiento o adhesión en la intimidad, no nos referimos a algo que sea el producto de un libre acto voluntario, de suerte que fuese igualmente posible prestar ese reconocimiento o negarlo. Se trata de una íntima convicción, que no es el producto del albedrío, sino que es el resultado de una insobornable convicción íntima, que no se deja timonear por la voluntad. Es un sentirse adherido a la norma, a los valores que la inspiran—quiérase o no—; es un sentirse persuadido de la validez de la norma—aunque tal vez se deseara no estarlo (para poder dar rienda suelta a una pasión contraria)—. Pues bien, aunque se predique de los valores y de las normas morales una validez objetiva, no nace subjetivamente una obligación para un individuo, sino en tanto en cuanto dicho individuo tenga conciencia de la norma, como norma válida, en tanto en cuanto se sienta necesariamente ligado por ella. De aquí que pueda afirmarse que toda Moral es necesariamente autónoma; esto es, que no crea obligaciones si no ha sido interiorizada en el sujeto, si éste no la ve como necesariamente fundada y justificada. No se trata aquí de la acepción que la palabra autonomía tiene en la doctrina moral kantiana (según Kant, sería autónoma solamente la moral de la razón pura práctica, porque el sujeto racional es a la vez legislador y súbdito), sino que se trata de un diverso concepto de autonomía. Aquí, al hablar de autonomía de la Moral nos referimos a lo siguiente: cualquier sistema o doctrina moral (sobre los cuales no vamos ahora a decidir, pues no es éste nuestro tema), sea cual fuese su fundamento, su origen y su contenido, para que se considere que crea deberes en un sujeto es preciso que éste lo haya reconocido, lo haya sentido como algo obligatorio, como algo que ve (quiéralo o no) fundado y justificado. Lo mismo si sus normas han sido establecidas por un proceso racional íntimo, que si se derivan de una instancia autoritaria (revelación religiosa, tradición, mandato

paterno, mandato del maestro, etc.); porque en estos últimos casos, aunque el contenido de las normas morales no haya sido hallado por el propio sujeto, sin embargo éste las acepta o reconoce como tales (porque estima que es bueno y obligatorio cumplir con los mandatos de la revelación, de la tradición, del padre o del maestro). Y, así, aun en tales casos, esa Moral autoritaria tiene que descansar en una convicción del sujeto, en la convicción que éste tenga de la bondad de dichas instancias de autoridad. Pero, en cambio, la obligación jurídica es establecida por el Derecho de una manera pura y exclusivamente objetiva, es decir, con total independencia de lo que íntimamente piense el sujeto. Y el sujeto está obligado a la conducta que le impone la norma, sea cual fuere la opinión que la misma le merezca en la intimidad. (Entiéndase esto, claro es, en el plano de una pura delimitación conceptual, y de ninguna manera como directriz estimativa—pues si lo tomásemos en este sentido valorativo nos llevaría a un tremendo dislate—.) Al trazar los perfiles conceptuales de lo jurídico, en delimitación frente al campo estrictamente moral, lo que digo es que la norma de Derecho se establece con una exclusiva vigencia objetiva, esto es, que obliga plenariamente tanto si el sujeto llamado a cumplirla está conforme con ella como si no lo está; rige, y se impone, con entera independencia de cuál sea la convicción íntima de los sujetos a la norma; y, así, puede decirse, por ejemplo, que los artículos que en un Código establecen la propiedad privada obligan exactamente lo mismo y sin ninguna limitación a los que tengan una opinión contraria sobre dicha institución; y los reglamentos que establecen la obligación de no presentarse desnudo en las calles, obligan plenariamente también a los que profesen la convicción nudista. Esto es así, en cuanto al sentido esencial de la norma jurídica, en cuanto a la estructura lógica del Derecho, cuya validez y obligatoriedad se imponen a todo trance con entera independencia de cuál sea el estado de ánimo subjetivo de los llamados a cumplirlo. Pero, en cambio, desde un punto de vista valorativo para el establecimiento de las normas, es decir, de estimativa política orientadora de la labor legislativa, debemos afirmar que es preciso que el Derecho que se va a dictar corresponda fundamentalmente a la manera de pensar y de sentir de las gentes cuya conducta va a normar; es decir, precisa que tenga un apoyo en la opinión general de sus súbditos. Es más, desde otro punto de vista, desde el punto de vista de la observación de la realidad, podríamos también decir que un sistema jurídico positivo no vive prácticamente, de hecho, si no cuenta con una fun-

damental adhesión de la colectividad; y tanto es así, que cabría sostener que la democracia antes y aparte que un especial sistema político y un programa, constituye una ley de forzosa gravitación de la vida social. Ahora bien, ni aquella estimación política, ni esta verificación sociológica alteran la dimensión (que estaba glosando) de que el Derecho rige, obliga como tal, cuando está establecido, sin tomar para nada en cuenta el juicio subjetivo de los llamados a cumplirlo, y sin que nunca pueda quedar condicionada su obligatoriedad a que el sujeto esté o no conforme con el precepto, pues éste se impone incondicionadamente.

6. *La nota de imposición inexorable como característica esencial de lo jurídico*

A esta característica esencial de lo jurídico de imponerse incondicionalmente, tanto si cuenta con la voluntad del sujeto como si ésta le es adversa, se le ha llamado tradicionalmente *coactividad* o *coercitividad* y también *autarquía*. Yo prefiero denominar esta dimensión *imposición inexorable* o inexorabilidad, porque creo que estas palabras expresan mucho más exactamente la característica de que se trata. Sobre si este carácter es o no esencial al Derecho, y sobre cuál sea la índole de dicha dimensión, se ha discutido largamente en la Teoría jurídica casi durante un siglo. Pero a la luz de las reflexiones que expondré, entiendo que este tema queda por entero aclarado, en sentido de afirmar que la característica de *imposición inexorable* es esencial al Derecho; hasta el punto de que el pensamiento de un Derecho que no fuese inexorable (coercitivo, autárquico) constituiría un absurdo, es decir, un pensamiento irrealizable, como el de cuadrado redondo, o el de cuchillo sin mango ni hoja.

La imposición inexorable es algo que se desprende esencialmente del sentido mismo de lo jurídico. Como el sentido esencial del Derecho consiste en establecer los límites recíprocos y los enlaces *necesarios* entre la conducta de varios sujetos, para ordenar de un modo *objetivo* y *externo* la vida social, lógicamente no puede estar condicionado al azar de cuál sea la voluntad de los sujetos cuyo comportamiento se quiere sujetar en una estructura colectiva. Precisamente porque el Derecho es una organización de las relaciones externas entre los miembros de la sociedad, en aquellos puntos en que la conducta de unos es condición imprescindible para los demás,

esta condición no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplirla. Tal pensamiento sería absurdo, sencillamente contradictorio. El Derecho trata de que un sujeto ponga aquello que es reputado como necesario e imprescindible para otro; luego la realización de esto no puede depender del querer de quien debe cumplirlo, sino que tiene que ser impuesto de modo incondicionado, autárquico, es decir, a todo trance. Como el Derecho quiere sujetar necesariamente a una persona en interés o por motivo de otra u otras, no puede dejar a aquélla en libertad de cumplir o no los deberes que le impone. Como el sentido del Derecho —que, según expondré más adelante, radica en un propósito de seguridad—consiste en establecer necesariamente y eficazmente un mínimo de certidumbre y de fijeza en las relaciones sociales, excluye ineludiblemente la inmovilidad y la inseguridad que implicaría el confiar su observancia al albedrío subjetivo. Por eso, el Derecho es Derecho porque y en tanto que puede imponerse de modo inexorable a todos sus sujetos, a cualquier precio, con, sin o en contra de la voluntad de éstos (venciendo en tal caso su resistencia violentamente, por la fuerza). Y, por eso, el cumplimiento de los deberes jurídicos es exigible por vías de hecho, por una imposición coercitiva que haga imposible la infracción, o que la remedie en la misma forma impositiva, si había ocurrido ya.

Esta dimensión de "imposición inexorable" consiste en que la norma jurídica—a diferencia de otras normas, entre ellas, la moral—no se detiene ante la voluntad del sujeto, dejando a ésta que libremente decida; sino que, por el contrario, trata de anular la voluntad adversa, trata de hacer imposible la realización de la rebeldía a la norma. Otras normas, por ejemplo la norma moral—veremos cómo ocurre lo mismo con las reglas del trato—, se dirigen al sujeto ligándole normativamente la voluntad, pero sin pretender anularla. Es decir, la Moral expresa su imperativo, pero este imperativo *debe* ser cumplido libremente por el sujeto; es más, según expuse ya, una realización forzada de la conducta debida no constituye el cumplimiento de la norma moral. Esta quiere ser cumplida, pero cumplida por el querer libre del sujeto y no de otra manera. Por eso, la Moral—y asimismo la regla del trato (según veremos)—liga normativamente la voluntad, pero no trata de cohibirla, antes bien la deja en libertad, en franquía, pues esta es la única situación en que la norma puede ser cumplida. Por el contrario, como el Derecho se afinca en el resultado externo del comportamiento, se dirige a lograr éste sea como sea—tanto mejor y más

deseablemente si es por libre voluntad y por sincera adhesión, pero, en caso contrario, lo hace por la fuerza—, a toda costa, inexorablemente. Así, pues, el Derecho no se detiene respetuoso ante la voluntad del sujeto, sino que alienta el propósito de encadenarla, si esto es menester, para que el comportamiento debido se produzca. La inexorabilidad consiste en que la norma no se proyecta sobre la voluntad, sino que la atraviesa para aplicarse sobre la realidad externa del comportamiento. El sentido esencial de la norma jurídica consiste en emplear, si es necesario, todos los medios para evitar que se produzca el comportamiento contrario al que ella ordena y para imponer éste a todo trance.

Este carácter de imposición inexorable distingue al Derecho no sólo frente a la Moral, sino también frente a otra clase de normas, como las reglas del trato social (decoro, decencia, cortesía, etc.), las cuales, aunque son diversas de las morales, tienen de común con éstas el dirigirse a la voluntad, pero dejándola en franquía para que decida sin cohibirla. Por ello, será preciso volver a tratar de esta dimensión de imposición inexorable que esencialmente caracteriza a lo jurídico, cuando consideremos, en el próximo capítulo, la diferencia entre Derecho y reglas del trato social.

En el pensamiento del siglo XVIII se había barruntado esta característica del Derecho, llamando la atención sobre ella para distinguirlo de la Moral (Tomasio). En el siglo XIX siguió elaborándose esta distinción sobre igual base; y se caracterizaba esencialmente a lo jurídico frente a lo moral por la nota de coacción (expresión algo tosca y confusa) o de coercitividad (palabra más afortunada para denotar la dimensión de que se trata). Pero aunque el problema fuese enfocado certeramente y se apuntase de modo correcto a su solución, sin embargo el pensamiento del siglo XIX no llegó todavía a percatarse plenariamente ni a acotar con entera precisión el sentido de esta nota. Y, así, resultó que a pesar de que se estaba en la vía correcta para la caracterización del Derecho, al subrayar en él la esencial dimensión de exigibilidad coercitiva, sin embargo, la defectuosa formulación de esta doctrina—en el fondo acertada—dió ocasión a que se formulase una serie de objeciones anticoercitivistas. Pero todas esas objeciones, que se oponían a reconocer en el Derecho el carácter esencialmente coercitivo, partían de confusiones y de malos entendidos, y, por tanto, ninguna de ellas podía tenerse en pie. Tanto es así que, en general, en el pensamiento filosófico-jurídico del siglo XX, se acentuó el subrayar en el Derecho, como nota esencial del mismo, su autarquía, su coercitividad

(Stammler, Del Vecchio, Kelsen, etc.), hasta el punto de que todas las objeciones que se habían formulado contra esta tesis fueron desvaneciéndose. Ahora bien, este tema queda todavía más claro y con perfiles ya definitivamente precisos en la reelaboración que del mismo acabo de ofrecer. Los términos "coacción", "coactibilidad", "coercitividad" todavía podían resultar algo equívocos. En cambio, la expresión de esta doctrina como carácter de "imposición inexorable" resulta perfectamente cristalina y evidente.

7. Examen crítico de la discusión sobre la coercitividad

Sin embargo, aunque éste sea uno de los temas de Filosofía del Derecho, que pueden hoy considerarse como mejor logrados, convendrá informar al lector—siquiera sea muy brevemente—sobre cuáles fueron las objeciones que, en otro tiempo, se hicieron contra la esencialidad de esta nota, y mostrar cómo ninguna de esas objeciones puede considerarse operante, pues todas partían de confusiones, que hoy han quedado por entero despejadas. Pasemos, pues, rápidamente revista a esas objeciones, que hoy no tienen más significación que la de curiosidades históricas, si bien en su época sirvieron para suscitar la depuración de la doctrina coercitivista.

Se dice que el Derecho es cumplido en la mayor parte de los casos espontáneamente, sin que para nada intervenga una coerción inexorable. Ello es verdad; pero no significa objeción ninguna frente a la tesis de la imposición inexorable, pues dicha tesis no afirma en modo alguno que la manera necesaria de realización del Derecho sea el empleo de la fuerza, sino que sostiene que es esencial al sentido de la norma jurídica el que, para el caso de que no fuese cumplida voluntariamente, sea impuesto su cumplimiento mediante la fuerza. No se habla del hecho de la fuerza, sino de la esencial posibilidad de usarla cuando no se produzca el cumplimiento voluntario.

Se ha objetado, asimismo, que hay casos en que la coacción resulta ineficaz, cual ocurre, por ejemplo, cuando no ha sido factible evitar la comisión del acto antijurídico, o también en determinadas relaciones en que no hay la posibilidad de obtener por la fuerza la conducta debida (*v. g.*, la prestación de un servicio personalísimo, como pintar un cuadro). Para mostrar la inconsistencia de esta objeción respecto del primer ejemplo, repetiré que la tesis coercitivista o de la imposición inexorable no alude al hecho, siempre contin-

gente, de que la policía acuda a tiempo o llegue tarde para prevenir el comportamiento antijurídico, sino a la dimensión esencial de que pertenece necesariamente a lo jurídico el principio de poder y deber emplear la fuerza para vencer toda rebeldía. Una falla en el terreno de la aplicación práctica nada dice en contra de esta dimensión esencial. Y en cuanto al segundo ejemplo, el del caso de que no es hacedero forzar a la realización de un servicio personalísimo, he de manifestar que tampoco constituye objeción; pues, de una parte, claro es, que no se puede luchar contra la imposibilidad material de imponer una conducta personalísima (que sólo es posible con el concurso de la voluntad de quien debe ejecutarla); y de otro lado, cuando se produce tal situación, entonces se substituye el primitivo contenido de la obligación por una conducta sucedánea prevista subsidiariamente por la misma norma (p. e., pago de una indemnización de daños y perjuicios), conducta que ya es imposible mediante la fuerza, a saber, mediante un procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio. Y en caso de insolvencia, pesará siempre sobre el patrimonio futuro del deudor la condena ejecutiva.

Se ha objetado también que hay relaciones jurídicas cuyo cumplimiento no puede obtenerse mediante procedimientos de imposición coercitiva, ni cabe tampoco sustituirlo por una conducta sucedánea, cual ocurre cuando leemos, por ejemplo, aquel artículo de la Constitución española de 1812, en que se decía que los españoles deben ser honrados y benéficos; o cuando algún código civil expresa que los hijos deben profesar amor a sus padres. Pues bien, en estos casos, la solución es clara: debemos reconocer que tales normas, aunque insertas en cuerpos legales, no constituyen normas jurídicas, ya que su cumplimiento no es exigible. Se trata de buenos propósitos de un legislador, que no acertó a hacer de los mismos auténticos preceptos jurídicos. Se trata de otra clase de reglas (morales, del trato), que el legislador quiso convertir en Derecho, pero sin lograrlo.

Otra de las objeciones se basa en una apelación a principios ideales, a un Derecho Natural, a una idea de justicia; y, así, se dice que muchas veces el Derecho histórico ha desconocido o violado abiertamente tales principios. Pero este argumento parte de una lamentable confusión entre lo que es Derecho real y efectivamente y los principios ideales que deben orientar al Derecho. Cuando nos hallamos ante el caso de una norma jurídica notoriamente injusta, decimos que esto *no debiera ser Derecho* (con lo cual reconocemos

que lo es, aunque indebidamente), y que en cambio lo que debiera ser Derecho es otra norma ideal, justificada correctamente (con lo cual se reconoce que esa norma ideal no es Derecho, aunque debiera serlo). El Derecho natural, racional, ideal, en suma, las máximas de la Estimativa jurídica, no son Derecho real y efectivo, sino Derecho posible (y deseable); ahora bien, dentro del mundo de los posibles, esto es, de la idealidad, tales normas poseen también la pretensión coercitiva; si bien lo que ocurre es que esa pretensión coercitiva es una pura idealidad y no una realidad; ni más ni menos que un perro pintado tiene también colmillos, pero sus colmillos (como el resto del animal) no son reales, sino pintados. Pero tanto es así que al esquema ideal de Derecho se le atribuye una coercitividad (que, naturalmente, es también sólo ideal) y hay determinadas situaciones históricas en las que apelando a estas normas se acude a la violencia, como ocurre en las revoluciones. Efectivamente, las revoluciones resultarían inexplicables si no las entendiéramos como apelación a algo que se estima que debe ser el Derecho futuro—y que, a fuer de tal, ofrece estribo para una imposición violenta—. En cambio, el tratar de imponer una moral o una convicción científica, o una creencia religiosa por la fuerza, siempre constituirá, aparte de una abominable monstruosidad, también un contrasentido.

Se objeta también que, con independencia de la coacción del Estado, los hombres tienen en conciencia el deber de cumplir las normas jurídicas. Bien; eso es verdad (aunque no podemos entrar ahora en este tema, que ya hallaremos más tarde); pero he de hacer notar que lo relativo al deber moral que las gentes tengan de cumplir las normas jurídicas es un tema que pertenece a la filosofía moral, pero no estrictamente a la Filosofía del Derecho, ni a la esencia del precepto jurídico. Los deberes morales—entre los cuales puede figurar el deber de cumplir en conciencia las obligaciones jurídicas—son algo independiente de la especial vinculación que crean los preceptos jurídicos. Aparte de que exista o no el deber moral de cumplir una norma, se tiene un deber jurídico, *específicamente jurídico,* sencillamente porque hay una norma jurídica, esto es, una norma de imposición inexorable; es decir, porque en caso de no hacerlo se desencadenará un procedimiento de imposición inexorable. (Ya desenvolveré con mayor amplitud este pensamiento al tratar del concepto de deber jurídico.) Justamente el deber jurídico se funda en que hay una norma de imposición inexorable, pues de lo contrario nos encontraríamos solamente ante un deber moral o ante un deber de decoro. El Derecho es Derecho, la norma

jurídica es jurídica, precisamente y sólo en tanto que tiene una pretensión de imperio inexorable, de imposición coercitiva irresistible. Ese especial modo de imperio o de mando que consiste en la imposición inexorable (a todo trance), es lo que funda y determina la dimensión jurídica. Sin esa forma de mando inexorable, no hay Derecho.

Se ha dicho que cuando un Derecho no cuenta efectivamente con la adhesión general—de los más—de la sociedad que pretende regir, está inevitablemente condenado al fracaso o a efectos catastróficos. Y esto es cierto: ya dije que la democracia, antes que un sistema o un programa políticos, es una ley de gravitación de la Sociedad política. Pero esto se refiere al conjunto de un sistema jurídico, el cual no puede mantenerse, no puede subsistir, cuando no cuente con el franco asentimiento de la mayoría de los sujetos cuya conducta va a regular, en suma con el apoyo de lo que se llama opinión pública; pero esto no es algo que pertenezca a la esencia de la validez formal de una norma jurídica. Es decir, un régimen jurídico, un Estado, no se mantiene, no subsiste si no cuenta con el general asentimiento; pero dentro de ese régimen jurídico, cada una de sus normas rige, vale, independientemente de la opinión y de la voluntad del sujeto singular obligado a cumplirla; y si tropieza con la resistencia de éste, entonces le es impuesta a todo trance, por medio de la fuerza.

Se ha dicho también que lo deseable es que los hombres cumplan el Derecho, no por virtud del miedo a la coacción, sino en gracia a los imperativos de su propia conciencia. Y sin duda este aserto merecerá la adhesión de todos y ha de constituir el ideal del legislador, quien para lograr esta finalidad habrá de tener también algo de pedagogo, y disponer su función de gobernante de tal suerte que consiga una franca adhesión si no de todos (cosa poco verosímil), sí de los más. Pero la validez de la norma jurídica, su imperio, no depende formalmente de que el sujeto singular sobre el cual se vaya a aplicar en un caso, esté o no íntimamente conforme con ella.

En la misma dirección del pensamiento glosado en el párrafo anterior, se ha dicho también, que lo bello sería que los hombres obrasen al impulso de la caridad, del amor, y no por la intimidación jurídica. Y ello es también verdad. Pero es que precisamente amor y Derecho no sólo son puntos de vista distintos, sino que además el Derecho se da precisamente para cuando falte el amor. Amor y Derecho constituyen dos categorías fundamentales y radicalmente diversas, desde las cuales pueden enfocarse las relaciones interhumanas.

La caridad, el amor, tiene rango superior. Pero como no se puede garantizar que haya siempre amor o caridad, cabalmente por eso se establece el Derecho.

Otra de las objeciones que se ha querido esgrimir contra la esencialidad de la dimensión coercitiva de lo jurídico es la de notar que el poder soberano del Estado no puede estar sujeto a coacción; él es el que constriñe, pero él no puede ser constreñido; y de esto se pretende argüir que hay por lo menos una excepción a la coercitividad o inexorabilidad del Derecho. Este argumento entraña una lamentable confusión de ideas. Pues como dice Del Vecchio, no basta advertir que en todo sistema jurídico existe un punto al cual no puede alcanzar la coerción; haría falta además demostrar también que sobre aquel punto puede recaer un auténtico deber jurídico, probar que a aquel punto puede ir a parar como sujeto pasivo una auténtica facultad exigible por alguien mediante imposición. Ahora bien, una facultad o pretensión jurídica, de tal tipo, esto es, inexorable contra el órgano supremo del Estado, contra el Estado como soberano, no existe ni esencialmente puede existir en un sistema jurídico positivo. Contra el Estado como soberano podrán elevarse requerimientos de carácter político, podrá argüirse críticamente a la luz de unos valores, pero no se puede ejercitar un "derecho". Se puede ejercitar un derecho contra órganos del Estado en una cuestión sobre la cual resolverán otros órganos del Estado, que, en este caso, asumen un rango superior respecto del órgano demandado. Pero frente al Estado como soberano (p. e., en tanto en cuanto se manifiesta a través de una Corte Suprema de Justicia, o cuando se expresa mediante el poder legislativo—salvo recurso de inconstitucionalidad, que se ventila ante un órgano que, a estos efectos, funciona como superior—) no cabe el ejercicio de ninguna facultad jurídica, y, por consiguiente, es absurdo hablar de posibilidad de coacción. Pero no hay coacción, porque no se trata en manera alguna de una facultad jurídica. Cabrá naturalmente una revolución; ahora bien, en este caso, salimos ya del sistema establecido, porque precisamente se le quiere derrocar para sustituirlo por otro. Pero cuando hablamos de Derecho, nos referimos a la esencia del Derecho real—que no es pura idea, sino quehacer humano—, al Derecho formulado o reconocido por el Estado, el cual supone un imperio inexorable, ésto es, de imposición coercitiva. Y cuando hablamos de "derechos" frente al Estado, son derechos establecidos y reconocidos por éste, que se harán valer, esto es, que serán impuestos por órganos del mismo Estado encargados

por éste de tal misión—por ejemplo, mediante la jurisdicción contencioso-administrativa—. Precisamente es una característica de los sistemas constitucionales en los pueblos civilizados, en las democracias liberales de Occidente, el hacer posible mediante el reparto de competencias ciertas acciones judiciales de los ciudadanos contra el Estado; pero en tales casos, el Estado, que de una parte es soberano, aparece de otra, aquí, como sometido por una autolimitación al imperio de una norma, que emana de él mismo como soberano.

También se ha argüido contra la tesis de la coercitividad tomando como base la precaria realidad del Derecho Internacional. Pero a esto debe contestarse que el Derecho Internacional tiene la intencionalidad de constituir auténtico Derecho, es decir, de imponer sus normas; pero que en la medida en que no cuente con la posibilidad de hacerlo, resultará que estaremos ante un propósito de Derecho, que todavía no ha podido lograrse efectivamente en la realidad. Así como los Estados han sufrido a veces situaciones de anarquía en su interior, de manera que habiendo normas declaradas, éstas no conseguían ser impuestas efectivamente, así parejamente ocurre que la sociedad internacional sufre hoy una situación de anarquía, porque pueblos que hacen profesión de bandidaje dificultan la aplicación de las normas pertinentes. Pero en el sentido de esas normas, que son violadas, radica la pretensión de querer imponerse a todo trance; y así, aunque para algunos pueblos la guerra constituye sólo desvergonzado oficio de agresor, para otros, en cambio, es interpretada como un instrumento de coacción jurídica, precisamente cuando se trata de defender el Derecho Internacional atacado.

Así, pues, por todo lo expuesto puede afirmarse terminantemente que Derecho es por esencia norma de imperio inexorable, irresistible. Una norma que diese lugar solamente a un mero deber, una norma que fundase un puro deber, sin más, no sería una norma jurídica. Derecho sin la dimensión de imposición inexorable es una contradicción, es un absurdo, es un pensamiento mentalmente irrealizable. Por eso, en rigor, la tesis anticoercitivista es en el fondo anarquismo, aunque de ello no se den cuenta clara sus sostenedores. Tolstoi quería que la humanidad se rigiese única y exclusivamente por la Moral, por el Evangelio; y como en el Evangelio hay sólo Moral y no se contiene ningún punto de vista jurídico, se declaró por la abolición del Derecho, esto es, por el anarquismo.

Si el Decreto no contuviese en sí, esencialmente, la posibilidad de forzar, de coaccionar irresistiblemente, en suma, de impo-

nerse inexorablemente, entonces ¿qué fundamento tendría esa dimensión coercitiva que prácticamente se desarrolla en la vida jurídica? Si no se tratase de algo esencial al Derecho, sería algo ajeno a su propia esencia, sería algo que le sobrevendría accidentalmente, por azar, y, por tanto, algo no fundable en su misma naturaleza. Y, entonces, resultaría imposible justificar el ejercicio práctico de la coacción para imponer el cumplimiento del Derecho. Si la imposición inexorable no fuese una nota esencial del Derecho, entonces el poder jurídico constituiría meramente una muda fuerza material. Por tanto, negar la implicación esencial entre Derecho e imposición inexorable equivale a defender el anarquismo.

8. *El Derecho como máxima forma social y la Moral como destino auténticamente individual*

A través de la diferenciación entre Moral y Derecho, se ha evidenciado que el Derecho constituye no sólo una norma social, algo inserto en la categoría de la vida colectiva, sino la expresión máxima de los caracteres de lo colectivo; constituye lo social reducido a perfiles exactos y precisos, la máxima mecanización de lo humano. Podríamos decir que constituye la brutalización de lo humano, en tanto en cuanto es aquella forma en que la vida humana se parece más a la naturaleza, a lo mecánico, a lo inexorable.

Y, de otra parte, a través de la diferenciación entre Moral y Derecho se ha evidenciado también que la Moral constituye aquella norma que toma en cuenta la vida individual auténtica en toda su plenitud. La Moral es lo que se refiere al destino absoluto del individuo en tanto que tal. La Moral considera la vida del individuo en todos sus aspectos, en su radical singularidad, en su carácter de algo privatísimo e intransferible. Considera la vida individual atendiendo a todos los elementos que la condicionan singularmente en cada una de sus situaciones, y la enfoca en términos absolutos, desde un punto de vista radical.

Ahora bien, éste es el sentido esencial de lo moral *sensu stricto;* pero puede ocurrir, y ocurre de hecho la mayoría de las veces, que las normas morales son recibidas por vía de tradición social. Salvo un número reducido de individualidades esclarecidas, de sujetos que han conquistado su propia individualidad, que han llegado a la máxima conciencia de su destino, el común de las gentes toma la ma-

yor parte de las normas morales de lo que ha aprendido de los demás. Es decir, existen usos en cuyo contenido trata de manifestarse una norma de carácter moral (y no un precepto jurídico ni una regla del trato social). Esto es, la Moral muchas veces se manifiesta, se expresa y se aprende a través de costumbres. Es más, ésta constituye la significación etimológica de la palabra *moral* (de *mos*, en latín, que quiere decir costumbre). Pero de este hecho de que la moral se manifieste en formas sociales, cuales son los usos o las costumbres, no se sigue en modo alguno contradicción respecto del carácter individual que corresponde esencialmente a la norma moral. Porque, aun cuando el sujeto pueda recibir la norma moral de una manifestación social de vida objetivada, sin embargo, el sentido de esa norma expresada en un uso es el de constituir no algo que se refiere a lo tópico colectivo, sino algo que se refiere al destino individual—a diferencia del sentido de la norma jurídica (que también puede manifestarse en una costumbre), sentido que consiste en referirse a lo tópico comunal de la sociedad—. Aunque la norma moral pueda provenir de la sociedad (uso, costumbre) se da para el individuo en tanto que individuo y no para la sociedad. En este caso constituye la interpretación dada por la sociedad a un valor moral. La interpretación es dada por la sociedad; pero el valor interpretado por la sociedad es un valor cuyo sentido se refiere a la vida individual, al destino plenario y auténtico del individuo.

Pero a la consideración anterior hay que añadir además otra, a saber: que la manifestación social (uso, costumbre) de una norma con sentido moral, para que cree deberes morales en el individuo, es preciso que sea interiorizada en éste. Es decir, según ya vimos, un valor moral (aunque pueda ser objetivamente válido) no determina el nacimiento de un deber concreto en un individuo singular, sino en la medida en que éste se halla íntima y sinceramente convencido de su bondad; esto es, en tanto en cuanto el individuo se siente adherido e identificado con dicho valor. Lo cual entraña una formidable diferencia esencial respecto de las normas jurídicas (y también, según veremos, de las normas del trato social); pues estas normas, al contrario de lo que ocurre con las morales, obligan precisamente con independencia de cual sea la opinión del sujeto, tanto si cuenta con su asentimiento como si no. Resulta, pues, que aunque la norma moral pueda recibirse de una fuente social, siempre se refiere al cumplimiento del destino individual, al supremo fin del sujeto, y además sólo obliga a éste en la medida en que él se sienta íntimamente adherido al valor expresado en la norma.

CAPITULO IV

LAS REGLAS DEL TRATO SOCIAL. SU DIFERENCIACION DE LAS NORMAS MORALES Y DE LAS NORMAS JURIDICAS

Sumario: *1. Descripción de las reglas del trato.—2. Diferenciación esencial entre moral y reglas del trato.—3. Diferenciación entre las normas del trato y las normas jurídicas.—4. El problema del Derecho consuetudinario.—5. Relación dinámica entre el Derecho y las reglas del trato social en la historia.*

1. Descripción de las reglas del trato

En el horizonte de la vida humana encontramos una serie de normas reguladoras de la conducta, que ni son Derecho, ni tampoco son Moral. Se trata de un enorme y variado repertorio de normas que, en su conjunto, constituyen una categoría especial, que denominaré *reglas del trato social*. He aquí algunos ejemplos de tales reglas: la decencia, el decoro, la buena crianza, la corrección de maneras, la cortesía, la urbanidad, el respeto social, la gentileza, las normas del estilo verbal, del estilo epistolar, las exigencias sobre el traje, el compañerismo, la caballerosidad, la galantería, la atención, el tacto social, la finura, etc., etc. Pensemos en la innúmera cantidad de actos y de prohibiciones que nos imponen dichas reglas: el saludo en sus diversas formas, toda una serie de actitudes que revelen consideración para los demás, las visitas de cortesía, las invitaciones, los regalos, las propinas y aguinaldos, la compostura del cuerpo cuando estamos reunidos con otras personas, la forma del traje según las diversas situaciones, la buena crianza en la mesa, las fórmulas de la comunicación epistolar, las reglas del juego, las de la conversación, la asistencia a determinados actos, el evitar en el lenguaje las palabras reputadas como ordinarias o groseras, los homenajes de galantería, y, en suma, todos los especiales deberes de comportamiento que derivan del hecho de pertenecer a un determinado círculo so-

cial (clase, profesión, partido, confesión, edad, afición, vecindad, etc.). De ordinario, a estas reglas se las ha llamado "convencionalismos sociales"; pero reputo que esta denominación es superlativamente infortunada, porque evoca la idea de convenio, de convención, la cual es precisamente todo lo contrario de la esencia de estas normas, según veremos más adelante. También se las ha designado con el título de usos sociales; y, aunque es exacto que se manifiestan a través de usos o costumbres, esta denominación tiene el inconveniente de que mediante el uso se hacen también ostensibles—según vimos—otros tipos normativos completamente diversos (como por ejemplo, principios morales y preceptos jurídicos). Por eso, prefiero designarlas con el rótulo genérico de "reglas del trato social", porque esta expresión traduce una de sus esenciales características—según mostraré—; y, además, porque dentro de ella cabe todo el múltiple y variado repertorio de normas que he mecionado y otras de análogo jaez.

He aquí, pues, una extraña casta de normas, que presentan, ante todo, a primera vista, como dimensión común a todas ellas, dos caracteres negativos: el no ser ni normas morales, ni normas jurídicas, aunque muchas veces se parezcan a las primeras y no pocas veces a las segundas. Cabalmente, en esto radica la dificultad del problema que suscita el intento de caracterización de tales reglas: en este parecerse en algún respecto al Derecho (*v. g.*, en cuanto a su dimensión social y en cuanto a la de exterioridad; y en tener, desde otro punto de vista, cierta semejanza con las estimaciones morales (como sucede, por ejemplo, con algunos principios del decoro). Y, sin embargo, en un primer contacto mental con dichas reglas presentimos que no son ni Moral, ni son tampoco Derecho. Aunque a veces parece que se asemejan a principios morales, sin embargo no encajan dentro del concepto de lo moral. Y, a pesar de su carácter social y de su gravitación hacia la exterioridad de la conducta, sin embargo, no coinciden con la esencia de lo jurídico. Pero no basta con ese espontáneo darnos cuenta de que no son ni Moral ni Derecho. Con ello tenemos sólo un conocimiento vulgar, irreflexivo, meramente aproximado, que tal vez podría fallar ante algunos casos difíciles. Es necesario indagar la diferencia esencial entre esas reglas del trato social y las normas morales; y también la diferencia de dichas reglas frente a los preceptos jurídicos. Con ello habremos dado otro paso decisivo para la caracterización esencial del Derecho.

Respecto de su forma de aparición, recuérdese lo que dije

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

cuando me ocupé someramente del uso social. Suele ocurrir que de la primitiva costumbre indiferenciada (que constituía la regulación total de la conducta) se van segregando tipos de normas ya especialmente delimitadas (la Moral, el Derecho, la Religión, la Técnica, etc.), lo cual determina que se perfile también otra clase de normas con peculiares características, a saber, las normas del trato social.

Para orientarnos en este primer contacto reflexivo con las reglas del trato social, convendrá intentar una caracterización de las mismas, que, de momento, haré sólo como inicio provisional.

Esas reglas del trato social suelen manifestarse en forma consuetudinaria, como normas emanantes de mandatos colectivos anónimos (esto es, de la gente, de los demás, en suma, de la sociedad), como comportamientos debidos en ciertas relaciones sociales, en un determinado grupo o círculo especial y sin contar con un aparato coercitivo a su disposición, que fuerce inexorablemente a su cumplimiento, aunque con la amenaza de una sanción de censura o de repudio por parte del círculo social correspondiente.

Como he indicado, la forma habitual de presentarse las reglas del trato es la consuetudinaria. Ahora bien, según ya vimos, no todos los usos son expresivos de esas reglas del trato, pues hay también usos morales y asimismo costumbres jurídicas. Pero aparte de eso, hay usos sociales que ni son morales, ni son jurídicos, ni son tampoco manifestación de reglas del trato. Pues hay usos colectivos de carácter intelectual, como lo es, por ejemplo, el lenguaje; como en otro orden, lo es la opinión pública. Y los hay, asimismo, que se refieren a la conducta práctica y externa, pero que carecen de pretensión normativa. No toda costumbre social práctica tiene pretensión normativa: las hay—y en mucha abundancia— que delatan una convicción colectiva, pero que no pretenden crear para nadie un deber; así, por ejemplo, almorzar a determinada hora, tomar este o aquel manjar en la comida privada, hacer excursiones ciertos días, pasear por una calle a tal o cual hora, dedicarse a unos u otros juegos, etc. Los ingleses distinguen con precisión, en el empleo del idioma, la costumbre no normativa de la costumbre normativa: a la primera (pura repetición de actos sin idea de deber) la llaman *hábito* (habitude); y en cambio a los usos que, referidos a la conducta práctica, tienen la pretensión de constituir normas, los llaman *costumbre* (custom).

Obsérvese que el volumen de las reglas del trato y de los deberes que éstas imponen es formidablemente grande y abarca un sin-

número de aspectos de nuestra vida social. Y nótese también que la presión efectiva de esas normas es muy intensa; tanto que muchas veces la sentimos con mayor intensidad que la voz de la conciencia moral o que la intimidación del Derecho. En alguna ocasión el Derecho, a pesar de su coercitiva pretensión de imponerse inexorablemente, se ha mellado en la práctica, se ha mostrado ineficaz para suprimir determinados comportamientos que tenían una honda raigambre en reglas usuales del trato social: así, por ejemplo, en el caso del duelo en otra época, el cual sólo desapareció cuando perdieron vigencia social las reglas usuales que lo mantenían, y fueron sustituídas por otras convicciones normativas, según las cuales los lances de honor se consideraron como cosa ridícula. Lo cual ilustra sobre el potente vigor efectivo que tienen muchas reglas del trato social.

Adviértase, además, que las reglas del trato social no tienen una versión universal, ni siquiera generalizada, sino más bien una serie de versiones particulares y diversas para cada círculo social. Un acto que para un muchacho es admisible, puede, en cambio, resultar indecoroso en un anciano; y lo plausible en un anciano, cabe que sea inconveniente en un joven. El traje perfecto para un obrero manual resultará indecoroso para un funcionario. Lo lícito para un seglar puede ser escandaloso en un sacerdote. Las diversiones permitidas socialmente a un saltimbanqui le están vedadas a un magistrado. El concepto medieval del honor para los caballeros no regía entre los villanos. Unas eran en la Edad Media las costumbres de los comerciantes y otras las de la aristocracia. Lo que es permitido al nacional puede resultar intolerable en el extranjero. Las palabras que no serán criticadas cuando las profiera un arriero serán tenidas por groserías en un sirviente doméstico, etc., etc. Esta adscripción de las reglas del trato a una esfera colectiva determinada es una de las características más notorias de tal tipo de normas. El decoro, la decencia, la conveniencia, la cortesía, son algo muy diverso en cuanto a su contenido según del círculo social de que se trate. Esas reglas rigen siempre en un determinado círculo (más o menos amplio) de personas, en una esfera colectiva especial, que obtiene su delimitación a virtud de puntos de vista varios para cada esfera: por la edad, por el parentesco, por la profesión, por la vencindad, por la raza, por la religión, por la política, por la posición económica, por la clase, por la adscripción a determinadas actividades (orfeonistas, deportistas, estudiantes, turistas). Ahora bien, de ninguna manera es preciso que el círculo colectivo que venga en cuestión constituya una asociación; es más, en el momento en que

se trata de una asociación, con su reglamento, muchas de esas normas dejan ya de ser puras reglas del trato y se convierten en preceptos jurídicos. Mientras que la Moral considera al individuo en plenitud, como tal individuo (insustituible) y el Derecho lo considera en una versión de gran generalización, es decir, como ciudadano, o en otras situaciones que, en principio, son posibles para todos (la de vendedor, la de depositario, etc.), en cambio, las reglas del trato enfocan la conducta social de cada uno según la adscripción efectiva del mismo a determinados círculos sociales. Y, así, cabría decir que las reglas del trato se sitúan entre el círculo grande en que los hombres están sometidos al Derecho y la individualidad absoluta, que es sujeto de la moralidad.[18] Una violación de los usos del trato social puede resultar inocente ante la conciencia moral (e incluso plausible en determinados casos). De otro lado, frente a una violación de las reglas del trato tan sólo reaccionan los pertenecientes al círculo en el cual regía su uso; al paso que una violación del orden jurídico provoca la reacción de toda la comunidad en que impera, representada por el Estado.

2. *Diferenciación esencial entre moral y reglas del trato*

No basta con enfocar la diferencia que medie entre las normas jurídicas y las reglas del trato social; pues si me limitase a mostrar por qué éstas no son Derecho, entonces se correría el riesgo de que se pudiesen confundir con la Moral. E interesa dejar perfectamente estudiados los diversos tipos esenciales de normación de la conducta; y, por lo tanto, es menester que quede perfectamente delimitado cada uno de ellos frente a los demás.

Las reglas del trato social tienen de común con la Moral el carecer de una organización coercitiva para vencer la resistencia del sujeto y provocar forzadamente el cumplimiento. Por mucho vigor que los motivos morales adquieran en la intimidad del sujeto, nunca constituyen una fuerza fatal e irresistible; no constituyen una imposición inexorable de la conducta debida. Asimismo, por muy fuerte que sea la expresión externa que apoye una regla del trato, y por mucho alcance que ese influjo social pueda adquirir en la conciencia del sujeto, si el individuo quiere faltar a la regla, el círculo social en que ésta impera carece de poder para imponerle el cumplimiento.

Pero esta dimensión común a Moral y reglas del trato—que

acabo de glosar—, es decir, el que una y otras carezcan de un aparato de fuerza que compela irrefragablemente a su realización, no implica en manera alguna que esos dos tipos de normas (la moral y la del trato social) tengan una esencia idéntica; antes bien, por el contrario, vamos a ver que son esencialmente diferentes. Efectivamente, mostraré cómo es radicalmente distinto el sentido de las normas del trato (decoro, decencia, cortesía, etc.) del sentido de las normas morales. Ahora bien, para ello será preciso afinar el análisis, con objeto de descubrir con todo rigor y precisión cuáles son las diferencias esenciales entre ambos tipos de normas. Se barrunta la diferencia a primera vista, pero, en cambio, ya no es tan fácil precisarla con exactitud. Hace veinte siglos decía Cicerón que la diferencia entre la honestidad y el decoro es más fácil de entender que de explicar.[19] Pero importa que procuremos conseguir en este tema una mayor fortuna que Cicerón. De suerte que expliquemos con rigor esa diferencia.

Si nos fijamos en el sentido que tienen las reglas del trato social (el decoro, la decencia, la cortesía, etc.) advertiremos que se refieren predominantemente al aspecto externo de la conducta en relación con otros sujetos. Son reglas que afectan a la modalidad exterior del comportamiento, referido a las demás personas y en consideración a éstas. Téngase en cuenta que las virtudes propiamente morales (*v. g.*, la veracidad, la templanza, la caridad, la fortaleza) no las calificamos de decorosas, de decentes, sino sencillamente de moralmente buenas en sí mismas, intrínsecamente, de modo absoluto. En cambio, lo decente, lo decoroso, es aquello que resulta como exteriormente adecuado a otra persona, como conveniente a otro, como propio de una determinada situación en sus planos superficiales. Este es el sentido del *decet* latino (de la decencia en nuestro idioma); y también del *decus,* esto es, del decoro. Las normas de la decencia, del decoro—y asimismo las de la cortesía, las de la buena crianza, etc.—, afectan a la capa superficial del hombre, a los planos externos de la conducta, es decir, a aquellos en que se verifica el contacto con las demás gentes, a lo que podríamos llamar piel social. La profundidad de la vida, la intimidad, la esfera de las intenciones originarias, en suma, la auténtica individualidad es lo afectado por la moral y es lo no alcanzado jamás por las reglas del trato. Y, así, puede ocurrir que un sujeto perfectamente moral esté en *déficit* respecto de las reglas del trato: cual le ocurría a San Francisco de Asís, que encarnó una ejemplaridad de conducta moral y que, en cambio, era un inadaptado a

las reglas del trato; en otro aspecto, algo de esto le sucede al tipo de Charlot (creado en ficción por Charles Chaplin en sus películas), que representa un espíritu puro y, sin embargo, el perpetuo desentonante en el trato social. Y, por otra parte, todos conocemos personas muy correctas en el cumplimiento de las normas del trato social, que, sin embargo, llevan un alma encanallada por dentro.

El carácter de externidad que acabo de subrayar en las reglas del trato social, no implica que éstas no posean una intencionalidad de valor. Ciertamente, las normas del trato apuntan a la realización de determinados valores, a saber, de los valores que suelen designarse con los nombres de decoro, de decencia, de finura, de buenos modales, etc. Lo que ocurre es que esos valores, que desde luego pertenecen a la familia ética, esto es, a la región axiológica de lo ético, sin embargo se distinguen dentro de ésta de los valores morales *sensu stricto,* de los valores que se llaman de pura moralidad. Y, así, resultaría que los valores éticos se clasificarían en tres grandes especies: los puramente morales, los jurídicos y los del decoro.

Y de la misma manera que distinguimos entre puros valores morales y convicciones morales positivas de las gentes (que pueden ser más o menos correctas, es decir, que pueden encarnar mejor o peor, o no encarnar los auténticos valores morales); y de la misma manera que distinguimos entre valores jurídicos puros y Derecho positivo histórico (el cual puede ser más o menos justo o incluso injusto); asimismo, de análoga manera, podemos distinguir entre los valores del decoro y las reglas positivas del trato manifestadas en los usos.

Esta dimensión de exterioridad de las reglas del trato social (y también de sus correspondientes valores) se hace ostensible en las palabras de que el lenguaje se sirve para designarlas. Del hombre que cumple esas reglas se dice que es *modoso,* y a las mismas reglas se las llama buenos *modos,* buenas *formas,* buenas *maneras.* La palabra *decoro* significa ornato, al igual que el *decorum* latino. También la voz alemana correspondiente, el *Anstand,* denota igual idea de exterioridad. Y, parejamente, el vocablo francés *façon,* que se emplea como significativo de las buenas maneras sociales. Y lo mismo su homólogo inglés *fashion,* que además significa buen tono, de moda. Pero no es sólo esta calificación genérica la que expresa la idea de exterioridad, sino que lo mismo se revela en una serie de palabras que designan diversos matices del trato social, en las cuales se evoca análoga representación de superficie exterior. Así, los ca-

lificativos: formal, formalidad, fino, finura, suave, suavidad, pulido, *poli, politesse, fein, glatt,* etc. Otra palabra en la que aparece destacada esa misma idea de externidad es la de *etiqueta,* que significa algo superficial que se adhiere a la cara de una cosa.

Podemos subrayar también esa dimensión de exterioridad en las reglas del trato social y en sus correspondientes valores, al advertir que solamente rigen para los momentos en que estamos en compañía actual y efectiva. Cuando tras de mí cierro la puerta de mi cuarto, ya no tiene sentido aplicar a mi comportamiento juicios basados en esas reglas ni en sus valores. A solas, en el aislamiento de mi cuarto, ya no puedo ser decente ni indecente, decoroso ni indecoroso, conveniente ni inconveniente, cortés ni descortés. No ocurre, en cambio, así con los deberes morales que siguen gravitando siempre sobre mí y cuya voz se potencia cuando estoy en soledad, porque entonces es la hora más propicia para reflexionar sobre mi destino; porque los valores morales afectan a lo más entrañable de mi vida.

La diferencia entre Moral y reglas del trato social se nos hace patente también desde otro punto de vista, en la siguiente característica. Como quiera que las reglas del trato social rigen en círculos colectivos delimitados, y en su forma positiva se manifiestan en costumbres, tan solo obligan en tanto en cuanto se pertenece de hecho y de presente al círculo social de que son propias y en la medida en que el uso está vivo, esto es, en la medida en que el uso rige efectivamente. Así, por ejemplo, refiriéndome a las costumbres nacionales o locales, puedo decir que al salir de viaje las dejo en mi tierra y no me obligan; quedo libre de ellas; y, en cambio, debo someterme a las reglas del país que visito. Por el contrario, las normas morales gravitan sobre el individuo como tal individuo, en todo momento; y además su validez es por entero independiente de que los demás sujetos las cumplan o no (incluso cuando se trate de una norma moral que haya sido recibida por tradición).

Cuando, en el capítulo anterior, describía la norma moral contraponiéndola al sentido de la norma jurídica, subrayaba que la norma moral para que cree obligaciones concretas en un sujeto singular, es preciso que éste sujeto la haya reconocido como válida en su conciencia, que se sienta íntimamente adherido a ella, ligado por ella; en suma, explicaba que, sea cual fuere el origen de una norma moral, ésta, para crear obligaciones, necesita haberse convertido en autónoma, es decir, pertenecer sinceramente a la intimidad del sujeto. En cambio, las reglas del trato social piden de mí sola-

mente una conducta externa y no una adhesión íntima; y, por tanto, pretenden obligarme, sea cual fuere mi opinión, favorable o adversa a ellas. Implican una regulación que viene sólo desde fuera, la cual para su vigencia no requiere de un proceso de interiorización, de adhesión sincera o de leal reconocimiento. Como piden al sujeto tan solo algo debido externamente a los demás, no le reclaman íntima devoción; y pretenden perfecta obligatoriedad con entera independencia de la opinión de sus destinatarios. A ese estar fundadas exclusivamente, en una instancia externa, ajena por entero al sentir del individuo, se le llama *heteronomía.*

La caracterización diferencial entre Moral y reglas del trato podría compendiarse diciendo que la Moral es una valoración de la conducta del individuo, como tal individuo, en su auténtico ser peculiar e intransferible, en su vida plenamente responsable, en su radical intimidad y con referencia a su último destino; y que, en cambio, las reglas del trato constituyen una forma de vida colectiva. Precisamente por constituir un módulo *colectivo* de conducta tienen las reglas del trato los caracteres que he expuesto y que pueden ser resumidos como sigue:

1º Las reglas del trato no toman en cuenta al sujeto como individuo en su vida plenaria y propia, sino que lo consideran como sujeto funcionario de una colectividad, como miembro fungible de un círculo, es decir, como magnitud intercambiable, genérica, de un grupo. No se refieren a lo que el individuo hace como tal individuo, sino a aquello que hay en su vida de comunal, de mostrenco, de tópico, de cauce o sendero genérico, en su pertenencia a una esfera social.

2º Las normas del trato se refieren a la dimensión externa de los actos de un sujeto en consideración a los demás sujetos de un círculo social (amplio o reducido).

3º Las reglas positivas del trato rigen solamente en tanto en cuanto tienen una vigencia social efectiva, en tanto en cuanto constituyen un uso que se cumple por los más, o una convicción que está viva en los miembros del círculo colectivo.

4º Las reglas del trato social proceden de una instancia externa y su pretensión de obligatoriedad no está condicionada a la íntima adhesión sincera del sujeto; es decir, son heterónomas.

3. *Diferenciación entre las normas del trato y las normas jurídicas*

En el propósito de distinguir esencialmente entre Moral y reglas del trato parece que conseguí precisar con todo rigor la diferencia. Pero, resulta que con ello hemos llegado a un punto inquietante respecto del intento de diferenciar entre Derecho y reglas del trato social. Pues ocurre que todos los caracteres que he subrayado en las reglas del trato social para contraponerlas a la esencia de las normas morales, son, a la vez, notas peculiares de lo jurídico. Efectivamente, he mostrado cómo las reglas del trato constituyen una forma de vida *colectiva,* lo cual es también esencialmente peculiar del Derecho. Y como consecuencia del estudio diferencial de las normas del trato frente a lo moral, he hallado además las siguientes notas: la *exterioridad,* la *positividad* (esto es, su vigencia se apoya en la *facticidad,* es decir, sobre el hecho de que sean observadas como uso) y la *heteronomía.* Ahora bien, resulta que el carácter colectivo, y las notas de exterioridad, positividad y heteronomía son también esencialmente peculiares del Derecho. He aquí, pues, nuestro problema en una fase dramática: la coincidencia de las reglas del trato con las jurídicas en cuatro caracteres esenciales que son comunes a ambas. Pero, no se desanime el lector: puede seguir creyendo que a pesar de tales coincidencias media una radical diversidad entre las reglas del trato y el Derecho. Que media una diferencia esencial ha sido presentido o barruntado siempre; aunque de ordinario no se haya acertado a explicar con rigor y precisión en qué consiste esa diferencia. Es hora ya de que la Teoría del Derecho afine su análisis en punto tan básico como éste, pues de su feliz solución dependerá que se establezca en forma clara el concepto esencial de lo jurídico.

La producción jurídica contemporánea ha elaborado varias doctrinas para resolver este tema de la diferenciación esencial entre normas jurídicas y normas del trato.[20] Pero dado el carácter de este libro, que es a la vez de fundamentación radical y de iniciación, quiero ahorrar al lector—como lo hice también en los demás temas—la carga de un relato erudito sobre las múltiples teorías que se han ensayado; y así iré directamente al tema para abordarlo a la altura que conseguí por la superación de los varios pensamientos anteriores, en un trabajo especial que a este asunto he dedicado.[21]

La distinción entre reglas del trato y Derecho no puede referirse al origen efectivo de unas y otras normas; pues también hay

Derecho consuetudinario, el cual, aunque aparezca en forma de costumbre, es también auténtico Derecho.[22]

La diferencia entre reglas del trato y normas jurídicas tampoco puede referirse a una diversidad esencial de contenido entre unas y otras;[23] pues tanto el contenido del Derecho como el de las reglas del trato varía en el curso de la historia y en los diversos pueblos. Y, así, vemos que lo que ayer constituía materia de mera regulación por las reglas del trato social es hoy objeto de preceptos jurídicos taxativos; y, viceversa, observamos también que muchos aspectos de la conducta, que antes estuvieron sometidos a una normación jurídica, han quedado después relegados a simple ordenación por las reglas del trato. Así, por ejemplo, la etiqueta y la buena crianza en la mesa, en la mayor parte de los pueblos y épocas, ha sido y es materia regulada por las reglas usuales del trato; pero, en cambio, ocurría en un primitivo pueblo griego, que en los banquetes regios, el volver el pescado en la fuente era considerado como grave delito y sancionado con pena atroz. Y, así también, recordemos que el vestido y el tocado, que en su mayor parte pertenecen hoy solamente a las reglas del trato social, han sido a veces reglamentados jurídicamente—como en otro tiempo en la República de Venecia, según cuenta Montesquieu; también en algunos preceptos de la legislación mosaica de los hebreos, en el Derecho japonés, en el ordenamiento de Colonia de 1542, y en el Derecho turco de nuestro tiempo, que ha prohibido ciertos indumentos tradicionales obligando su sustitución por prendas occidentales—. Y no sólo se trata de una variación cronológica y según los diversos países, sino que, además, ocurre que en un mismo pueblo y momento, una materia cae en parte bajo las reglas del trato y en parte bajo el imperio jurídico; así, verbigracia, el traje, que en la mayoría de sus aspectos es determinado por las reglas del trato, en cambio constituye objeto de regulación jurídica en los militares y en los demás funcionarios a quienes se impone uniforme. Análogamente, el saludo ha sido y es en la mayor parte de las ocasiones y de los círculos sociales mera usanza de cortesía; pero, en cambio, dentro del ejército el saludo en determinada forma constituye un deber jurídico. Parejamente recordemos que la preferencia para ocupar los asientos en los vehículos públicos ha sido y es en general asunto de mera urbanidad y galantería; pero, después de la guerra de 1914-1918, en muchas ciudades se estableció jurídicamente por ordenanzas municipales la obligación de cederlos a los mutilados. Las fórmulas del estilo escrito en nuestras comunicaciones con los demás son, asimis-

mo, objeto de mera regla del trato; pero, en cambio, en las relaciones con la Administración Pública responden a normas jurídicas. Todos estos ejemplos—que podríamos multiplicar interminablemente—nos evidencian que no es posible establecer una diferencia esencial entre una materia propiamente jurídica y una materia propiamente del trato social. Y empezamos a barruntar que la diferencia esencial entre esos dos tipos de normas no puede en manera alguna proceder de su contenido, sino de la diversa forma como imperan unas y otras.

Tampoco puede sostenerse, como algunos lo han pretendido,[24] que las reglas del trato social constituyen nada más que invitaciones a comportarnos de determinada manera por parte de un círculo social; pues cuando alguien falta a una regla del decoro o de la cortesía no se considera que haya declinado una invitación, sino que se entiende que ha violado una norma que le obligaba. Las reglas del trato social tienen la pretensión de constituir auténticas normas; tienen pretensión normativa, y, por tanto, de determinar deberes. (Dejemos ahora a un lado el problema de la justificación o no justificación que a cada norma concreta de cortesía, etc., pueda corresponderle, según una apreciación crítica; y fijémonos en el sentido formal que dichas reglas tienen esencialmente.) Una norma que no fuese nada más que una invitación, que condicionase su pretensión de validez al puro albedrío del sujeto, es un concepto imposible, es un absurdo lógico; ya que tal condicionamiento es incompatible con el sentido de lo normativo. El sentido de lo normativo consiste en querer vincular la conducta del sujeto, en crear en éste un deber; por lo tanto, una supuesta norma que no imperase sobre el sujeto, que no determinase en él ningún deber, cuya validez quedase por entero subordinada a que el sujeto la aceptase en función de su puro albedrío, no sería propiamente una norma. Por consiguiente, no es posible obtener la diferenciación entre normas jurídicas y reglas del trato asignando a estas últimas el carácter de pura invitación; pues, según he mostrado, cuando en un círculo social alguien deja de comportarse según lo requiere el uso, los demás miembros no consideran que rechazó una invitación, sino que infringió un deber.

Algunos han señalado[25] como diferencia entre el Derecho y las reglas del trato, el que mientras que el primero cuenta con órganos para imponerse, los segundos no los tienen; es decir, que las reglas del trato social carecen de un aparato organizado de coacción que actúe sobre los sujetos imponiéndose y exigiendo responsabilidades.

En el fondo de este ensayo de distinción, tal vez apunta muy en lontananza una idea certera, aunque confusa y equivocadamente concebida. Pero formulada simplemente de ese modo, dicha distinción es muy tosca y es formalmente errónea: no pasa de una observación a ojo de buen cubero, que, a lo sumo, puede mostrar aproximadamente cómo es una gran parte de las normas del trato en contraposición a las normas jurídicas de una sociedad civilizada; pero de ninguna manera ofrece una delimitación esencial. En efecto, para que el Derecho sea Derecho, no precisa que cuente con órganos judiciales y ejecutivos que estén rigorosamente diferenciados en la división social del trabajo, que es lo que ocurre en los modernos Estados constitucionales de los pueblos civilizados de Occidente. Pues en las ordenaciones jurídicas primitivas no siempre existen esos órganos, y en ellas ocurre que es el mismo ofendido quien asume la reacción coercitiva del Derecho en contra del ofensor: así sucede en la venganza privada como institución jurídica en muchos pueblos primitivos; y así también, en el apresamiento del deudor por el acreedor para que trabaje a beneficio de éste hasta la extinción del débito. Y, viceversa, podemos registrar en algunos casos, que ciertas reglas del trato social cuentan con órganos para imponer al transgresor de ellas determinadas sanciones de censura o de exclusión, cual, verbigracia, sucede con los tribunales de honor, que se limitan a declarar una incompatibilidad sin efectos jurídicos.

Ahora bien, es preciso llegar a comprender bien el sentido esencial de la norma jurídica—tanto si cuenta con órganos diferenciados para su aplicación, como si carece de ellos—frente al sentido enteramente diverso que late en las reglas del trato social—aunque en algún caso tengan órganos de fisonomía parecida a los jurídicos—. Por esta vía han trabajado algunos autores contemporáneos, subrayando que en el Derecho la aplicación de la sanción constituye un elemento esencialmente integrante de la norma jurídica, mientras que las sanciones que siguen a la infracción de las reglas del trato representan sólo reacciones de hecho de parte del círculo ofendido.[26] Pero, aunque tales ensayos se han aproximado más que los anteriores a la diferenciación entre los dos tipos de normas, sin embargo, hay que considerarlos también fracasados, pues no han acertado a llegar a la entraña del tema, y no han conseguido apresar mentalmente lo esencial de la distinción.

La diferencia esencial entre las reglas del trato social y las normas jurídicas, según yo la entiendo, consiste en una diferencia fundamental entre la forma de imperio de unas y otras y, consi-

guientemente, también en una diferencia entre el tipo de sanción de una y otras. Las reglas del trato social tienen la pretensión de normas, es decir, pretenden validez normativa, constituyen mandatos para sus sujetos. Además, el incumplimiento de las reglas del trato social desencadena una sanción de reprobación social o de exclusión de un determinado círculo colectivo, sanción que puede resultar gravísima para el sujeto, y cuyo temor suele ejercer un vigoroso influjo—hasta el punto de que, en algunos casos, sea incluso más fuerte que el de la amenaza de las sanciones jurídicas. (Hay quien viola un deber jurídico, para cumplir una regla del trato, por miedo al "qué dirán" del círculo social a que pertenece—de lo cual había antes ejemplos en el caso del duelo.) Ahora bien, esa sanción por el incumplimiento de las reglas del trato social es sólo expresiva de una censura—que puede llegar hasta excluir del círculo social correspondiente al infractor—; pero no es jamás la imposición forzada de la observancia de la norma. Los efectos de esa sanción de las reglas del trato podrán resultar para el sujeto todo lo terribles que se quiera; pero esa sanción nunca consiste en imponer la conducta debida de un modo forzado al sujeto. La sanción de las reglas del trato puede incluso estar contenida previamente en la norma—que es lo que no acertó a ver Max Weber—, cual sucede en los llamados códigos del honor; pero esa sanción no consiste en forzar inevitablemente al cumplimiento de lo que la regla manda. Por el contrario, según ya expliqué en el capítulo anterior, lo esencialmente característico del Derecho es la posibilidad de imponer forzosamente, de modo inexorable, irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de una sucedánea prevista en la misma norma (o de evitar a todo trance el comportamiento prohibido, o de imponer como equivalente otra conducta). La sanción jurídica como *ejecución forzada* de la conducta prescrita—lo cual constituye la forma primaria y normal de la inexorabilidad del Derecho—es una nota esencial de lo jurídico; y, por el contrario, la ausencia de esta forma de sanción consistente en forzar al cumplimiento, es lo que caracteriza esencialmente a las reglas del trato social, como diferencia de éstas frente a las jurídicas. Y no se diga que en la vida jurídica no siempre es posible imponer forzadamente el cumplimiento de la conducta debida y que lo que ocurre es que se impone, o bien otro comportamiento, o bien una sanción punitiva; porque a esto he de contestar que la indemnización y la pena no son las expresiones primarias de la inexorabilidad del Derecho, sino manifestaciones substitutas, para el caso de que la forma primaria (que es la

ejecución forzada, se haya hecho imposible de hecho. Aunque desde luego también en estas formas secundarias se hace patente la misma esencial inexorabilidad del Derecho. Efectivamente, la manifestación primaria, exacta, natural del sentido autárquico o inexorable del Derecho consiste en que cuando el sujeto no cumpla espontáneamente el precepto, se le impone violentamente la ejecución de lo debido o se le impide también, por la fuerza, la realización de lo prohibido. Cuando por limitaciones de la realidad no es posible forzar a un sujeto a realizar actos personalísimos, que sólo resultan practicables por voluntad, entonces la misma norma jurídica preve la imposición de un comportamiento compensador, que pueda ser realizado por presión externa irresistible, *v. g.* la ejecución en el patrimonio para satisfacer una indemnización de daños y perjuicios. Y en el caso en que se haya cometido una conducta antijurídica con algún efecto irremediable (de ofensa o alarma social), entonces se impone una pena como retribución inexorable—como un pagar de otro modo lo que no se quiso cumplir—. [Es preciso aclarar que la pena tiene siempre, necesaria y esencialmente, un sentido de retribución, lo cual es por entero independiente del motivo o fundamento de la pena (que bien puede ser sólo la defensa social) y de las funciones que además se atribuyan a la pena (que bien puede ser la corrección del delincuente). El fundamento de la pena será la defensa social; pero a la sociedad puede defendérsela de múltiples maneras—*v. g.*, también por procedimientos educativos, por prosperidad económica, etc.—; y mediante normas de Derecho penal; ahora bien, cuando el medio de defensa que se adopta es este último, a saber, el Derecho penal, entonces se emplea algo—la pena—que tiene, quiérase o no, un sentido retributivo. No hay que confundir el sentido retributivo, que es pago objetivo, compensación, con el sentido expiatorio—que tan sólo puede darse en lo moral—. De otra parte, no hay inconveniente, antes bien es plausible progreso, en procurar que la pena sea de tal naturaleza que obre como correccional, como reeducadora del delincuente; pero tal cosa—muy deseable—en nada destruye el sentido esencialmente retributivo de la pena jurídica. Pena sin sentido retributivo sería un cuadrado redondo, una flagrante contradicción. Podrá hablarse de substitutivos penales, pero es un absurdo suponer que si hay pena no hay un sentido de retribución.]

La regla del trato social manda una determinada conducta; la inobservancia de ella puede ser sancionada con censuras, reprobaciones y exclusiones (que tal vez lleguen a ser dolorosísimas); pero

esa sanción no consiste nunca en la imposición forzada de la conducta debida, ni tiene tampoco el sentido de una inexorable retribución—de un pagar de otro modo lo que no se quiso cumplir—, sino que constituye un simple reaccionar reprobatorio o excluyente, por parte del círculo colectivo en que rige la regla, contra el miembro infractor de ésta. De la norma del trato social está esencialmente excluída la imposición inexorable; porque en el momento en que se diese tal dimensión, cesaría de ser pura regla del trato social y se transformaría en precepto jurídico. O dicho de otra manera: la norma del mero uso social manda o impera; pero su modo formal de imperio es esencialmente diverso del modo formal de imperio que es característico del Derecho; pues la norma del trato social se detiene ante el albedrío del sujeto, que es quien decide sobre su cumplimiento o inobservancia, que siempre son libres para él; en tanto que, por el contrario, la norma jurídica, a virtud de su inexorabilidad, no se detiene ante el albedrío del sujeto, sino que trata de anularlo en caso en que éste intente sustraerse al precepto; y trata de anularlo por todos los medios, a todo trance, físicamente. El Derecho esencialmente quiere aniquilar la voluntad adversa a él. Por el contrario, las reglas del trato social, aunque de ellas se deriven sanciones para el caso de incumplimiento, no anulan la voluntad del sujeto. Frente a los usos sociales, puedo colocarme en actitud de rebeldía y mantener esa rebeldía, sin que dichas reglas puedan anular mi querer hostil a ellas: vengan sanciones y más sanciones, que, si estoy dispuesto a soportarlas, seguiré infringiendo el uso tantas cuantas veces quiera; lo cual, por el contrario, es imposible respecto de una norma jurídica.

Contémplese ahora, a la luz de algunos ejemplos, lo que he expuesto. Quien quebrantando las normas del trato social deja de acudir a la cita de un compañero, será objeto de una censura o reprobación por éste y aún por todo el círculo social al que ambos pertenezcan, e incluso podrá llegar a ser excluído del mismo; en cambio, quien recibe de una autoridad jurídica competente la orden de presentarse ante ella, y no lo hace, será conducido por la fuerza. Si una persona no paga una deuda de juego será infamada en determinado círculo social, pero de ninguna manera podrá ser forzada ejecutivamente a pagar; mientras que, por el contrario, quien no pague la deuda dimanante de un contrato jurídico, será en definitiva ejecutado en su patrimonio. Quien no cumpla las normas usuales del saludo será censurado—o hasta excluído de las relaciones sociales correspondientes—pero no forzado a salu-

dar; en tanto que, por el contrario, el soldado que quebrante la ordenanza militar del saludo, será forzado a saludar y sufrirá una sanción retributiva. Y así sería posible ir poniendo un sinnúmero de ejemplos, en todos los cuales se destaca la diferencia que he expuesto.

Resulta, pues, que aquí, al considerar la diferencia entre normas del trato social y normas jurídicas, hemos encontrado de nuevo la dimensión de *imposición inexorable* como característica esencial del Derecho, dimensión con la que habíamos ya trabado contacto cuando expliqué la distinción entre éste y la Moral. Resulta, pues, que caracteriza a lo jurídico una forma especial de imperio, que le es privativa, el imperio inexorable, la pretensión formal de imponerse a todo trance.

4. *El problema del Derecho consuetudinario*

Acaso pudiera alguien creer a primera vista que la existencia de Derecho consuetudinario, esto es, de costumbres jurídicas, suscita alguna dificultad respecto de la diferencia entre el mismo y las reglas del trato social, por el hecho de que, al igual de lo que es corriente en éstas, se manifiesta a través de formas usuales de comportamiento colectivo. Pero, en verdad, no hay dificultad ninguna, porque el Derecho consuetudinario es tan Derecho como el legislado: tiene exactamente el mismo sentido esencial que éste. El hecho de que una norma se manifieste a través del uso, nada dice todavía sobre la peculiar índole de ésta. Ya vimos que en los pueblos primitivos se da una costumbre indeferenciada que incluye sentidos múltiples (religioso, moral, del trato social, jurídico, técnico, etc.); vimos también que a través del uso pueden revelarse formas de vida humana de tipos esencialmente diversos (intelectuales, técnicas, morales, jurídicas y del trato social). La norma jurídica constituída por la costumbre tiene idéntico sentido que la establecida en la ley; tiene igual estructura lógica, idéntica pretensión formal de validez, igual tipo de imperio inexorable. Por otra parte, hay reglas del trato social reducidas a forma escrita y codificada (por ejemplo, las llamadas leyes de los lances de honor, los breviarios de como debe uno comportarse en sociedad, etc.); y, sin embargo, tales reglas no cambian de naturaleza por el hecho de haberse formulado por escrito y en forma de artículos; y siguen siendo puras normas del trato—y de ninguna manera Derecho—, porque carecen de la impositividad inexorable.

5. *Relación dinámica entre el Derecho y las reglas del trato social en la historia*

Cuando expuse la imposibilidad de derivar la diferencia entre Derecho y reglas del trato de una necesaria diversidad de contenido, entre el primero y las segundas, hice notar que la materia jurídica y la materia del decoro, de la cortesía, etc., estaban sometidas a un trasiego en ambas direcciones: que lo que hoy es regido por el Derecho, ayer era asunto solamente de decencia o de urbanidad; y que lo que ayer constituía precepto jurídico pasó después a mera regla del trato. Podemos, por tanto, registrar la observación que entre el contenido de unas y otras normas se produce un desplazamiento múltiple y en ambas direcciones.

Pero hay que advertir, además, que en esa delimitación movible entre ambas regulaciones, no se encuentran las dos situadas al mismo nivel de poder, sino que, por el contrario, le corresponde la primacía al Derecho. Precisamente porque el Derecho tiene la nota de imposición coercitiva, es quien determina la delimitación de contenido, esto es, es quien decide las materias que van a ser objeto de regulación jurídica y aquellas otras que por exclusión quedarán confiadas a una mera regla del trato. El Derecho puede restringir la esfera de las normas del trato, anular impositivamente éstos o aquellos usos. Así, ocurre que los usos del trato social tan sólo pueden avecindarse en los espacios que el Derecho les deja libres. Y hay veces que el Derecho emprende una lucha contra determinados usos del trato social. Precisamente una de las funciones que Stuart Mill atribuía a la garantía jurídica de la libertad era la de defender eficazmente al individuo no sólo de indebidas intromisiones del Estado, sino también de defenderlo contra la abusiva presión de usos sociales del trato, restringiendo la esfera de éstos.

Por fin hay que advertir también que, a veces, el Derecho recoge, en determinados casos, algunas normas del trato social y las convierte en normas jurídicas para determinadas personas que se hallen en determinada situación. Así por ejemplo, en ciertos casos, la ley de Derecho transforma en norma jurídica una regla de decoro, de pudor, de compostura, de decencia, etc.; y recoge en su seno lo que manden las buenas costumbres, lo que determine el pudor, lo que establezca el decoro, lo que exija la correcta compostura. Y, así, se prohibe por el Derecho aquello que ofende a las buenas costumbres, y los atentados al pudor, y el comportamiento indecoroso en una sala de administración, de justicia o en un aula

o en el Parlamento. (Así, por ejemplo, el Reglamento de las Cortes españolas de 1812 determinaba que en las sesiones los diputados debían guardar compostura.) Ahora bien, la norma jurídica no define qué es lo que entiende por buenas costumbres, decoro, decencia, pudor, compostura, sino que remite a lo que dispongan los usos sociales que estén vigentes sobre estas formas.

CAPITULO V

MANDATOS JURIDICOS Y MANDATOS ARBITRARIOS (DERECHO Y ARBITRARIEDAD)

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que el Derecho es esencialmente una forma de vida humana objetivada, de carácter social, con pretensión normativa, referente a la exterioridad de la convivencia y de la cooperación colectiva, y con mando de imposición inexorable. Con esto, hemos conseguido no poco para la caracterización esencial de lo jurídico. Pero no hemos llegado todavía a agotar este tema, pues nos falta establecer otra diferenciación de lo jurídico frente a una diversa forma de mando (el mando arbitrario), con la cual podría acaso ser confundido; y, además, nos falta también esclarecer cuál es el sentido funcional del Derecho en la vida humana, es decir, cuál es la típica motivación radical a virtud de la cual los hombres fabrican Derecho en su vida.

Veamos, primero, qué es eso que suele llamarse mandato arbitrario y en qué se diferencia de lo jurídico. Ocurre que a veces nos hallamos ante mandatos que van provistos de una fuerza de imposición irresistible, y a los cuales negamos carácter jurídico y llamados *arbitrarios*. ¿En qué se funda tal calificación de arbitrariedad? Y consiguientemente, ¿cuál es la nota que diferencia una orden jurídica de una orden arbitraria? He aquí el tema que voy a desarrollar a continuación.

Adviértase, ante todo, que cuando se habla de arbitrariedad frente al Derecho, se entiende que es algo negatorio de éste, algo que se le contrapone radicalmente. Pero adviértase también que la calificación arbitrario no se aplica a todos los actos que son contrarios al Derecho, sino solamente a aquellos actos que proceden de quien dispone del supremo poder social efectivo y que se entienden como antijurídicos; es decir, a los actos antijurídicos dictados por los poderes públicos, con carácter inapelable. Los actos antijurídicos de los particulares y también los de los órganos subalternos del poder público y todos aquellos susceptibles de apelación, son califi-

cados—según los casos—de ilegalidad civil, de falta, de delito, de contravención administrativa—pero de ninguna manera de arbitrariedad en el sentido rigoroso de la palabra—; y son sancionables y rectificables por instancias superiores. Parece que, en sentido estricto, se llama arbitrarios a los mandatos antijurídicos (y con irresistible fuerza impositiva) e inapelables, dictados por órganos del poder público; y que, en cambio, propiamente, los actos antijurídicos de los poderes públicos, que son rectificables y sancionables por otra instancia superior de éstos, merecen en puridad la calificación de *ilegales* (en el orden civil, administrativo, penal, etc.)

Hablamos para calificar la arbitrariedad de que ésta constituye un mandato antijurídico, dictado por un poder público irresistible. Ahora bien, ¿en qué se apoya esa calificación de antijuridicidad? Urge no confundir este juicio de antijuridicidad con la censura de injusticia—craso error en que han incurrido algunos autores—. Arbitrario no significa lo mismo que injusto. La calificación de justicia o de injusticia se predica de los contenidos de un precepto; constituye un juicio estimativo (a la luz de unos valores) sobre lo que el precepto dispone. Por el contrario, la calificación de arbitrariedad no se refiere al acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de un precepto, sino a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico. Un mandato arbitrario es algo que no sólo no constituye Derecho, sino que además representa su radical negación—la negación de la esencia de lo jurídico, pura y simplemente—. Dentro de la noción esencial del Derecho, dentro de su concepto universal, formal, caben lo mismo las normas justas, las menos justas, y también las injustas, si en ellas concurren todas las notas formales de la juridicidad. Aún cuando el Derecho debe realizar la justicia, aún cuando es esencial a él que se refiera intencionalmente a unos valores, aún cuando sólo a la luz de estos valores queda justificado, sin embargo, para que un precepto o un mandato merezca la calificación de jurídico, no precisa que haya logrado positivamente la realización de ese ideal; basta con que, implicando un sentido intencional de justicia (esto es, una aspiración a plasmar los valores pertinentes) posea las notas formales características de lo jurídico, conjunto de notas—juridicidad—que es el único medio o vehículo en el que se pueden realizar los valores jurídicos. Los temas jurídicos—en tanto que tales—sólo pueden realizarse en forma jurídica, en normas jurídicas; ahora bien, es posible que haya normas jurídicas frustradas, es decir, que no hayan conseguido plasmar los valores a que aspiraban. Y, así, cabe

que haya Derecho logrado, esto es, Derecho justo y Derecho malogrado, esto es, Derecho injusto, pero Derecho al fin y al cabo (aunque fracasado a la luz de los valores), en cuanto se distingue de aquello que no lo es, es decir, en cuanto se diferencia de otros imperativos no jurídicos (entre los cuales figuran los mandatos arbitrarios). Lo arbitrario no es una calificación estimativa dentro del mundo de lo jurídico, sino algo que denota un poder ajeno y contrario al Derecho. Las normas que sean jurídicas podrán ser mejores o peores, acertadas o extraviadas, justas o injustas, pero, en fin de cuentas, Derecho, en cuanto posean los ingredientes esenciales de lo jurídico. Por el contrario, la arbitrariedad es algo que formalmente está extramuros del Derecho y que lo niega rotundamente: es la negación de la esencia formal de lo jurídico.

Pero ¿en qué consiste esa negación de la esencia de lo jurídico? Al entrever que se trata no de una calificación sobre el contenido —de aquello que se manda—, sino de una caracterización formal, hubo quien se inclinó a definir lo jurídico como lo legítimo (como lo procedente de la autoridad positiva legítima, consagrada por el Derecho), frente a lo arbitrario que se definiría como lo ilegítimo, es decir, como lo dimanante de un poder ilegítimo, del usurpador que se apodera del mando por un golpe de Estado o por una revolución. Pero no sirve este criterio formal del origen. Porque es un dato innegable que una revolución o un golpe de Estado triunfantes pueden determinar la caducidad del Derecho anterior y la creación de un nuevo orden jurídico—siempre y cuando en la nueva regulación que nace concurran los caracteres esenciales de la forma jurídica y logre asentimiento en la comunidad—. Que esto es así resulta un dato innegable, aunque la explicación de ello constituya uno de los más intrincados problemas de la Filosofía Jurídica.[27] Ahora bien, siendo así, no es posible vincular lo jurídico a la legalidad formal de su primitivo origen, y llamar arbitrario a toda norma que en su orto careciese de tal carácter de legitimidad formal. Adviértase que si se pretendiese establecer este criterio, se habría de concluir que no hay actualmente, en todo el mundo, ordenamiento jurídico alguno, pues en la historia de ninguna nación faltan revoluciones y golpes de Estado que hayan roto la continuidad del Derecho. El criterio formal de distinción entre mandatos jurídicos y mandatos arbitrarios no puede residir en la legitimidad o ilegitimidad inicial de origen.[28]

En general, la Filosofía Jurídica de nuestro tiempo ha aceptado como distinción esencial entre el mando jurídico y el mando arbi-

trario la doctrina elaborada por Stammler. Siguiendo esta inspiración—aunque dándole algunos matices de mayor precisión—puede decirse que a lo jurídico es esencial la nota de *regularidad inviolable;* mientras que por el contrario, el mandato arbitrario se presenta como una *irregularidad caprichosa.* Esta doctrina se ha fraguado al calor del comentario sobre un caso que se registra en la historia prusiana de tiempos de Federico II. Se trata del hecho siguiente: un molinero en Postdam poseía un predio en la parte baja de una ladera, que recibía una corriente de agua que antes atravesaba un predio vecino. El propietario de éste, por móviles de enemistad exclusivamente y sin ningún beneficio para sí, desvió la corriente de aguas de manera que ya no entrase en la finca del molinero. Este demandó a su vecino por tal hecho; mas no estando prevenido el abuso del derecho en las normas vigentes a la sazón en Prusia, el juez desestimó su demanda. Acudió en apelación el pobre molinero ante el Tribunal Superior; pero éste confirmó la sentencia recurrida. Como este asunto era para el molinero algo de vida o muerte, fué a contarle sus cuitas al monarca Federico II, quien, al enterarse del caso y considerando injusta la resolución dictada, la revocó por mandato personal y además castigó a los jueces que la habían dictado a unos meses de arresto en un castillo. No cabe duda de que la orden dada por Federico II tenía un contenido más justo que el de la sentencia de los tribunales; y además es obvio que Federico II era el monarca legítimo; y, sin embargo, esa orden que dictó era la arbitraria. ¿Por qué? Porque, si bien Federico II, a fuer de monarca absoluto, tenía facultades para abrogar una ley y dictar otra en su lugar, en cambio lo que no podía hacer jurídicamente era violar una ley vigente—que no derogó—y aplicar a un caso singular su antojo—por muy justo que fuese en dicho caso concreto—y todavía menos sancionar a los magistrados que habían cumplido fielmente lo que era Derecho vigente. La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior y la sustituya. El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general—aplicable a todos los casos análogos—sino que responda a un simple *porque sí,* porque me da la gana, en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos de una manera regular, que tienen validez para todos

los casos parejos que se presenten. Es precisamente característica esencial de la norma jurídica el ligar necesariamente al mismo poder que la dictó—se entiende, mientras éste no la derogue con carácter general, en uso de una competencia de igual rango que aquella que había dictado la norma anterior—. El poder jurídico está ligado por las normas vigentes; y sólo obra jurídicamente en la medida en que se acomode a ellas y dentro de las facultades que las mismas le conceden. Es pues característico del Derecho el constituir una ordenación regular, inviolable, estable (en tanto no sea derogada) que, mientras rige, ata por igual al súbdito y al poder. Por el contrario, el mandato arbitrario consiste en actos de fuerza, que no se fundan en ningún criterio previo general, sino que obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder; se caracteriza por situarse por encima de toda norma, haciendo prevalecer sobre ella un capricho, esto es, algo no reductible a criterio fijo.

Advertimos que la arbitrariedad referida a estos casos de mandatos públicos tiene el mismo sentido que cuando se aplica habitualmente esta palabra, en el lenguaje cotidiano, a otras situaciones: se dice de alguien que es arbitrario, cuando no sigue en su obrar ninguna regla—ni acertada, ni errónea—; cuando no sabemos a qué atenernos respecto de él; se llama arbitrario a un pensamiento, cuando no sólo es erróneo sino que no tiene fundamento ninguno; y, así, sucesivamente, siempre late en el concepto de lo arbitrario el señalar la ausencia de regla, la carencia de criterio fijo, lo caprichoso, lo antojadizo.

Urge no confundir el mandato arbitrario con la resolución discrecional—de la que tan abundantes ejemplos hay en la vida del Derecho—. En lo arbitrario se da un puro capricho, que no responde a ninguna regla ni principio general. Por el contrario, el poder discrecional de muchos órganos del Derecho—jueces, gobernadores, etc.—está sometido a normas tan inviolables como las reglas taxativamente determinadas. Lo que ocurre es que algunas veces las normas jurídicas formuladas—ley, reglamento, costumbre, etc.—en atención a la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones, en lugar de prever taxativa y minuciosamente la solución que se debe dar a cada tipo de casos, confía a una autoridad la misión de que ante cada situación conjugue con los elementos de ésta unos principios generales, y de esa manera obtenga la solución adecuada. Así, en los casos de facultades discrecionales, el poder no tiene prefijada su decisión en un previo

precepto detallado, sino que ante cada una de las situaciones sometidas a su jurisdicción, debe determinar el precepto más justo y adecuado; pero debe hacerlo, de ninguna manera por capricho singular, antes bien ateniéndose a directrices y a criterios objetivos, que son los mismos que deben ser aplicados a todos los demás casos análogos que se presenten.—Obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse por principios generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto, y sacar las consecuencias.—Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el *recurso contencioso-administrativo por desviación de poder,* es decir, el recurso contra la Administración pública por un acto de la misma en el cual, aun cuando no se haya infringido ninguna ley ni reglamento y haya obrado la Administración en el ejercicio de sus facultades discrecionales, lo ha hecho de modo que contradijo la finalidad para la cual se le otorgaron tales facultades discrecionales.

Si bien en algún caso concreto es posible que el contenido de un mandato arbitrario parezca justo y acertado—y aún más justo que el que se derivaría del Derecho vigente—no obstante, hay que reconocer que la arbitrariedad, tan sólo por ser tal, resulta la plaga mayor que pueda sufrir la sociedad. Porque, aun en el caso de que el mandato arbitrario se guiase por una buena intención, destruye el elemento esencial de la vida jurídica, la fijeza, la inviolabilidad de las normas, en suma, la seguridad.

CAPITULO VI

LA SEGURIDAD COMO MOTIVACION RADICAL DE LO JURIDICO

A la luz del tema examinado en el capítulo anterior despunta ya cuál sea la motivación radical de lo jurídico, es decir, su primera raíz vital (el por qué y para qué los hombres elaboran Derecho). Cierto que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de justicia; cierto que el Derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el Derecho no surge primeramente como mero ejercicio de devoción a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad.

Si nos preguntamos ¿por qué y para qué los hombres establecen el Derecho? y si para ello tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el orto del Derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber, de la *seguridad* de la vida social.

Efectivamente, si bien la justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan como presupuesto por ella, sino en un valor subordinado—la seguridad—correspondiente a una necesidad humana.

Se puede exponer esa función de seguridad que en el Derecho

encarna, por vía de comparación con la función de seguridad que la técnica desempeña en otro orden de cosas. El hombre primitivo se siente aterrado ante el espectáculo de la naturaleza; presencia un conjunto de hechos en tumultuosa sucesión, cuyo secreto ignora; y esto le obliga a vivir extravasado, pendiente del contorno, en constante alerta, poseído de un miedo pánico. Y siente una necesidad de dominar la naturaleza, de saber a qué atenerse respecto de ella, a cuyo impulso elabora la técnica (propiamente como tal, o como magia) para crearse un margen de holgura o de relativa seguridad en el cosmos. Pero el hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe hacer frente a ellos; y precisa no sólo saber a que atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que ésto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de *certeza* sobre las relaciones sociales, pero además de la *seguridad* de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada. Precisa saber qué es lo que ocurrirá con el ganado que apacentaba o con el árbol que cultivaba, cuando esté durmiendo o se ausente; qué es lo que pasará con su compañera, cuando él no se halle a su lado; en suma, tiene la necesidad de saber qué podrán hacer los demás respecto de él, y qué es lo que él puede hacer respecto de los demás; y no sólo esto, sino que también precisa tener la seguridad de que esto será cumplido necesariamente, garantizado, defendido de modo eficaz. Y el Derecho surge como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás—*certeza*—; pero no sólo certeza teorética (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, *seguridad:* saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente. El Derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable), norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el Derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana.

Ahora bien, claro es que los hombres precisan hacer múltiples cosas, en tanto que individuos—para lo cual requieren garantías de libertad, de holgura, de franquía—y en tanto que miembros de

la sociedad, para lo cual precisan de solidaridad, de ayuda. Entre esos múltiples quehaceres individuales y sociales que se proponen los hombres, hay algunos que son reputados por éstos como más urgentes, como más necesarios, como más indispensables; y la conducta relativa a éstos es la que más les interesa establecer de modo *cierto* y *asegurar* de manera efectiva, es decir, hacerla contenido del Derecho. El Derecho es seguridad; pero, ¿seguridad en qué?; pues en aquello que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. De aquí que el contenido del Derecho varíe según los pueblos y en el proceso de la historia. Pero en todo momento, fuese cual fuera el contenido, el Derecho constituye una función de seguridad, de orden cierto y eficaz.

Los valores superiores que deben inspirar al Derecho se refieren a los fines que mediante él deban ser cumplidos; y claro es que, según dije ya, un ordenamiento jurídico no estará justificado, no será justo, sino en la medida en que cumpla los valores que deben servirle de orientación. Pero lo jurídico del Derecho no radica en esos valores, sino en la forma de su realización a través de él. O dicho con otras palabras: lo jurídico no es un fin, sino un especial medio puesto al servicio de la realización de fines varios. Hay fines sociales, que en principio bien pudieran ser perseguidos por medios ajenos a lo jurídico: educación, apostolado, propaganda, iniciativa individual, organización social, etc. Ahora bien, cuando a una colectividad le interesa *asegurar* de la manera más firme la realización de determinados fines, entonces los recoge en normas jurídicas, esto es, impone su cumplimiento de manera inexorable, por ejecución forzosa. Así, siempre la función del Derecho es seguridad, aseguración; lo mismo en un régimen tradicionalista, que en un régimen revolucionario; pues, tanto en un caso como en otro, se trata de asegurar la realización de determinadas tareas, bien que éstas sean radicalmente diversas en uno y otro caso.

Lo que acabo de exponer no implica de ninguna manera que crea en la indiferencia de los fines. En modo alguno. Desde el punto de vista de la valoración, de la Estimativa Jurídica, se deberá distinguir entre fines malos y fines buenos; y aún no todos los fines buenos podrán ser perseguidos jurídicamente, pues hay muchos valores—por ejemplo, los morales puros—cuya realización no es lícito promover mediante el Derecho, ni tiene sentido que así se pretenda. De suerte que en la Estimativa Jurídica (esto es, en la Teoría de la valoración jurídica, de los ideales del Derecho) se deter-

minará las directrices que deben orientar al Derecho, los criterios para su perfeccionamiento y para su reelaboración progresiva; se esclarecerá cuáles son los supremos valores que deben ser plasmados en el Derecho; y se establecerá qué es lo que puede justificadamente entrar en el contenido del Derecho y qué es lo que no puede lícitamente constituir objeto de normas jurídicas (p. e., el pensamiento religioso y el científico, frente al cual el Derecho no debe sino garantizar su libertad, pero de ninguna manera regularlo taxativamente; p. e., tampoco la pura moralidad, que en modo alguno puede ser impuesta por el Derecho, etc.). Y la Estimativa Jurídica deberá, asimismo, determinar en qué casos y bajo qué condiciones pueden determinados fines ingresar en la normación jurídica, y a qué límites deben hallarse sometidos. Pero de todos esos problemas me ocuparé en otra parte de este libro. Los he traído aquí a colación, sólo para prevenir el error de que pudiese creerse que la afirmación de que el Derecho es nada más que un *medio* o *forma* de realización de muy variados fines significara una indiferencia respecto de los fines, un puro relativismo de tono escéptico y reñido con todo criterio axiológico; pero ya he advertido que de ninguna manera es así, y cuando desarrolle la doctrina de la Estimativa Jurídica se verá cómo toda esta materia está sujeta a juicio de valor. Aquí, lo que importa, en este momento de la exposición, es mostrar con toda claridad que la juridicidad, lo jurídico, no es expresión de determinados fines, sino sólo de una especial manera o forma de realización de fines sociales. Ahora bien, claro es, que a la luz de la Estimativa no será indiferente el problema de cuáles sean los fines sociales que puedan y deban ser perseguidos *jurídicamente;* ya que no todos los fines sociales podrán lícitamente ingresar en el mundo del Derecho; y, en cambio, los hay que deberán necesariamente ser objeto de regulación jurídica; mientras que respecto a otros muchos, según las circunstancias, será conveniente o no será conveniente que se articulen jurídicamente.

Lo que importa aquí es, como decía, mostrar que hay una serie de fines cuya consecución puede intentarse por varios medios, uno de los cuales es la regulación jurídica, pero no el único. De suerte que lo *jurídico* no consiste en este o en aquel contenido, sino en la forma de normación impositiva e inexorable que pueden adoptar los más diversos contenidos sociales. Así, por ejemplo, la tarea social de socorro o ayuda a los necesitados ha sido muchas veces confiada a la libre iniciativa de la generosidad individual; otras veces, a puras organizaciones sociales (no oficiales) de asistencia;

pero cuando la colectividad (representada en su supremo órgano, en el Estado) ha considerado como de todo punto necesario el *asegurar* la plenaria realización de este fin, entonces ha convertido la asistencia social en una institución jurídica, la ha sujetado a normas de imposición inexorable (para los funcionarios que se encargan de ella, y para quienes deben forzosamente aportar una contribución). Así también; la función de la enseñanza ha sido confiada en algunas épocas a la iniciativa particular, a instituciones sociales libres (es decir, no jurídicas); pero cuando el Estado ha estimado que la colectividad precisaba que se asegurase en forma irrefragable el cumplimiento de esta tarea y que ésta se efectuase sobre determinadas bases (p. e., sobre la base del fundamentalísimo principio de la libertad de pensamiento, etc.) entonces ha organizado jurídicamente la función pedagógica. Así también, ha habido épocas en las cuales se ha estimado que el bienestar de las gentes era asunto que éstas debían realizar a virtud de la acción individual y de la acción espontánea de los entes sociales libres, pero de ninguna manera como tarea del Estado; y que al Estado no le competía nada más que garantizar la libertad y la justa aplicación de ella; y de tal suerte, en algún matiz del liberalismo, se decía que del gobierno no se ha de pedir que haga la felicidad de los ciudadanos (que es asunto propio de ellos), sino tan sólo que sea justo y respete la libertad; pero, en cambio, después se abre camino en la sociedad la convicción (que ya en otros tiempos existiera también) de que al Estado compete la misión de realizar en la mayor cuantía posible el bien común de sus miembros, y que, por tanto, debe intervenir en la regulación de la economía y en la realización de una serie de finalidades de bienestar, porque es preciso *asegurar* el cumplimiento de dichas tareas, las cuales entonces quedan *jurificadas,* es decir, pasan a ser articuladas en normás jurídicas. Así también, obsérvese que, en otros tiempos, se consideró que era necesario para la sociedad *asegurar impositivamente* la vida religiosa (lo cual es un máximo error y una monstruosa aberración, pues la religión sólo puede fundarse en la libre adhesión, en la sincera convicción) o también una doctrina científica (lo cual es tan error como lo anterior y es además una estolidez), y se convirtió tales funciones en algo jurídico, se las sometió a una regulación preceptiva, taxativa, mediante normas de Derecho; y, en cambio, cuando se abre paso un sentido humano, la liberación de la conciencia—sin la cual no puede haber auténtica

cultura—, se sustrae al imperio del Estado, esto es, al imperio de una regulación jurídica, el contenido de la conciencia religiosa y del pensamiento teórico; y, entonces, lo que importa es asegurar la libertad de conciencia y de pensamiento, y, a tal fin, se impone inexorablemente a todos, a los funcionarios y a los particulares, el pleno respeto a la inviolabilidad de la persona.

Repito que todas estas materias, que he aducido como ejemplo, no constituyen puros azares históricos que tengamos que aceptar sin ninguna crítica, como si fuesen regidas por meras circunstancias relativas y fortuitas. De ninguna manera, son materias sobre las cuales puede y debe recaer un juicio de valor, sobre las cuales hay que proyectar una crítica estimativa, que, probablemente, en algunos casos, resultará positiva, y en otros negativa. Lo único que quiero subrayar aquí es que lo jurídico no es un concepto de finalidad, sino el concepto de un especial *medio,* que puede ser puesto al servicio de muy varias finalidades. Esto ha sido visto de modo genialmente certero por Kelsen, al afirmar que el Derecho no es un sujeto de fines, no es un sujeto que se proponga fines, sino que los fines son sencillamente humanos (de libertad, técnicos, sanitarios, económicos, pedagógicos, etc.); son los hombres quienes se los proponen; y el Derecho no es un fin, sino un especial *medio* que la sociedad puede articular para la consecución de tales o cuales fines. El Derecho no consiste en lo *que* la sociedad se propone, sino en el *cómo* se propone cumplir algunos de los fines que persigue, a saber, de una manera inexorablemente impositiva, lo cual responde a la necesidad de *asegurar* con plena certeza y eficacia la realización de dichos fines.

Adviértase, pues, cómo lo esencialmente jurídico no está en el contenido de la norma, sino en la especial forma de imperio inexorable, que es lo que caracteriza al Derecho. El mismo contenido de una norma jurídica, puede ser contenido de una regla del trato social o de una máxima técnica, o de un consejo. Si fuera cualquiera de estas cosas y nada más, la norma seguiría diciendo lo mismo, pero no sería Derecho. Lo que una norma jurídica tiene de jurídica no es lo que ella dice, sino la manera como lo ordena, a saber, impositivamente, con pretensión de mando inexorable.

Y esa esencia de lo jurídico corresponde a la función de seguridad. Si suprimimos la urgencia de un saber a qué atenerse en lo fundamental de las relaciones colectivas, de un saber a qué atenerse *ciertamente* y con la *seguridad* de que efectivamente será

así (porque para imponerlo se empleará toda la coacción necesaria), ha desaparecido el sentido del Derecho.

Entiéndase bien—según lo he indicado ya y lo desarrollaré con mayor amplitud, al final de este libro, cuando me ocupe de la Estimativa Jurídica—que la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber Derecho; pero no es ni el único, ni el supremo, pues en el Derecho deben plasmar una serie de valores de rango superior—justicia, utilidad común, etc.—. Ahora bien, aunque el Derecho se refiera a esos valores, y encuentre además en ellos su justificación (en la medida en que los realice), no los contiene dentro de su concepto. Pero, en cambio, sí contiene ciertamente en su misma esencia formal la idea de seguridad. Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. Cierto que, además, el Derecho debe ser justo, servir al bien común, etc.; si no lo hace será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces lo que no hay es Derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico.

La seguridad es el motivo radical o la razón de ser del Derecho; pero no es su fin supremo. Este consiste en la realización de valores de rango superior. Ciertamente, la seguridad es también un valor, pero en relación con la justicia es un valor inferior. Ahora bien, recuérdese que el cumplimiento de los valores inferiores condiciona la posibilidad de realización de los superiores.

Así, pues, hemos encontrado en la seguridad el sentido funcional del Derecho. Y este sentido funcional es un ingrediente de la esencia de lo jurídico, de su concepto universal. Con esto hemos completado la definición del Derecho como delimitación del mismo frente a todo lo demás, con la averiguación de lo que él es específicamente, es decir, con su sentido propio o sea su motivación radical en la vida humana, en la cual se da y para la cual se da. Se trata, pues, de su esencial finalidad funcional.

No se crea que con incluir, en la determinación de la esencia de lo jurídico, su finalidad funcional se ha mutilado la universalidad del concepto. La contemporánea Filosofía del Derecho había sostenido que dentro del concepto universal de lo jurídico no podía entrar ninguna idea de finalidad; pues se decía que de incluir una idea de finalidad, como quiera que los fines son siempre particulares, propios de una determinada comunidad o momento, o propios de

un sistema valorativo, resultaría que ya no obtendríamos un concepto absolutamente universal, sino tan sólo el concepto de determinados ordenamientos históricos, o de determinado sistema estimativo; y, entonces, ese concepto ya no podría aplicarse a todos los Derechos que en el mundo han sido, son y serán. Pero este argumento en nada afecta a la doctrina que yo he expuesto. Efectivamente, la inclusión de la referencia a un fin concreto invalidaría la universalidad del concepto, su pretendida esencialidad; pero aquí, yo no incluyo ninguna idea de fin concreto, sino una idea de finalidad funcional, la cual es por entero formal, plenamente universal. Lo que varía, en la historia y en los diversos sistemas filosóficos y políticos, son los fines asegurados, pero, en cambio, es magnitud constante de todo Derecho el que su función consiste en asegurar aquellas condiciones o fines que la sociedad reputa de indispensable realización. La seguridad puede establecerse respecto de los contenidos más dispares—como nos muestra la historia del Derecho—; pero donde quiera que haya Derecho, lo reconocemos por constituir una función aseguradora de que una determinada conducta, independientemente de la voluntad hostil que pueda hallar, será impuesta y realizada, y de que los comportamientos contrarios serán hechos efectivamente imposibles.

CAPITULO VII

EL DERECHO EN SENTIDO SUBJETIVO

Sumario: *1. El uso de la palabra Derecho en sentido subjetivo.—2. La esencia del Derecho subjetivo.—3. Las tres formas del Derecho subjetivo.—4. La prioridad entre el Derecho objetivo y Derecho subjetivo.*

1. El uso de la palabra derecho en sentido subjetivo

La palabra Derecho se emplea tanto en el uso vulgar como en la doctrina jurídica en dos acepciones distintas: para designar la norma jurídica, que es en el sentido que hasta ahora hemos empleado dicho vocablo; pero, además, también, para expresar la facultad que un sujeto tiene de determinar normativa e impositivamente la conducta de otro, que es el sentido que presenta en la frase "tener derecho a. . .". Naturalmente se trata siempre de la facultad de exigir de *otro* una determinada conducta; pues aunque a veces decimos "yo tengo derecho a hacer tal cosa", con lo cual parece que referimos la facultad a un comportamiento propio, lo que se expresa en tal proposición es que "tengo derecho a exigir de otro u otros que no me impida o perturbe determinada actividad mía."

Pero eso que se llama *tener derecho a,* o, lo que es lo mismo, la palabra *derecho en sentido subjetivo,* como atribución de facultades a un sujeto, presenta varias modalidades típicas. Examinémoslas a la luz de algunos ejemplos tomados de las expresiones habituales, Tengo derecho a andar por la calle; tengo derecho a que no se me arrebate la cosa de mi propiedad; tengo derecho a recuperar la cosa que me ha sido hurtada; tengo derecho a exigir la devolución de mi cosa depositada; tengo derecho a cobrar la cantidad que se me adeuda; tengo derecho a percibir mi sueldo; tengo derecho a gastar mi dinero en lo que me plazca; tengo derecho a donar, gravar o vender mi finca; tengo derecho a disponer de mis bienes para después de mi muerte, mediante testamento; tengo derecho a contraer matrimonio; etc., etc. Pues bien, adviértase que esta frase no tiene igual sen-

tido en todos los ejemplos puestos, antes bien podemos distinguir con toda claridad tres diversas significaciones típicas. Cuando se dice "tengo derecho a andar por la calle", es decir, tengo el derecho de libre locomoción, y así mismo cuando se dice "tengo el derecho de conservar la cosa propia", expresamos la esfera de libre actividad que tiene un sujeto, a virtud del deber jurídico que pesa sobre otros de comportarse de tal manera que no lesionen el ámbito libre de mi conducta. En estos casos, mi derecho subjetivo es la traducción a mi vida de las consecuencias de unos deberes jurídicos que pesan sobre otras personas; constituye lo que se ha llamado el reverso material de los deberes jurídicos de otros sujetos. En cambio, la expresión "tener derecho a cobrar una deuda, a percibir un sueldo, a que me sea devuelta la cosa que deposité," denota que al sujeto se atribuye la facultad de exigir de otro sujeto una determinada conducta de éste, pudiendo para conseguirlo poner en movimiento todo el aparato de imposición coercitiva del Derecho. Se trata, en este tipo de casos, de ser sujeto titular de una *pretensión* de determinada conducta de otro, que puedo exigir impositivamente, poniendo en movimiento el mecanismo coercitivo del Derecho. Pero todavía descubrimos una tercera acepción de la frase "tener derecho a . . ." cuando hablamos de "tener derecho a contraer matrimonio, a hacer testamento, a vender mi propiedad," que en los ejemplos que anteceden significa poder de crear, modificar o extinguir determinadas relaciones jurídicas. Tres son, pues, los distintos tipos de situaciones que suelen designarse con el nombre de "derecho subjetivo": a), conducta propia, jurídicamente autorizada y protegida, que viene determinada por el deber que los demás tienen de no realizar ningún acto que pueda perturbarla o hacerla imposible; b), facultad de exigir una conducta de otro; c), poder jurídico de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Mas a pesar de esas tres acepciones de la expresión "derecho subjetivo," habremos de ver cómo dichos tres tipos tienen un denominador común, que justifica el empleo de ese nombre para los tres.

2. *La esencia del derecho subjetivo*

Tratemos, pues, de inquirir el concepto esencial del "derecho subjetivo".

Ante todo, nótese que hay que evitar un error, que la terminología tradicional tiende a sugerir. Como quiera que se habla de "derecho subjetivo" o de "derecho en sentido subjetivo", puede

parecer, a primera vista, que el extremo opuesto y correlativo de ésto sería el Derecho en sentido objetivo (norma); pero no es así en modo alguno. El derecho subjetivo se opone o, mejor dicho, se refiere correlativamente a obligaciones o deberes. El Derecho en sentido objetivo, es decir como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas, determinan derechos subjetivos y deberes jurídicos, en correlación. El derecho subjetivo se opone correlativamente o se articula con el deber jurídico; y los dos en inescindible pareja derivan de la norma.

El derecho subjetivo no es una cosa real, sino una entidad perteneciente al mundo de lo jurídico; por lo tanto, de naturaleza ideal; es decir, constituye una calificación dimanante de la norma. El derecho subjetivo no es un fenómeno de voluntad—porque lo jurídico no es de naturaleza psíquica, según expuse ya—; y, a mayor abundamiento, se evidencia también que no es un fenómeno de voluntad, porque vemos que se atribuyen derechos subjetivos a personas que realmente carecen de voluntad efectiva (niños, locos, asociaciones); porque se dan, así mismo, derechos subjetivos sin un soporte real de voluntad, ni en el titular de los mismos ni en representante alguno (cuando por ejemplo se procede de oficio por el Ministerio Público a la defensa de derechos míos, en los cuales acaso ni pensé); y porque se dan a veces derechos subjetivos incluso en contra de la voluntad de su titular (*v. g.* los derechos irrenunciables, como la indemnización por accidentes del trabajo).[29]

Tampoco puede definirse el derecho subejtivo como un interés jurídicamente protegido, porque la esencia del derecho subjetivo no consistirá en la realidad del interés, sino en la especial protección jurídica. Y, en suma, hablar del interés no es cosa distinta de hablar de la voluntad, pues tan sólo se quiere aquello en lo cual se tiene algún interés; y por otra parte se quiere aquello que inspira subjetivamente un interés preferente.

Y si no es exacto definir el derecho subjetivo, ni como fenómeno de voluntad, ni como realidad de interés, claro está que tampoco es admisible definirlo como ambas cosas a la vez, pues con ello se sumarían los errores de esas dos caracterizaciones equivocadas.[30]

Para obtener con todo rigor la noción esencial del derecho subjetivo, no hace falta recurrir a elementos extraños al concepto de lo *jurídico,* sino que basta con enfocar éste en una especial perspectiva. La norma jurídica (de imposición inexorable) regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales,

de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (el titular del derecho) la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (el obligado), o en varios, un determinado comportamiento positivo o negativo. O dicho con otras palabras: la situación o conducta del titular del derecho subjetivo constituye según la norma el supuesto determinante de un deber en otro u otros sujetos. Así, pues, en general, tener un derecho subjetivo quiere decir que la norma vincula a una situación o conducta de un sujeto el deber de un cierto tipo de comportamiento en otro sujeto. Resulta, por lo tanto, que derecho subjetivo—en su más general y amplia acepción—es la cualidad, que la norma atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistente en la posibilidad de determinar jurídicamente (por imposición inexorable) el deber de una especial conducta en otra u otras personas. Según hice notar ya, no se trata de una cualidad real, fenoménica, sino de una proyección del precepto jurídico, de una calificación normativa, que se deriva de éste, respecto de una determinada situación real. Esta calificación consiste en atribuir normativamente a una determinada situación de un sujeto una conducta correlativa en otro u otros sujetos. Entre los elementos de esta situación previstos en la norma, como condicionantes del derecho subjetivo, puede figurar—y figura muchas veces—una declaración de voluntad del sujeto; en cuyo caso será preciso que se produzca tal declaración para que se actualice el derecho subjetivo. Pero, en cambio, otras veces, la norma atribuye derechos subjetivos, sin requerir declaración ninguna de voluntad como elemento necesario de la situación que los condiciona o fundamenta.

Así, pues, el derecho subjetivo no dimana de una especial realidad—voluntad o interés—sino de la norma, la cual puede establecer de modo diverso cuales sean los supuestos de hecho que deban determinar la existencia de un derecho subjetivo. La norma puede condicionar a una declaración de voluntad la actualización—pero no la atribución—de un derecho subjetivo, por ejemplo en el caso de una deuda civil, cuya reclamación ejecutiva sólo puede operarse a virtud de una reclamación del acreedor. Pero, en cambio, los derechos subjetivos correlativos a los deberes jurídicos cuyo cumplimiento es impuesto de oficio, es decir, por el mismo ordenamiento jurídico sin que sea precisa instancia de parte (cual ocurre con las obligaciones de respetar la vida ajena, la propiedad de los demás, garantizadas por preceptos penales), no se hallan condicionados, ni en su existencia ni en su actualización, a ninguna declaración de parte del titu-

lar. Ahora bien, ocurre que en los ordenamientos positivos estos tipos expuestos suelen ser combinados, a veces, formando figuras conjunta y paralelamente la acción pública ejercida por el representante de la ley y la acción privada ejercida por el titular del derecho subjetivo amenazado o lesionado.

A veces, la situación o la conducta del sujeto titular del derecho subjetivo es un elemento determinante del nacimiento de deberes jurídicos (en otras personas), los cuales no pueden ser realizados o cumplidos inmediatamente sino tan sólo más tarde; que es lo que sucede en los casos del poder jurídico de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Con todo lo dicho queda explicada la noción esencial de derecho subjetivo, la cual es común a todas las manifestaciones del mismo, pues, según he razonado, en todas ellas—a pesar de sus diversidades—hallamos un elemento común, que es el siguiente: por virtud de la norma, una situación o conducta de un sujeto (el titular del derecho subjetivo) es el supuesto determinante de la existencia o de la actualización de deberes jurídicos en otros sujetos.

3. Las tres formas del derecho subjetivo

Aun cuando al comenzar este capítulo mencioné ya cuáles son las tres figuras típicas de derecho subjetivo, ahora, conocida ya la esencia del mismo, convendrá examinar más de cerca dichas figuras típicas, las cuales, desde luego, son susceptibles de combinarse formando figuras mixtas.

1) El derecho subjetivo como mero reverso material de un deber jurídico de los demás, impuesto por la norma con independencia de la voluntad del titular del derecho. Esta figura, de la cual pueden valer como ejemplos los llamados derechos a la vida, derechos de libertad, derecho de disfrute de la cosa propia, etc., consiste en el margen de conducta libre y respetada de que dispone un sujeto, por virtud del deber que los demás tienen de abstenerse de todo comportamiento que perturbe o haga imposible dicha esfera de holgura en el otro sujeto. Propiamente, no se debe decir que se tiene el derecho de hacer ésto o lo otro (estar quieto o deambular, elegir éste oficio u otro, pensar de esta manera o de aquélla) sino que se tiene el derecho a obrar libremente, sin ser impedido ni molestado por los demás, dentro de los límites que la norma señala. Para la actualización de estos derechos no es precisa una especial declaración de voluntad por parte del titular, porque se hallan protegidos y garan-

tizados activamente por la misma norma, mediante la acción del representante de la ley, ésto es, del ministerio público; ya que todos los ataques contra tales derechos (sancionados penalmente) son perseguidos, reprimidos y responsabilizados *de oficio*, sin necesidad de instancia de parte; y, en todo caso, aunque la parte interesada no quiera ejercer la reclamación, e incluso cuando quisiera que los entuertos no fuesen sancionados (p. e. los ataques delictivos contra la integridad física, y contra la propiedad, son reprimidos y, en su caso, penados aunque la víctima perdone el agresor). Si la persecución contra el ataque depende de la voluntad de la víctima, entonces ya el derecho subjetivo no pertenece a esta primera figura, sino a la siguiente.

2) *El derecho subjetivo como pretensión.* Consiste en la situación que, por virtud de la norma, ocupa una persona en una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del Derecho. Una persona es titular de un derecho subjetivo como pretensión, cuando el último grado de la actualización de un deber jurídico de otra persona está a la disposición de aquella; es decir, cuando depende de la voluntad de la misma el imponer o no la coacción jurídica del Estado, o el no hacerlo. La norma jurídica respecto de ciertas situaciones determina un deber para alguna persona, pero pone la ejecución forzosa de este deber a la disposición de otra persona (a quien beneficia dicho deber), que es quien, por eso, figura como titular del derecho subjetivo (como pretensión). Verbigracia: la norma civil sobre el contrato de préstamo determina que cuando alguien recibió prestada una suma, deberá devolverla dentro del plazo convenido, y que, si no lo hace, entonces *si el prestamista presenta una demanda* ante el Tribunal competente, se procederá ejecutivamente contra el prestatario, es decir, se embargarán sus bienes y serán vendidos para hacer el pago. Aquí se da "un derecho subjetivo" (como *pretensión*) del prestamista, porque se hace depender de la voluntad de éste la imposición coercitiva sobre el prestatario. Si el prestatario no reintegra la cantidad adeudada y el prestamista no se la reclama por medio del aparato coercitivo del Derecho (es decir judicialmente), el órgano del orden jurídico no puede proceder espontáneamente contra el deudor moroso. Adviértase que no es que se condicione la atribución del derecho subjetivo como pretensión al hecho efectivo de una voluntad del titular, sino que se considera atribuído el derecho subjetivo como pretensión, porque se concede al acreedor la posibilidad de que li-

bremente ejercite (o no ejercite), según su albedrío, la facultad de pedir el cumplimiento del deber por medio de la coacción, ésto es, por vía de ejecución forzosa. Así, en el ejemplo mencionado, al acreedor prestamista se le atribuye el derecho subjetivo (como pretensión) de obtener el reintegro, aunque él de hecho no lo quiera pedir judicialmente, pues para que el derecho subjetivo desaparezca en él (y el deber jurídico se extinga en el deudor) hace falta una renuncia formal; de manera que si ésta no se produce, el deudor tan solo podrá considerarse definitivamente liberado depositando la cantidad que debía a disposición de su acreedor. Así, pues, tener un derecho subjetivo (como pretensión) a la devolución de un préstamo quiere decir que se cuenta con la facultad, para el caso de que no se cumpla el pago, de provocar un procedimiento de imposición coercitiva contra el deudor.

Los preceptos jurídicos que establecen el deber para el Estado de realizar una actividad administrativa darán lugar a derechos subjetivos en otras personas, tan solo cuando sea colocada a la disposición de éstas la facultad de exigir un cumplimiento forzoso. Por ejemplo: si un precepto jurídico obliga a unos funcionarios a realizar los actos necesarios para que se construyan unas escuelas, sin más, no se da una pretensión de los ciudadanos para reclamar coercitivamente el cumplimiento de esta prestación. Hay efectivamente un deber jurídico sobre los funcionarios, cuyo cumplimiento les podrá ser exigido o responsabilizado por los superiores jerárquicos de la Administración, pero no hay un derecho subjetivo (como pretensión) de parte de los ciudadanos. En cambio, existirá ese derecho subjetivo (como pretensión), cuando la norma haga depender la construcción de las escuelas de un acto de los ciudadanos, por ejemplo, de una solicitud de los habitantes del pueblo beneficiado por esta disposición.

3) *El derecho subjetivo como poder de formación jurídica.* Consiste en la facultad que la norma atribuye a una persona de determinar el nacimiento, la modificación o la extinción de ciertas relaciones jurídicas. En este sentido, se dice: que el propietario de un cosa tiene el derecho de donarla, venderla, gravarla; que el acreedor tiene el derecho de traspasar su crédito a otra persona; que los mayores de edad o los emancipados legalmente tienen el derecho de celebrar todos los contratos lícitos; que a determinada edad y supuestas ciertas condiciones se tiene el derecho de contraer matrimonio, de otorgar testamento, etc., etc. En todos estos casos, la expresión derecho subjetivo se toma en el sentido de poder jurídico,

es decir, de que la actividad del titular es determinante decisiva para el nacimiento de derechos de las especies anteriores que acabo de exponer, o para la modificación o extinción de los ya nacidos. En tales casos, los actos del titular son un elemento productor de los preceptos jurídicos concretos, ésto es, de los preceptos individualizados, que regularán la relación de que se trate, que determinarán los deberes singulares de los sujetos pasivos, a los cuales deberes corresponderán unos derechos subjetivos (de los otros dos tipos anteriormente estudiados).

4. *La prioridad entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo*

Con lo dicho, queda expuesto el concepto esencial de derecho subjetivo y explicadas las figuras típicas del mismo. Y naturalmente que resulta claro que el derecho subjetivo es siempre una consecuencia de lo establecido en la norma jurídica (llamada Derecho en sentido objetivo). Podríamos representarnos la atribución de un derecho subjetivo a una persona como la conclusión de un silogismo, cuya premisa mayor es la norma y cuya premisa menor es la comprobación de que se da una situación de hecho en la cual el sujeto reune las condiciones establecidas por la norma. Esto es algo evidente en la lógica jurídica.

Ahora bien, si, en lugar de estudiar la relación lógica entre la norma y el derecho subjetivo—relación que consiste, como hemos visto con evidencia, en que éste representa una consecuencia de aquélla—, nos fijamos en el orden cronológico en que tales ideas han solido aparecer en la conciencia humana, entonces tendremos que hacer otra observación distinta. Desde luego esta observación en nada invalida la prioridad lógica de la norma sobre el derecho subjetivo, puesto que se trata, no de un problema de definición esencial, sino de registrar la sucesión de unos acontecimientos en la mente individual y en su afloración histórica. Esta observación consiste en que, entonces, habremos de advertir que, de ordinario, el hombre piensa primero lo jurídico como derechos subjetivos suyos; y que sólo después, por operaciones mentales de reflexión, medita sobre la norma. Y nada de extraño tiene que así ocurra, pues el orden de conexión lógica de las ideas no suele coincidir con el orden de su aparición en la conciencia; y, así, es frecuente que los primeros principios en la estructura lógica son los últimos con los cuales tropieza el entendimiento humano. El *a priori* lógico constituye a menudo un *a posteriori* psicológico. Y esto es lo que muchas veces ha pasado con

los dos sentidos de la palabra derecho: aunque lógicamente corresponde la *aprioridad,* la primacía, a la idea del Derecho como norma, sin embargo, la conciencia ha pensado de ordinario primero el derecho como facultad, esto es, en sentido subjetivo. En muchas ocasiones surge la idea del derecho en sentido de facultad, del derecho subjetivo, como reacción espiritual emotivamente dolorosa frente a un ataque injusto. Y ésto sobre todo en el proceso político de la formación del Derecho, desde el punto de vista del Derecho que se debe establecer (de lo que se llama problemas de *iure condendo*). Y del hecho de que el hombre se sienta como debiendo ser sujeto titular de determinadas facultades se induce, después, la norma ideal en que éstas se fundan. Así sucede que, tal vez, el hombre no ha pensado sobre ciertos aspectos jurídicos, por ejemplo de su libertad, hasta el momento en que se ha pretendido arrebatársela; y, entonces, ha sentido nacer dentro de sí un movimiento de dolor y de protesta, que ha ido perfilándose como conciencia inmediata de la idea de un derecho subjetivo necesario (natural); y, después, esta conciencia, depurada intelectualmente, le ha conducido a la afirmación de una norma consagradora y garantizadora de tales o cuales libertades. Esto, sobre todo, como decía, respecto de la elaboración del Derecho, respondiendo a una conciencia de lo que debe ser; pero también acontece algo análogo respecto del Derecho positivo o constituído a aquellas personas que no son peritas en materia jurídica, las cuales, frente al ataque sufrido, reaccionan con la conciencia de injuriadas y sospechan la existencia de un derecho subjetivo a su favor, lo cual se vé después confirmado al consultar la norma vigente.

CAPITULO VIII

EL DEBER JURIDICO

Sumario: *1. Distinción entre el deber jurídico y los deberes morales y otros concurrentes; y diferencia entre el deber jurídico y el deber moral de cumplir el Derecho.—2. La esencia del deber jurídico.—3. Alusión a otros problemas.*

1. Distinción entre el deber jurídico y los deberes morales y otros concurrentes; y diferencia entre el deber jurídico y el deber moral de cumplir el Derecho

Las normas determinan la conducta que un sujeto *debe* poner en práctica, es decir, crean deberes. Esto es común a todas las normas; y, por consiguiente, también a las jurídicas. Ahora bien, a la esencia peculiar de cada uno de los tipos de normas (morales, del trato social, jurídicas) corresponderá una especial índole del deber a que dan lugar. Aquí interesa averiguar cual es la esencia característica del deber jurídico en tanto que tal, es decir, como algo determinado por la norma de Derecho.

Por consiguiente, habremos de fijarnos en el deber jurídico, estrictamente como jurídico, como algo exclusivamente fundado en la norma jurídica. Hay que hacer mucho hincapié en ésto, porque de lo contrario se corre el riesgo de dos graves confusiones, que, durante más de dos milenios, han resultado fatales para la Teoría del Derecho y que originaron graves errores y embarullamiento. De una parte, hay que separar el deber jurídico en lo que tiene de estrictamente jurídico, de aquellos otros posibles deberes de contenido parecido, que derivan de normas morales o de normas del trato social; por ejemplo, un deudor tiene el deber jurídico de satisfacer su deuda al acreedor (por virtud de la norma de Derecho); pero además tiene también, probablemente, el deber moral de pagar; y es posible que determinados usos sociales le obliguen también a ello. Pero es preciso no confundir: aunque el deber moral de pagar se parezca al deber jurídico, sin embargo, se trata de cosas distintas.

El deber jurídico lo tiene sólo y exclusivamente porque hay una norma de Derecho positivo vigente, que así lo determina; y lo único que esta norma le exige es el hecho objetivo y exterior del pago, sin preceptuarle ningún especial estado interno de ánimo respecto del acreedor. En cambio, la norma moral le impondrá también que pague, pero fundándose en otros valores, por ejemplo, en que no debe dejarse arrastrar por la avaricia y el egoísmo, en que no debe permitir que una pasión ilícita se enseñoree de su conciencia, en que debe profesar amor al prójimo; y, por todo ésto, no sólo le exige el pago externo, sino una disposición de simpatía para su acreedor. Y el uso social del trato, que le prescriba también el deber del pago, se funda en otros supuestos, a saber, en ideas de decoro, de mutua consideración. En este ejemplo, se dan tres deberes similares superpuestos: el jurídico, el moral y el social; pero podemos abstraer cada uno de ellos y considerarlo como independiente de los demás. El deber jurídico se basa pura y exclusivamente en la norma vigente; y, así, por ejemplo, ocurre que, ante un convenio nulo o inexistente por falta de haberse otorgado con las formalidades legales (*v. g.* escritura notarial, que es impuesta para determinadas materias) debemos decir que no se da ningún deber jurídico de cumplirlo; y, en cambio, moralmente, es muy probable que hayamos de reconocer que han surgido deberes; y, posiblemente, también según las normas sociales vigentes del decoro. El jugador en juegos de azar, no tiene el deber jurídico de pagar, según la mayoría de los códigos civiles; probablemente tampoco tiene el deber moral de hacerlo; pero, en cambio, según las normas del trato vigentes en el círculo social de los jugadores, tendrá el deber de decoro de abonar su deuda dentro del plazo de veinticuatro horas. Por consiguiente, urge tener claramente a la vista que cada tipo de normas determina un tipo especial correspondiente de deberes, que es forzoso distinguir con toda pulcritud; tanto más, que suele ocurrir que una misma situación es regulada por varias normas (moral, social, jurídica) y que a veces los deberes dimanantes de cada una de ellas se asemejan en apariencia. Y lo que aquí importa es esclarecer el concepto de deber jurídico, aislado y con independencia de todos los demás, que puedan concurrir con él.

Por otra parte, es así mismo necesario distinguir entre el deber específicamente jurídico, creado por la norma jurídica, y el deber moral de cumplir lo que mandan las normas del Derecho vigente. Son deberes distintos aunque se den superpuestos y como coincidentes. El deber jurídico se funda única y exclusivamente en la existencia de

una norma de Derecho positivo que lo impone: es una entidad perteneciente estrictamente al mundo de lo jurídico. Aparte de ésto, los hombres tienen la obligación moral (y también la obligación de decoro) de cumplir lo que ordenan las normas del Derecho positivo; pero éste es un deber moral, cuyo contenido viene especificado en Derecho, y no es el deber jurídico específico creado por la norma jurídica. El deber moral de cumplir lo ordenado en las normas jurídicas tiene como contenido esas normas, pero no se funda en ellas, sino que se basa en valores morales. En cambio, el deber jurídico propiamente tal, es una situación que se apoya en la norma jurídica y dimana de ella; aparte de que, además, por razones morales, exista el deber moral de ajustar la conducta a lo preceptuado en el Derecho. Si toda norma determina deberes, y si hemos reconocido que existen normas jurídicas con un propio perfil y una peculiar esencia, distintas de las normas morales y de las reglas del trato social, es evidente que también habrá deberes jurídicos perfectamente distinguibles de los demás tipos de deberes.

Está, pues, claro que, aquí, en primer lugar, distinguimos el deber jurídico de otros deberes parecidos y posiblemente concurrentes, como son los morales, los sociales, los religiosos.

Y, además, está claro que distinguimos también entre el deber propiamente jurídico y el deber moral de cumplir el Derecho positivo. Este último, es decir, el deber moral de acomodar la conducta a los preceptos jurídicos vigentes, suscita la cuestión de cual sea el fundamento ético de esa obligación de someterse al Derecho; y, en definitiva, este problema implica el de la justificación de que haya Derecho, es decir, el rechazo de las doctrinas anarquistas. Pero el tema que aquí estudiamos no es éste; no es el de la justificación del Derecho, el de por qué sus normas obligan también moralmente; sino que la cuestión planteada ahora es la relativa a cual sea el concepto formal de deber jurídico, dentro de una sistemática de las nociones jurídicas puras.

2. *La esencia del deber jurídico*

Por todo lo dicho, cuando formulamos la pregunta de cual sea la esencia del deber jurídico, necesariamente se tiene que buscar la solución dentro del mismo concepto de norma jurídica, dejando a un lado la circunstancia de que los contenidos del deber jurídico puedan concurrir y semejarse con los contenidos de deberes morales y soiales; y, de otro lado, prescindiendo así mismo de la cuestión

de cual sea la razón por la cual el Derecho obligue también moralmente. No se trata, en manera alguna, de negar estos dos problemas, de los cuales se va a prescindir ahora, ni de restarles importancia; antes bien, reconozco la sustantividad y el alcance de estos temas. Lo único que se hace es distinguirlos y separarlos del que ahora tenemos planteado, a saber, el del concepto puro de deber jurídico, como algo que se funda en la norma de derecho y existe en virtud de ella.

De momento, y para afirmar más todavía la autonomía del deber jurídico, recuérdese que es postulado esencial de todo Derecho que el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento; y, por el contrario, no puede existir un deber moral singular y actual para un sujeto, si éste no conoce la norma y está además convencido de su bondad, porque aunque los valores morales tengan objetividad no crean de presente una obligación de conciencia, sino en tanto en cuanto son conocidos y reconocidos como tales.

Kelsen ha hecho notar certeramente[31] que se puede hablar de un deber jurídico concreto como de algo anejo al precepto jurídico, como dimanante de él, en tanto y porque éste es capaz de subjetivación, es decir, es capaz de ser aplicado a un individuo determinado. El precepto objetivo vigente para todos se convierte en deber jurídico subjetivo de una determinada persona, porque y en tanto que ordena que se imponga una sanción al sujeto que se comporte de aquel modo que está previsto en la norma como la condición de dichos actos coactivos; ésto es, que se imponga una sanción al que se comporte de manera contraria a lo preceptuado en la norma. O, diría yo con otras palabras: que alguien tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada forma quiere decir que se halla situado en relación con la norma de tal modo que, si no se conduce en aquella forma, podrá ser objeto de un acto de coacción impositiva de carácter inexorable. O, lo que es lo mismo: la existencia del deber jurídico se determina porque la infracción de la conducta en aquel señalada constituye el supuesto de una sanción jurídica (ésto es, de una de las formas de la coercitividad inexorable).

Donde no sea posible, a tenor de lo que se desprenda de la norma, el imponer una coacción inexorable al sujeto, es evidente que no hay un deber jurídico. Podrá haber un deber moral o un deber social o religioso de comportarse de una determinada manera; pero no hay deber jurídico.

3. Alusión a otros problemas

Repito que aquí se trata solamente del concepto de deber jurídico, en sentido estricto; y no de otra cosa. Entre otras cuestiones, aparte de la que acabo de examinar aquí, podría plantearse la siguiente, que propiamente pertenece a la filosofía moral, pero que también interesa a la filosofía del Derecho: ¿en qué manera se está moralmente obligado a cumplir el Derecho positivo? Esta cuestión implica las siguientes: el tema acerca de cuales sean los valores que fundamenten el deber moral y de cumplir el Derecho positivo; y además el tema sobre cual sea el tipo de adhesión que la Etica reclama para el Derecho (la índole y el alcance de esa adhesión, sus límites y sus lícitas excepciones). Sobre esto último tal vez se llegase al resultado de que el deber ético de cumplir el Derecho positivo tiene una estructura diversa de la de otros deberes morales; pues el deber moral de cumplir el Derecho no exigiría una íntima adhesión del sujeto al contenido de la norma, sino la mera relación de sometimiento al Derecho y de cumplimiento formal de sus disposiciones, en tanto que meramente jurídicas; y se exigiría solamente la íntima adhesión al valor moral que funda ese deber de sumisión al Derecho.

CAPITULO IX

LA PERSONA Y LA PERSONALIDAD. LA PERSONA AUTENTICA (EL INDIVIDUO HUMANO). LA PERSONALIDAD SOCIAL DEL INDIVIDUO Y DE LOS GRUPOS. LA PERSONALIDAD JURIDICA DEL INDIVIDUO Y DE LAS COLECTIVIDADES

Sumario: *1. Preliminares.—2. El individuo auténtico.—3. El concepto de persona en la vida social y jurídica.—4. El concepto de personalidad.—5. Las personalidades extrajurídicas de los individuos y la personalidad social extrajurídica de los grupos.*

1. Preliminares

Propiamente el concepto de persona tiene su sede en el campo jurídico. Pero ocurre que después esa palabra, usada para expresar el sujeto de las relaciones jurídicas, ha sido empleada traslaticiamente, en otros sentidos varios, en la Etica, en la Metafísica y también en la Sociología. Ahora bien, es preciso esclarecer que el concepto de persona empleado en Filosofía para expresar la peculiar realidad del hombre (y aún de otros seres espirituales) difiere muchísimo de la acepción de persona en sentido jurídico. En cuanto al concepto de persona en Sociología, aunque difiere del jurídico, está estrechamente emparentado con éste: ya veremos que viene a representar como un embrión o forma atenuada de un sentido análogo al jurídico; o mejor dicho, la personalidad jurídica (de individuos y grupos) constituye la máxima acentuación y culminación de la forma social de personalidad.

Pero ante todo urge llamar la atención sobre el sentido totalmente diverso que la palabra persona tiene, según que se emplee en Filosofía para designar la peculiar manera de ser del hombre, o que se use en Derecho, en donde significa, no la auténtica realidad de lo humano, sino una categoría abstracta y genérica.

Vamos a tratar primero del concepto de persona en su acepción de ser humano; y después me ocuparé del sentido de lo que se llama persona en la vida social, y del sentido que tiene en el Derecho.

2. *El individuo auténtico*

Aquí volvemos a hallarnos ante la necesidad de contemplar la vida humana, de la que he hablado largamente en el capítulo I de este libro. Porque uno de los dos ingredientes esenciales que en inseparable trabazón constituyen la vida humana es el sujeto. El mundo y yo, yo y el mundo, en compresencia, en esencial correlación, en trato constante, son los elementos que constituyen mi vida. Ahora se trata de ahondar un poco más en el tema de quién soy yo, es decir de quién es el sujeto de la vida humana.

A la altura del actual pensamiento filosófico del humanismo trascendental (Metafísica de la vida, Filosofía existencial) se ha conseguido ya una certera visión de la peculiar índole del sujeto humano, por su situación en esa realidad que se llama vida. Mas para lograr la mejor comprensión en estos pensamientos, convendrá que se comparen con la tradición filosófica de otros tiempos; porque, merced a ese contraste, aparecerá con mayor relieve el alcance del gran progreso que hoy se ha logrado en este tema. Así, pues, ofreceré algunas consideraciones previas sobre el pasado filosófico en esta materia, a guisa de sucinta ilustración histórica.

En la filosofía antigua sobre todo, y en la medieval se empleó el concepto de persona para designar al ser racional como individuo consciente, con vistas a aplicarlo fundamentalmente al hombre, aunque se usase también con relación a Dios y a los ángeles. Se definía la persona como "una substancia indivisa de naturaleza racional,"[32] o como "aquello que es uno por sí,"[33] o como "el individuo de naturaleza racional"[34]. Y aún en los primeros tiempos de la Filosofía moderna hubo quien definió la persona como ser racional reflexivo y autoconsciente.[35] Ahora bien, nótese que esas definiciones tratan de exponer la persona—en tanto que lo propio del ser humano—como una *cosa,* que se diferencia de las demás cosas en virtud de concurrir en ella unas especiales características (indivisibilidad, racionalidad, albedrío); pero en definitiva una *cosa,* uno de tantos entes en el mundo, distinto de los demás por unas peculiares dimensiones: sería una substancia (por lo tanto como las otras substancias), pero indivisible, con racionalidad y con albedrío. Es

decir, se inserta la persona en el plano de la Ontología clásica, como un sér entre los demás seres, que si bien tiene unas notas privativas que lo distinguen de los otros seres, tiene también dimensiones comunes con éstos.

En cambio, con Kant apunta la idea de que no es posible definir la persona, como no nos coloquemos en el plano de la Etica; es decir, que a la persona no se la entiende examinándola en su ser, sino dándonos cuenta de que entraña una idea ética. Y así dice que personalidad es "libertad en independencia del mecanismo de toda naturaleza"[36] que en los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismo, un autofín, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que, por consiguiente (por virtud de esa idea ética), encierra albedrío; y la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad.[37] Ahora bien, nótese que las ideas de rango y de dignidad representan ya algo por entero nuevo respecto de las demás cosas; representan no sólo unas características especiales, sino algo que se da en un plano ajeno a las cosas, algo que no deriva de un especial modo de ser, sino que se desprende de una consideración ética. Es decir, la persona se define atendiendo no sólo a la especial dimension de un ser (*v. g.* la racionalidad, la indivisibilidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto del de la realidad, a saber del mundo de la ley moral; y subrayando qué persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por propia determinación: aquél ser que tiene su fin en sí mismo, y que, precisamente por ésto, posee *dignidad*, a diferencia de todos los demás seres, de las cosas, que tienen su fin fuera de si, que sirven como meros medios para fines ajenos y que, por tanto, tienen *precio*. Y ello es así, porque la persona es el sujeto de la ley moral autónoma; y por tanto, la persona es lo único que no tiene un valor solamente relativo o sea un precio (que es lo propio de todas las cosas), sino que tiene un valor en sí misma (dignidad) y constituye un autofín. Como ser natural, el hombre está inserto en el mecanismo de la naturaleza; pero como ser racional hállase situado por encima de ese mecanismo, es superior a él, porque contrapone la ley del deber ser a todas las leyes de la forzosidad natural.

Pero donde este tema dá un avance superlativo, es en Fichte. Su pensamiento sobre la persona es de tal genialidad, que bien pudiéramos considerarlo como formidable anticipación de ideas de nuestro tiempo, y conserva plena actualidad. Según Fichte, lo esencial de la personalidad consiste en ser libertad que se propone

fines: "yo no soy un ser ya hecho, sino que soy aquél que en mí mismo hago; soy un devenir orientado hacia mi tarea; soy actuación particularizada." "Mi ser es mi querer, es mi libertad; sólo en mi determinación moral, soy yo dado a mí mismo como determinado." "Somos, efectivamente, no otra cosa que el movimiento vital de una voluntad sujeta y una y otra vez desprendida de la sujeción, esa libertad que el deber expresa objetivándola." Somos finitos como esencias que obran, y, sin embargo, infinitos al mismo tiempo; somos limitados como individuos—exprésanlo la sujeción del cuerpo y de la naturaleza—; pero, al mismo tiempo, nos encumbramos sobre los límites propios, cerniéndonos libremente en la elección y luego en el acto absoluto de concentración, en la resolución que establece fines y que de nuevo nos vuelve a vincular a realidades.[38]

En la Filosofía de nuestro siglo, la definición del hombre como persona se ha orientado predominantemente en ese sentido ético, es decir, subrayando que el concepto de persona denota que el hombre es el sujeto de un mundo moral, o dicho con más rigor, de un mundo de valores. Así, en muy diversas escuelas, pero de modo especial en la filosofía de los valores, según Max Scheler y Nicolai Hartmann.

Scheler ha acentuado certeramente la radical e irreductible individualidad de la persona. Rechaza que ser persona denote constituir un sujeto de actos racionales, pues eso representa una logomanía, que conduce a olvidar que la persona es una individualidad concreta y singular. La persona "es la unidad concreta real en sí de actos de diversa esencia o índole." Es decir, la persona no es un mero sujeto lógico de actos racionales, ni de actos de voluntad; sino que la persona es la realidad en la cual se verifican todos esos actos fenomenológicamente diversos. La persona no es un puro punto de partida vacío de actos, no es una especie de mera conexión o enlace de ellos, sino que es el ser concreto, sin el cual no podríamos encontrar nada más que esencias abstractas de fenómenos, pero no la esencia plenamente adecuada de un acto. Por ser la persona algo concretamente individual, en cada uno de sus actos se vé algo propio, singular y característico, subraya Scheler. El correlato de la persona es su mundo; a cada persona individual corresponde su mundo individual. (Nótese que esta idea de Scheler es pareja a la desarrollada por la Metafísica de la vida, según expuse.) Todo es mundo concreto, y sólo el mundo de una persona. Los objetos considerados aparte tienen sólo una objetividad abstracta; se con-

vierten en plenamente concretos, en tanto en cuanto son partes de un mundo, del mundo de una persona. La persona es lo único que jamás es una parte, sino que es siempre el correlato de un mundo, de su mundo: del mundo en el cual ella se vive a si misma. El conjunto de los mundos de todas las distintas personas individuales constituiría *el mundo*. Pero el mundo que abarcaría todos los mundos individuales en ese sentido abstracto y general *no nos es dado,* sino que nos referimos a él sólo por vía de mención, como construcción abstracta, pero no como dato.

Desde otro punto de vista subraya Scheler también la dimensión individual concreta de la persona humana. La persona constituye un medida o instancia individual de valores, lo cual en modo alguno debe ser interpretado como subjetivismo en lo estimativo, sino en un sentido muy diferente, a saber: sin menoscabo de la dimensión ideal de los valores (de su entidad objetiva en sí, de su *aprioridad*) dice Scheler, estos se relacionan en su "deber ser realizados" con la persona individual, concreta; esto es, la persona individual, o mejor dicho, cada persona individual concreta, precisamente por su realidad y situación concretas, está llamada al cumplimiento de determinados valores, cuya constelación constituye su "salud o salvación personal," su ideal destino individual o singular. En el mismo contenido ideal de los valores va implicada la referencia a determinada situación. En este sentido, debe afirmarse que cada persona constituye un singular ideal ético; que a cada persona corresponde una ideal proyección de sí misma: el complejo de valores a cuya realización está particularmente "llamada," vocada, a virtud de su concreto ser personal. El valor en sí ni deja de ser *en sí,* porque el deber de su realización se refiere concretamente a una persona en singular situación; porque ese valor en sí tiene en su misma esencia una especie de dirección vocacional. Se trata del conocimiento evidente de algo bueno en sí, pero al propio tiempo bueno en sí para mí; en lo cual no hay contradicción, pues no es que su bondad dependa de mí, sino que es bueno en sí, pero se refiere a mí, y tal vez no a otros. Es bueno en sí, porque su bondad no depende de mí; pero al propio tiempo es bueno en sí "para mí," porque en su contenido de bueno en sí hay una indicación que yo experimento como dirigida a mí; hay la vivencia de una especie de llamada que saliendo del contenido valioso me señala a mí, que grita o susurra por así decirlo "para tí." Y a virtud de esa correlación entre mi persona y los valores de su vocación, me queda señalado un lugar en el cosmos moral; y gravita sobre mí el deber de actos

determinados, el cumplimiento de un destino que me represento como diciéndome "yo soy para tí" y "tú eres para mí." Así, pues, resulta que el criterio para definir la personalidad no es, como había supuesto Kant, la dimensión de constituir el sujeto de un deber ser universal abstracto, sino el constituir precisamente una instancia individual de valores, el ser la persona misma una concreta estructura de valor. Claro es que hay también valores generales, es decir, valores de los que se derivan deberes para todos los hombres; ahora bien, esos deberes generales representan un mínimum de conducta, sin cuya realización, ninguna persona puede conseguir el cumplimiento de su ideal destino. Pero esos valores generales no comprenden todos los deberes cuya realización implica el cumplimiento del destino de la persona individual; no incluyen todos los valores, mediante los cuales se logra el pleno valor moral de la persona; ni contienen respuesta a la "exigencia de cada hora." Así, pues, para Scheler, la persona tiene una dimensión irreductiblemente individual, a la que va adscrita una congruente significación de valor, individualísima e insustituible.[39]

Nikolai Hartmann, en cierto aspecto continuador del pensamiento ético de Scheler,[40] con nuevos puntos de vista originales, ha ofrecido un estudio sobre la personalidad, que es muy sugestivo y que tiene certeros logros, si bien yo considero que debe ser superado en el sentido de encajar este tema en la filosofía de la vida. Pero, aún estimando que esa teoría de Hartmann requiere de algunos puntos de vista complementarios en el sentido indicado, considero que hay en ella mucho de positivo. Según Hartmann, la personalidad en el hombre consiste en que éste constituye el punto de inserción del deber ser en el mundo de la realidad. (Yo entiendo que debiera empezarse subrayando que la vida es constitutivamente "quehacer," "tarea," de lo cual, según expuse, se desprende su estructura estimativa.) Los valores son esencias ideales; de ellas dimanan exigencias de "deber ser," es decir, "pretensiones normativas." Ese "deber ser," esas exigencias normativas provienen de la esfera ideal del valor, pero trascienden de ella, llamando por así decirlo a las puertas de la realidad y logrando penetrar en ésta, en mayor o menor medida. Ahora bien, para que el deber ser de los valores, que dimana de una dimensión ideal, se convierta en un factor real, actuante, y se haga sentir en el mundo de la realidad, ésto es, para que se inserte en el acontecer ciego de los fenómenos, tiene que haber en la realidad un punto por donde pueda penetrar esa voz de los valores; tiene que haber una palanca de Arquímedes,

desde la cual y gracias a la cual el poder ideal sea capaz de mover el mundo de la realidad, convirtiéndose él mismo en un factor real actuante. Tiene que haber un algo, que situado en el proceso del mundo real, encajando en éste como uno de sus eslabones que participe en sus cualidades, al propio tiempo, no obstante, sea soporte y agente de los valores ideales. En suma, tiene que haber un ser real, capaz de actuar como factor efectivo en la realidad, participando de las condiciones de ésta, pero que tenga el poder de producir movimientos propios y de inspirarse para ello en el mundo ideal. Esa instancia, capaz de transformar el deber ser ideal en un factor real actuante sobre el acontecer del mundo, es el hombre. El hombre es algo real, tiene naturaleza, participa en esto de las leyes naturales de la realidad; pero, al mismo tiempo, es diverso de todos los demás seres reales, pues tiene una conexión o contacto con el reino de los valores, está en comunicación con ellos. El hombre es la única realidad a través de la cual la normatividad de los valores puede transformarse en una fuerza real. El hombre como sujeto moral es el administrador de la normatividad en el mundo del sér real; pero no es fatalmente forzoso que tenga que ser un administrador fiel; puede traicionar a los valores, pues en su mano está el decidirse o no por la realización de ellos. He aquí, pues, la debilidad del nexo de inserción de los valores en la realidad; porque la instancia mediadora a través de la cual se ha de operar el cumplimiento es libre de seguirlos o no. Ahora bien, esta debilidad del principio ideal es precisamente lo que constituye la grandeza del hombre, su magnitud cualitativa, su situación de poder en el mundo. En este sentido el hombre es constructor, reformador y configurador del sér; actúa como una especie de creador en pequeño. Lo que el hombre forma y produce trasciende de la realidad natural que haya en el hombre; es algo que escucha lo voz de otro mundo, del mundo ideal, para el cual tiene un especial órgano de percepción. Pero lo que el hombre percibe de ese mundo ideal no implica para él una coacción irresistible, sino que es un bien que se le confía, del cual dimana una exigencia ideal, mas no una forzosidad. El sujeto humano es el punto de intersección o de cruce de dos dimensiones heterogéneas y—por así decirlo—el escenario de su choque. De aquí que el ser del hombre consista en un no descansar, en un constante tener que tomar decisiones. (Aquí Hartmann barrunta lo que después puso en claro con todo relieve la Metafísica de la vida, de Ortega y Gasset.) El deber sér idel, que procediendo del mundo de lo ideal, penetra en el sujeto, lo atraviesa y sale de él en forma de ac-

ción real; y, al atravesar de ese modo al sujeto, le concede una dignidad especial, dignidad que no es sólo un acento de valor, sino que constituye un *novum categorial*, algo radicalmente nuevo, a saber, la *personalidad*.

La persona, según Nikolai Hartmann, está constituida por dos dimensiones éticas, pues ambas se refieren a la relación del sujeto con los valores. Una de esas dimensiones consiste en lo siguiente: los valores no fuerzan fatalmente al sujeto; cuando han sido intuidos por éste, le plantean tan solo una pretensión, pero no le fuerzan inexorablemente, antes bien, le dejan en franquía de decidirse. Esta capacidad de ponerse o no al servicio de los valores equipara, en cierto modo, al sujeto con los grandes poderes metafísicos del sér —tanto con los ideales como con los reales—; lo eleva a factor autónomo, a una instancia junto a las otras instancias representadas por los demás poderes de creación. En este sentido se dice que la persona es *libre*. La otra dimensión de la persona consiste, según Hartmann, en los acentos de valor que recibe en sus actos; es decir, el sujeto—sus intenciones, sus propósitos, sus actos—constituye el único soporte o titular de los valores propiamente éticos. Pues los valores propiamente morales no apuntan o se dirigen a los resultados objetivos, a las obras en su consistencia real—cual ocurre con otros valores, como los estéticos, los utilitarios—sino que pretenden anidar en el mismo sujeto actuante. Los valores morales se refieren al sujeto humano en calidad de titular o soporte de ellos. Precisamente el sujeto es persona en tanto que es soporte o titular de los valores éticos. Estas dos dimensiones fundamentales de la persona—el albedrío y la titularidad de los valores éticos—se hallan enraizadas la una en la otra recíprocamente. Ambas mutuamente trabadas constituyen de modo unitario la esencia de la personalidad. Así, pues, resulta que la esencia de la persona viene determinada por la esencia de los valores. La persona es la intersección del mundo ideal de los valores con el mundo de la realidad, como instancia libre y además como titular de lo ético. La esencia de la personalidad estriba precisamente en esta situación intermedia, en no reducirse a uno solo de estos dos mundos, en un participar en ambos, en constituir una unificación de ambos.

Esta teoría de Hartmann, que acabo de resumir sucintamente, contiene mucho de certero. Pero, según indiqué, entiendo que no puede constituir una última palabra, porque sería menester que fuese insertada en una filosofía de la vida—tal y como la expuse en el Capítulo I—; y, entonces, se vería que tanto la realidad, como

también los valores, son ingredientes de mi vida, componentes de mi existencia, pues todo cuanto *es* lo es en la vida; es decir, que el sér, en todas sus acepciones, zonas y categorías, tiene una significación intravital. He de advertir que debe evitarse cuidadosamente toda interpretación subjetivista del aserto que antecede, pues ella sería gravemente errónea. Recuérdese que la vida es la inescindible compresencia del sujeto y del objeto, del yo con el mundo y del mundo con el yo, en esencial correlación; y que esta doctrina no es en manera alguna subjetivista, pues si bien subraya la dependencia en que el mundo está de mí (en ésto coincide con el idealismo), subraya también la dependencia en que yo estoy del mundo (con lo cual rectifica esencialmente al idealismo) y no admite en modo ninguno que el mundo sea una creación, emanación o proyección del yo. Ahora bien, todo cuanto dice Nikolai Hartmann, entiendo yo que debiera ser llevado a un plano más radical, más primario, a la luz de la metafísica de la vida; y, entonces, comprenderíamos a la persona no sólo como intersección de la región de los valores con la zona de la realidad, sino que nos daríamos cuenta de que es el ser radical, que no tiene un sér dado o hecho, sino que consiste en tener que estar haciéndoselo en cada instante; lo cual lleva consigo que la estructura de la vida misma sea estimativa (determinarse-elegir-preferir-valorar); y, además, comprenderíamos que, aunque hayamos de reconocer que los valores son idealidades objetivas, su objetividad la tienen dentro de la vida humana, pues que todo cuanto hay lo hay en la vida, y no fuera de ella. Esta es la orientación que yo ofrezco para llevar a cabo una inserción de la filosofía de los valores en la metafísica del humanismo trascendental.[41]

La filosofía del humanismo trascendental ofrece, a la teoría de la persona, perspectivas de renovación y de mayor radicalidad. Será conveniente recordar aquí algunos de los pensamientos de José Ortega y Gasset. Dice el gran maestro español que la Filosofía ha caído siempre en increíble descarrío al llamar "yo" a las cosas más extravagantes, pero nunca a eso que llamamos yo en nuestra existencia cotidiana. Antes de preguntarnos *qué* soy yo, hemos de preguntarnos con rigor y perentoriedad *quién* soy yo. El yo que es cada cual no es su cuerpo, pero tampoco su alma; el yo—según ya expuse en el Capítulo I—se ha encontrado con estas cosas corporales y psíquicas, y tiene que vivir con ellas, mediante ellas. El alma se queda tan fuera del yo como el paisaje alrededor del cuerpo. El yo no es una cosa; es quien tiene que vivir con las cosas, entre las cosas; y la vida no es algo que nos sea dado hecho, que tenga un sér

predeterminado, sino que es algo que tiene que hacerse, que tiene que hacérsela el yo que cada uno de nosotros es; y su estructura es futurición, es decidir en cada momento lo que va a ser en el momento siguiente, y, por tanto, es libertad. Pero una libertad no abstracta (como absoluta e ilimitada indeterminación), sino libertad encajada en una circunstancia, entre cuyas posibilidades concretas tiene que optar. Pero cada cual tiene que vivir no una vida cualquiera, sino una vida determinada. No hay un vivir abstracto. Vida significa la forzosidad de realizar el proyecto de existencia que cada cual es. Este proyecto, en que consiste el yo, no es una idea o plan ideado por el hombre y libremente elegido. Es anterior a todas las ideas que su inteligencia forme, a todas las decisiones de su voluntad. Más aún, de ordinario no tenemos de él sino un vago conocimiento; y, sin embargo, es nuestro auténtico sér, nuestro destino. Nuestra voluntad es libre *para realizar o no* ese proyecto vital que últimamente somos, pero no puede corregirlo, cambiarlo, prescindir de él o sustituirlo. Somos indeleblemente ese único personaje programático, que necesita realizarse. El mundo en torno, o nuestro propio carácter, nos facilitan o dificultan más o menos esta realización. La vida es continuamente un drama, porque es la lucha frenética con las cosas, y aún con nuestro carácter para conseguir ser de hecho el que somos en proyecto.[42] Yo soy una cierta individualísima presión sobre el mundo: el mundo es la resistencia no menos determinada e individual a aquella presión. El alma, el carácter, el cuerpo, son la suma de aparatos *con* que se vive, y equivalen a un actor encargado de representar aquel personaje que es el auténtico yo. Y aquí surge lo más sorprendente del drama vital: el hombre posee un amplio margen de libertad con respecto a su yo o destino. Puede negarse a realizarlo, puede ser infiel a sí mismo. Entonces, su vida carece de autenticidad. Si por vocación se significase un programa íntegro e individual de existencia, sería lo más claro decir que nuestro yo es nuestra vocación—a la que, desde luego, podemos ser fieles o no—. Hemos de buscar a nuestra circunstancia, —tal y como ella es, precisamente en lo que ella tiene de limitación, de peculiaridad—el lugar acertado en la inmensa perspectiva del mundo. No detenernos perpetuamente en éxtasis ante los valores hieráticos, sino conquistar a nuestra vida individual el puesto oportuno entre ellos. En suma—dice Ortega y Gasset—"la reabsorción de la circunstancia es el destino concreto del hombre".

También en la obra de Martín Heidegger, podrá la teoría de la persona hallar fecundas orientaciones. Así, por ejemplo,

cuando subraya que el sér es existencia radical en el hombre; que la existencia del hombre es un estar en el mundo, preocupándose de este. Y que hay dos tipos de preocupación (*Sorge*): a) la de la existencia cotidiana, banal, que es la preocupación de todas las gentes, y de nadie en particular (aquí encontraríamos, a mi modo de ver, una importante luz para la determinación de la vida social; existencia banal o cotidiana, que está constituida por aquello que tenemos de común con los demás y no como propio de cada cual, que es, en suma, una existencia que se huye a sí misma; b) la preocupación de la existencia que se ha encontrado a sí misma, la propia existencia profunda, la existencia de la libertad; la radical e indeterminada angustia que nos hace patente la nada; el sentido de la muerte como donde el hombre está plenamente en sí y como separado de los demás seres (en lo que entiendo yo que podemos encontrar luz para caracterizar la persona individual, ésto es, la persona auténtica, que se haya logrado a sí misma con plenitud).

La antecedente exposición de algunos pensamientos de Fichte, de Scheler, de Hartmann, de Ortega y Gasset y de Heidegger, no la he desarrollado con el propósito de un relato erudito sobre doctrinas dispares; antes bien, como selección de una serie de puntos de vista de varios autores, que, a pesar de su diversidad, tienen como una especie de estilo parejo, de denominador común; pues, aunque bajo forma distinta, aparecen en todos ellos similares *leitmotive*, y toda la exposición de dichas teorías viene, por así decirlo, determinada por mi pensamiento propio, al hilo del cual se ha hecho la selección, destacando en cada uno de los autores considerados los temas que considero más certeramente tratados, y omitiendo o dejando en penumbra otros aspectos que estimo o bien inesenciales o bien fallidos.

Relaciónase lo expuesto con lo que dije en el Capítulo I sobre la vida individual y su estructura estimativa; sobre la vida individual como tarea intransferible, única, no intercambiable, privatísima. Y de lo dicho en este capítulo, reténgase, sobre todo, que la personalidad no es el concepto de una cosa, sino que es un concepto que sólo es comprensible a la luz de una idea moral, o, mejor dicho, de los valores y de su realización; que cada persona es tal precisamente porque encarna una magnitud individualísima e incanjeable, que tiene su correspondencia en una peculiar e individual constelación de valores, en un destino propio; que representa un punto de vista único sobre el mundo y sobre la tarea en la vida;

en suma, que entraña una perspectiva, teórica y práctica, individual, exclusiva.

Fijémonos en la peculiaridad que ofrece el concepto de la individualidad de la persona. El concepto yo es un concepto general (que quiere abarcar todos los yos), pero lo que se denota en el mismo es precisamente la exclusión de toda generalidad. Cada uno de los yos es un yo; por ésto, el concepto es general; pero ser un yo, quiere decir ser un sujeto radicalmente individual, es decir distinto de todos los demás, único. Adviértase, además, que la palabra individuo tiene dos acepciones: a) como significativa del atributo de la indivisibilidad (verbigracia, aplicada al átomo); b) como realidad individual, totalmente determinada y diferenciada de cualquiera otra realidad. Aquí, refiriéndonos a la persona humana, empleamos la palabra individuo no sólo en la primera de las acepciones, sino también y *sobre todo* en la segunda, es decir, como significando algo singular, peculiar y exclusivo.

3. *El concepto de persona en la vida social y jurídica*

En las páginas anteriores, he expuesto lo que significa *persona* como expresión de lo humano, es decir, el concepto de persona como individuo humano, ofreciendo al lector una visión de las dimensiones capitales de una filosofía del hombre. Pero ocurre, según ya advertí al comienzo de este capítulo, que la palabra persona se emplea también profusamente en las ciencias sociales y sobre todo en las jurídicas, en las que tiene su sede principal. Y, así, en la vida social, y especialmente en el Derecho, se habla de personas, de personas individuales, de personas sociales y de personas jurídicas. Y es de notar que los sociólogos y los juristas han producido una ingente y variada literatura en torno al concepto de persona; lo cual hace sospechar vehementemente que el sentido en el cual se habla de persona en el Derecho y en la vida social no coincide con la idea filosófica de persona.

En un orden propiamente sistemático, debería tratar primero del concepto persona en la vida puramente social—ajena al Derecho—; y ocuparme después del concepto de persona en el Derecho. Pero sucede que, en muchos casos, lo jurídico viene a constituir como una maximalización de lo social, como una expresión superlativa de lo social, en suma, lo social llevado a sus límites extremos y a la plena rigidez de sus perfiles; y por eso facilita la com-

prensión el empezar la exposición con el estudio de las formas jurídicas, que representan el grado mayúsculo de lo social; y después examinar las formas sociales no jurídicas, que son formas menores, embrionarias a veces. Y tal ocurre con el tema de la personalidad: será más fácil entender lo que constituye la personalidad en la vida meramente social (no jurídica), si primero nos hemos percatado de lo que es la personalidad en el Derecho.

Suele decirse que ser persona en Derecho significa ser sujeto de derechos y de deberes jurídicos. Y se afirma que hay dos clases de personas en Derecho: las personas físicas o individuales; y las personas colectivas (corporaciones, asociaciones y fundaciones) que suelen ser denominadas personas morales, personas jurídicas o personas sociales. Personas individuales en Derecho, lo son hoy en los países civilizados, todos los hombres (la esclavitud era la negación de este principio). Entre las llamadas personas morales o jurídicas (que más propiamente deben ser denominadas "personas colectivas") figuran las corporaciones públicas (*v. g.* los Ayuntamientos, las Diputaciones provinciales, los Estados miembros de una Federación, el Estado, los Bancos oficiales, los entes administrativos autónomos, etc., etc.); las asociaciones (religiosas, científicas, artísticas, deportivas, etc); las sociedades civiles y las sociedades mercantiles (colectivas, comanditarias, anónimas, limitadas); las fundaciones (religiosas, benéficas, culturales, etc.) y también algunas otras masas de bienes, como, por ejemplo, la masa de la quiebra. Las personas físicas comienzan con el nacimiento y terminan con la muerte (pues hoy ya no se mantiene en los pueblos civilizados la pena de la muerte civil). Al concebido y no nacido se le confieren algunos derechos (de herencia) condicionados al hecho de que nazca vivo. No toda agrupación o colectividad constituye necesariamente una persona en Derecho; precisa que reúna todas las condiciones fijadas por la legislación vigente (así, por ejemplo, no son personas en Derecho una familia, un equipo deportivo, una reunión de amigos, etc.). Se discute, desde antiguo, sobre si la personalidad de esos entes colectivos es creada sólo por el Derecho, o si por el contrario es también una realidad independiente de él.

Ahora bien, en lo que suele decirse, en los tratados de Derecho, sobre la personalidad—que acabo de resumir muy sucintamente en el párrafo anterior—se involucran problemas muy varios y heterogéneos, cuya confusión ha embarullado de modo lamentable el pensamiento jurídico durante siglos. Y es hora ya de que se despeje ese confusionismo y de que se conciba cada una de las cuestio-

nes con plena claridad y con rigor mental. En este asunto se han mezclado cuestiones diversas, que es preciso mantener separadas con toda exactitud. Estas cuestiones diversas pueden ser especificadas en las cuatro preguntas siguientes, que podemos referir tanto a las llamadas personas físicas, como a las llamadas personas morales (colectivas):

1º Qué quiere decir persona en términos jurídicos; qué significa tener dentro de un ordenamiento jurídico la calidad de persona; en suma, *qué* es ser persona en Derecho; concepto que se aplica lo mismo a los individuos, que a los entes colectivos consagrados como personas. (Este es un tema de *teoría general del Derecho.*)

2º *Quienes* sean los entes sobre los que recaiga esa calificación jurídica de persona; es decir, preguntarnos, refiriéndonos a los entes individuales en Derecho, sobre cuáles son los hombres a quienes el Derecho concede personalidad; y preguntarnos, refiriéndonos a las personas colectivas, cuáles son las entidades a las que el Derecho otorga la personalidad. (Esto lo contesta cada ordenamiento positivo.)

3º En qué consiste el ser de esos entes (individuales y colectivos) a los que el Derecho concede la personalidad; así por ejemplo, refiriéndonos a las personas individuales, indagar en qué consiste la esencia de lo humano, sus modalidades y sus manifestaciones (qué es lo que hice en páginas anteriores) —tema de antropología filosófica—; y por lo que atañe a las personas colectivas, esclarecer en qué consiste el sér de una asociación, de una corporación, de una fundación (este es un tema de Sociología).

4º Plantear desde un punto de vista estimativo, p. e. en la política legislativa, la cuestión de a quién el Derecho *debe* conceder la personalidad. Esto, por ejemplo, es lo que se hace cuando se critica la institución de la esclavitud, afirmando que a todos los hombres debe corresponder la personalidad jurídica; o cuando se discute si el Estado no debe admitir otras personas colectivas que aquellos que él instituya, o si por el contrario debe concederla a todos los entes colectivos que surjan espontáneamente. (Este es un tema de estimativa jurídica o de filosofía política.)

En la copiosísima literatura jurídica sobre la persona, este tema aparece sumido en un mar de equívocos y de confusiones, por haber sido confundidos e involucrados esos cuatro problemas que acabo de enumerar. La única posibilidad de crear una claridad de ideas en este tema es delimitar con todo rigor y precisión cada una de esas cuatro cuestiones.

La cuestión primera, es decir, la pregunta sobre el concepto jurídico de persona—*qué* quiere decir persona en sentido jurídico, en términos generales—pertenece a la teoría fundamental del Derecho, a la que le corresponde de lleno determinar el concepto jurídico de persona con alcance general (así como lo hace también respecto de los conceptos básicos de norma, de deber jurídico, de derecho subjetivo, etc.) Este problema consiste en preguntarnos *qué* se entiende jurídicamente por persona, aparte de cuál y de cómo sea la realidad (individual o colectiva) que sustente tal calificación de personalidad. El concepto jurídico de persona no pretende expresar lo que hay en las personas (individuales o colectivas) como realidad o fenómeno más allá del Derecho, sino única y exclusivamente en qué consiste esa calificación jurídica; es decir, que es lo que denota el concepto jurídico de persona o el concepto de persona jurídica, aplicado tanto a los individuos como a los entes colectivos, de manera indistinta (pues debe haber un concepto jurídico de persona, que abarque de igual manera a las físicas y a las sociales). Por eso, se debe preguntar primero por el alcance general del concepto jurídico de persona; e interrogarnos después por las especialidades de la persona jurídica individual y por las de la persona jurídica colectiva. Así, pues, al preguntarnos qué significa persona en Derecho, nos preguntamos exclusivamente por una calificación jurídica pura; inquirimos tan sólo un concepto jurídico puro y nada más. Y éste es el tema que he de desarrollar a continuación. Pero para que su perfil quede delimitado con todo relieve, será conveniente que definamos las tres cuestiones.

La segunda de las cuestiones indicadas, es decir, la de quiénes sean personas dentro de un determinado ordenamiento jurídico, la contesta éste mismo ordenamiento, y se estudia en la disciplina correspondiente del Derecho positivo. Quiénes son personas en el Derecho de determinado país y época lo determinan las normas positivas de este Derecho.

La tercera cuestión, esto es, la de cuál sea y en qué consista la realidad que, con independencia del Derecho, tengan los entes a los que éste concede personalidad, es un tema que no pertenece a la teoría fundamental del Derecho (que se ocupa de los conceptos jurídicos puros), sino a otras disciplinas. Así, el estudio esencial del individuo humano pertenece propiamente a la Filosofía. Y por lo que respecta a los grupos humanos o entes colectivos, su estudio compete a la Sociología, la cual deberá primero estudiar filosóficamente en qué consiste la realidad de las colectividades, establecer

sus diversos tipos (comunidades, asociaciones, corporaciones, sociedades, etc.); y, después, estudiar positivamente los fenómenos o hechos en que se manifiestan dichos entes colectivos, los ingredientes de que constan, las relaciones estáticas y dinámicas de los mismos, la conexión de dichos fenómenos con los demás hechos sociales de toda índole (relaciones, procesos, etc.), con los contenidos culturales (religiosos, morales, científicos, económicos, técnicos, jurídicos, etc.) y con el medio físico.

Y, por fin, la cuarta de las cuestiones enumeradas, aquella en que se pregunta cuál debe ser el criterio que adopte el Derecho respecto del otorgamiento de la personalidad jurídica, corresponde en su plano más profundo a la Estimativa Jurídica, y en sus aplicaciones prácticas a la teoría política.

Esta sistematización de problemas, que he ofrecido, se puede aplicar lo mismo a la consideración de las personas jurídicas individuales, que a la de las personas jurídicas colectivas. Vale igualmente para las primeras que para las segundas. Pretende distinguir cuidadosamente la cuestión sobre el concepto jurídico de persona frente a las otras preguntas respecto de *quiénes sean, cómo sean, y quiénes deban ser* las realidades que el Derecho constituye en personas. Y en esta sistematización apunto ya la idea—de la que más adelante ofreceré cumplida justificación—de que el concepto jurídico de persona que se predica del hombre individual es el mismo que se aplica a los entes colectivos y a los fundacionales. Las diferencias entre el sujeto individual y los entes colectivos no son de índole jurídica, sino que se distinguen por dimensiones metajurídicas; es decir, son diferencias respecto de las realidades varias a las que el Derecho otorga la calificación de personalidad. Quiere ésto decir que lo que en el Derecho funciona como personalidad jurídica individual no es la totalidad del hombre, su entraña individual e irreductible, su plenaria realidad íntima, sino una especial categoría genérica, ésto es, una categoría jurídica, que se adhiere a esa realidad, pero sin contenerla dentro de sí. Y lo mismo podemos decir respecto de la persona jurídica colectiva: lo que funciona como tal en el Derecho no es la realidad concreta y total del ente colectivo, sino un sujeto construido jurídicamente, en suma, una categoría jurídica—también, a fuer de tal, genérica—que el ordenamiento proyecta sobre determinados tipos de situaciones sociales.

Es un funesto error, en que se ha incurrido de ordinario, el haber separado o independizado excesivamente la doctrina sobre la persona colectiva de la consideración general sobre el concepto

jurídico de personalidad. Corrientemente, el tema de la persona jurídica individual ha sido despachado con rapidez y superficialmente, sin dedicarle gran atención. Por el hecho de que el individuo humano nos es dado en la experiencia inmediata como una realidad substante, de definido perfil, y, por tanto, de fácil reconocimiento, y de otra parte en virtud de que la justicia exige que todo hombre sea persona en Derecho, se ha creído que la teoría de la personalidad jurídica individual no planteaba ningún problema difícil. Es decir: respecto de la persona jurídica individual se habían visto tan sólo dos cuestiones: la de cómo se reconoce a la persona individual; y la de a quién debe conferirse esta categoría. Lo primero se ha contestado diciendo que el hombre es el substrato de la personalidad jurídica individual; lo segundo se ha resuelto afirmando que todos los hombres deben ser considerados como personas por el Derecho. Y ambas respuestas son correctas. Pero, lamentablemente, se dejó de atender al problema de *qué* quiere decir ser persona en sentido jurídico, de qué es la personalidad jurídica como categoría específica del Derecho, cuando se aplica a los individuos humanos. Si esta cuestión hubiera sido planteada con agudeza y amplitud se habría visto que lo que funciona como persona física en el área del Derecho no es la plenitud del sujeto individual con su propia e intransferible existencia, sino tan sólo ciertas dimensiones genéricas y comunes, objetivadas y unificadas por el ordenamiento jurídico; y que precisamente la personalidad jurídica individual está constituida por esa objetivación unificada que el ordenamiento jurídico ha construido con unas determinadas calidades genéricas y funcionales (las calidades de ciudadano, comprador, contribuyente, hijo, marido, testador, heredero, etc., etc.).

4. *El concepto jurídico de personalidad*

Desde hace más de un siglo se lanzó en la teoría del Derecho el pensamiento de que la personalidad de los entes colectivos es una ficción jurídica, creada por la norma (Savigny). Esta doctrina del fundador de la escuela histórica del Derecho se refiere tan sólo a las personas sociales; pero no cabe duda de que en ella apunta la idea de que la personalidad jurídica es algo *construido por el Derecho*. Este certero barrunto se recoge y cobra nuevas formas de expresión en una serie de doctrinas que sucesivamente se producen en el siglo pasado: la llamada de la "equiparación" (Böhlau, Bruns,

etc.); la de los "derechos sin sujeto" (Winscheid, Brinz, Gianturco, Bonelli), la de "los destinatarios de los bienes" o de la "persona como instrumento técnico" (Ihering); la de "las relaciones sociales privilegiadas" (Van der Heuvel); la del "régimen especial" (Vareilles Sommières); etc., etc. Omito la exposición detallada de cada una de esas teorías, porque ello constituiría un fatigoso relato erudito para el lector.[43] Lo importante es anotar que en todas ellas, de una u otra manera, late la idea de que la personalidad jurídica aplicada a los entes sociales es una construcción del Derecho. No es que nieguen que más allá del Derecho tengan los entes colectivos una realidad; sino que subrayan que aquella que funciona como sujeto de las relaciones jurídicas no es esa realidad, sino una construcción elaborada por el Derecho. El lector comprenderá mejor esto, unas líneas más abajo, cuando exponga otras doctrinas de la misma tendencia, que se han producido en nuestro tiempo, y en las cuales ha cobrado madura plenitud y clara justificación este pensamiento, que, en las otras doctrinas anteriores mencionadas, era más bien un mero barrunto o presentimiento aún no perfilado.

Las doctrinas de Ferrara y de Kelsen han aportado un decisivo progreso en este tema. Ferrara ha visto claramente que la personalidad jurídica (con independencia de su substrato real, que siempre tiene), tanto por lo que se refiere al individuo, como al ente colectivo, no es una realidad, ni un hecho, sino que es una categoría jurídica, un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier substrato, y que no implica necesariamente una especial corporalidad o espiritualidad en quien la recibe. La personalidad es la forma jurídica de unificación de relaciones; y como las relaciones jurídicas son relaciones humanas, y su fin es siempre la realización de intereses humanos, la personalidad no sólo se concede al hombre individual, sino también a colectividades, o a otro substrato de base estable, para la realización de obras comunes. Las colectividades son pluralidades de individuos que persiguen un interés común, masas cambiantes que se encaminan a un mismo fin; y el Derecho, al concederles personalidad, unifica idealmente, jurídicamente, su actuación; con lo cual las dota de igual agilidad y facilidad de movimientos que a un individuo. Y, en las fundaciones, el Derecho, al considerarlas como personas, subjetiva y unifica las obras o actividades que encarna el fin a cuyo servicio fueron creadas. En esta doctrina de Ferrara, que acabo de resumir, hay que destacar dos grandes aciertos: el haber afirmado claramente—aunque después no lo desarrolle—que la personalidad jurídica individual es tan cons-

truida o fabricada por el Derecho como la personalidad del ente colectivo: y el haber caracterizado la personalidad como unificación ideal de relaciones.[44]

Pero esos mismos pensamientos se hallan en un grado de mayor madurez y mejor logrados en la doctrina de Kelsen. Aunque se estime que la teoría pura del Derecho de este gran Maestro necesita sustanciales rectificaciones—por la endeblez de sus supuestos fundamentales—;[45] y aún cuando se considere, como yo lo creo, que se ha conseguido superarla, es preciso reconocer que ella contiene no pocos puntos certeros y logros muy fecundos. Pues bien, acaso de toda la doctrina de Kelsen, uno de los temas más certeramente desenvueltos, que sobrevivirá al resto de su obra, es el de la personalidad. Y es más, el pensamiento de Kelsen sobre este punto, no sólo representa un decisivo acierto en cuanto a este tema, sino que probablemente tendrá un alcance mucho mayor del que el mismo autor sospechó; pues, si bien la teoría nació con el propósito de ser pura y exclusivamente jurídica (en cuanto a esta materia, como en todas las demás), entiendo que ella brinda una importante inspiración para elaborar algunos conceptos esenciales de Ontología social (círculo social, yo social de los individuos, personalidad social). Para comprender debidamente la doctrina de Kelsen sobre la personalidad, conviene exponer antes uno de los conceptos fundamentales que en ella se manejan, a saber, el de la *imputación normativa.* La estructura lógica llamada imputación es el modo de enlace característico de dos hechos en una norma. Los hechos, los fenómenos, en el mundo de la naturaleza—y en general de la realidad—se relacionan entre sí causalmente, están vinculados unos a otros por la causalidad; unos son efectos de otros, y a su vez funcionan como causas de otros nuevos. Ahora bien, en las normas vemos cómo los diversos elementos en ellas contenidos o previstos se relacionan entre sí; pero esa relación no lo es real, de causalidad, sino normativa. Por ejemplo, en la norma jurídica aparecen vinculados unos determinados supuestos con unas determinadas consecuencias: supuesto tal hecho (*v. g.* un contrato de compra-venta que diga . . .) se deberán producir tales consecuencias (el comprador deberá abonar el precio y el vendedor entregar la cosa). Aquí nos hallamos ante dos hechos, que no se relacionan entre sí por un proceso de causalidad real, sino por una vinculación normativa del precepto jurídico, a la que se llama imputación normativa. Otro ejemplo: si el comprador no paga el precio y el vendedor se lo reclama judicialmente (supuestos), el Estado impondrá un procedimiento de eje-

cución forzosa contra aquél (consecuencia); es decir, al hecho de la morosidad del comprador junto con el hecho de la reclamación del vendedor, se le imputa normativamente otro hecho, a saber, la ejecución forzosa; y no se trata de ninguna relación de causalidad efectiva, sino de una vinculación jurídica. Otro ejemplo: quien mate a otro hombre intencionalmente (supuesto), será condenado a la pena de treinta años de trabajos forzados (consecuencia): los treinta años de trabajos forzados no son un efecto real del hecho del homicidio, sino una consecuencia jurídica de éste, que se le imputa a virtud de la norma. En todos estos ejemplos citados nos hallamos ante la imputación normativa de un hecho a otro hecho, es decir, de una consecuencia jurídica a un supuesto jurídico. Pero *hay otra clase de imputación normativa*, a saber, la imputación de un hecho a una persona. Ocurre en la vida jurídica que, si bien muchas veces—la mayor parte de ellas—un hecho es imputado al sujeto que efectivamente lo ha querido y lo ha realizado, en otros muchos casos, por el contrario, no sucede así. Por ejemplo: cuando una persona hace una declaración de voluntad bajo del influjo de un miedo insuperable, ésta declaración a pesar de ser real y de ser voluntaria (pues el coaccionado, aunque coaccionado quiere, —ya decía con razón el Derecho Romano *coactus tamen voluit*—) a pesar de representar un efecto real de una conducta del sujeto, en cambio jurídicamente no le es imputada, no produce consecuencias; el hecho de la caída de una maceta desde un balcón por causa de un vendabal no es un hecho del cual sea autor real el inquilino de la casa, y sin embargo, jurídicamente le es imputado a él, aunque él no sea la causa física de ese suceso; el acto que el empleado público (juez, Director general, gendarme, etc.) realiza en el ejercicio de sus funciones oficiales, aunque efectivamente lo realice él, no le es imputado a él, sino que es imputado a otro sujeto, a saber, al Estado; cuando el presidente de una asociación obra como tal sus actos no son imputados a él, sino a la asociación. En todos los casos mencionados, y en un sinnúmero más de ellos que podríamos ir enumerando indefinidamente, ocurre que la imputación tiene lugar, sin que haya un vínculo de causalidad real entre el sujeto y el hecho, porque así lo dispone la norma jurídica. *La imputación personal normativa* es la forma de enlace jurídico entre el sujeto del deber y el objeto del mismo (positivo como cumplimiento; o del resultado negativo por contravención, o por omisión de la diligencia necesaria) tal y como lo establece el precepto. Cuando comparamos un hecho (que es materia de regulación por una norma)

con el contenido de la norma jurídica en cuestión, surge en seguida la pregunta sobre a quién debemos atribuir la observancia o la violación, es decir, el problema acerca del sujeto del deber. La respuesta sólo puede darla la norma, que es la que contiene en sí la vinculación jurídica entre lo que manda y quien debe cumplirlo, entre el objeto y el sujeto del deber ser. Como indicaba, en gran número de casos, resulta que por imperio de la norma, el hecho es imputado jurídicamente a su efectivo autor intencional y real; pero también ocurre en muchos otros casos que una conducta sancionable jurídicamente no es un efecto voluntario del comportamiento del sujeto (hechos por imprudencia); o así mismo ocurre que es un hecho externo, ni querido ni previsto por un sujeto, y al cual, sin embargo, se le imputa, porque debió haberlo previsto y consiguientemente haberlo evitado (responsabilidad por la caída de una teja de la propia casa); o también ocurre que el acto de un sujeto (por ejemplo, el daño ocasionado por un niño, por un dependiente) es imputado a otro sujeto (*v. g.* al padre, al tutor o al principal); y ésto mismo es lo que sucede con todos los actos ejecutados por los mandatarios de otro sujeto, por los representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones, por los funcionarios estatales, pues esos actos no son imputados a sus autores físicos, sino a otros sujetos, a saber: (con relación a los ejemplos aducidos) al mandante, a la entidad representada, y al Estado. Así, pues, la imputación jurídica, desde un punto de vista normativo inmanente, no se funda en la serie causal, ni tiene que ver con ella; expresa simplemente el enlace que establece la norma entre un objeto y un sujeto. La imputación parte de un hecho externo al sujeto (el objeto o hecho en cuestión) y lo vincula a un punto o centro ideal, al cual va a parar esa imputación. Ese punto ideal, que funciona como término de una imputación, es lo que la Jurisprudencia llama voluntad. La voluntad, jurídicamente, no es el hecho psicológico real (que se denomina con igual palabra), sino que es una pura construcción normativa que representa un punto final o término de imputación. Muchas veces la voluntad jurídica coincide con la voluntad psicológica real; pero otras no coinciden con ella, como sucede en los ejemplos considerados. He aquí la doctrina de Kelsen sobre la imputación normativa, que constituye una piedra angular para la comprensión de la personalidad jurídica.

Así, pues, el ser sujeto de una relación jurídica (de un deber jurídico o de un derecho subjetivo) no representa ningún hecho real, no es expresión de ninguna efectividad natural, no denota

ninguna situación de causalidad; es pura y simplemente el resultado de una imputación normativa establecida por el Derecho. Es decir, al plantear el problema de la persona jurídica (tanto individual como colectiva) no nos encontramos en el plano de la realidad, sino que estamos dentro de la esfera inmanente de lo jurídico, que tiene su propia contextura y su propia lógica. Este problema no consiste en preguntarnos por ninguna realidad, sino en preguntarnos por una imputación normativa. Kelsen cree que el concepto corriente de persona en sentido jurídico no es más que una expresión duplicada del deber jurídico y del derecho subjetivo, concebidos en una forma substancializada. La persona para el Derecho no es una realidad, sino un concepto inmanente al mismo orden jurídico, común a todas sus manifestaciones posibles; y, por consiguiente, dentro del campo del Derecho no viene en cuestión cuál sea la realidad que los substratos de las diversas personas tengan más allá e independientemente de él; y, por tanto, al establecer el concepto general de personalidad jurídica, no viene en cuestión distinguir entre personas físicas y personas colectivas, pues ésta diferencia alude a realidades extrajurídicas o metajurídicas. De momento, al formular el concepto jurídico de personalidad, hay solamente personalidad jurídica, cuya esencia es igual lo mismo si se da en un individuo que si se da en un ente colectivo. Dice Kelsen que la persona jurídica individual no es el hombre como realidad biológica ni psicológica (aquí Kelsen no cala lo suficientemente hondo, pues debiera decirse que no es el hombre como sujeto humano plenario), sino que es una construcción jurídica de su conducta, en cuanto esta constituye el contenido de normas jurídicas. Por tanto, no es el hombre total el que puede formar el contenido del precepto jurídico, sino solamente algunas de sus acciones y omisiones, es decir, determinados aspectos de su conducta, a saber, aquellos aspectos que están en directa relación con el ordenamiento jurídico. La conducta humana puede hallarse positivamente relacionada con el Derecho o negativamente. Lo primero, es decir, la relación positiva y directa de la conducta humana de un sujeto con el Derecho, puede darse de dos maneras: a) que su comportamiento sea contenido de un deber jurídico: y b) que el comportamiento de un sujeto sea una condición para el deber jurídico de otro sujeto, —o sea como derecho subjetivo—;[46] es decir, que una determinada declaración suya de voluntad constituya la condición para que el Estado realice un acto sancionador; o también como poder jurídico, esto es, que un acto del sujeto sea una condición para que surja un precepto jurídico (por ejemplo, el sufragio, la iniciación

de un negocio jurídico cualquiera, etc.). La relación negativa de la conducta de un sujeto con el Derecho consiste en que esa conducta ni constituye materia de deberes jurídicos, ni tampoco derecho subjetivo ni poder jurídico, sino que es por entero irrelevante, inoperante, indiferente para el Derecho. Esta conducta que no se relaciona directa y positivamente con el Derecho, sino que guarda con él una relación negativa, esta conducta que está libre del Derecho, no viene en cuestión para la determinación del concepto de personalidad. Para ello hay que fijarse en los dos casos mencionados de relación positiva. En ambos casos, dice Kelsen, se trata de normas jurídicas que se nos presentan referidas a un sujeto, esto es, que aparecen como subjetivizadas. Ahora bien, así resulta que persona jurídica individual, o sea persona individual en sentido jurídico, sería el conjunto de todas aquellas normas que tienen por objeto la conducta de un hombre, tanto como deber jurídico, lo mismo que como derecho subjetivo. La persona jurídica individual es, pues, un sector del ordenamiento jurídico: aquel sector que regula los derechos y deberes de un hombre, el conjunto de aquellas normas que se refieren a la conducta de un hombre, sector o conjunto que concebimos abstractamente de un modo unificado. La persona jurídica individual consiste, pues, en el común término ideal de referencia o imputación de todos los actos que forman los contenidos de esta parte del ordenamiento jurídico. El concepto de persona individual es la expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre; es la porción del ordenamiento jurídico que los establece, concebida como un sistema parcial sobre la base de un punto o centro común de imputación de tales deberes y derechos. Ya veremos en seguida cómo el concepto de persona aplicado a los entes colectivos es análogo. Si se ha empezado la exposición con la referencia al sujeto individual ha sido tan sólo para facilitar la inteligencia de esta doctrina; pero no porque en ella se establezca un concepto diferente para la persona individual que para la colectiva; pues, por lo contrario, uno de los caracteres esenciales de esta teoría consiste en homogeneizar ambas nociones.

Ahora bien, ocurre que en muchas ocasiones, el ordenamiento jurídico atribuye determinada conducta (deberes y derechos) de ciertos hombres individuales, no a estos (que son sus autores reales), sino a un sujeto ideal supuesto detrás de ellos (corporación, asociación, etc.) que es quien funciona como término central y común de imputación de todos esos actos (que pueden ser realizados por varios sujetos físicos: presidente, secretario, gerente, etc.). En éste

caso, tenemos lo que se llama "persona jurídica colectiva." Esta es, pues, según Kelsen, un complejo de normas jurídicas, que regulan la conducta recíproca de un conjunto de hombres dirigida hacia un fin común. La persona jurídica colectiva es, pues, también una parte del ordenamiento jurídico, delimitada conforme a un cierto punto de vista, concebida como sistema unitario de derechos y deberes referidos a un centro común de imputación; centro común de imputación que consiste en un punto ideal, en un sujeto ideal, construido por el Derecho. Es decir, concebimos unitariamente un conjunto de deberes y derechos, en tanto en cuanto que el ordenamiento jurídico que los establece los atribuye a un sujeto ideal construido por él. Ahora bien, ese sujeto ideal no es más que la expresión de la unidad de ese conjunto de normas, delimitado e independizado a tenor de cierto punto de vista. Así, pues, Kelsen explica que la personificación es un procedimiento técnico auxiliar de que se vale el conocimiento jurídico para hacer patente la unidad de un sistema de normas; en suma, es la expresión unitaria y abreviada de los contenidos de esas normas. Nos hallamos ante ese proceso de personificación, siempre y cuando el derecho imputa un acto no al sujeto físico que lo ha ejecutado sino a un sujeto idealmente construido, que simboliza la unidad de un conjunto de normas (que es lo que constituye la persona); verbigracia, a la persona ideal del municipio y no al hombre que realizó el acto como órgano de aquél.

Cuando éste proceso de personificación se aplica no a un orden parcial o conjunto limitado de normas jurídicas, sino a la totalidad de las mismas, concebidas unitariamente, tenemos entonces lo que se ha llamado *persona del Estado,* que no es más que la totalidad del ordenamiento positivo vigente, convertido en sujeto ideal y común de imputación de todos los mandatos contenidos en el Derecho, actos que son realizados por aquellos hombres a los que las normas jurídicas invisten del carácter de órganos estatales o jurídicos.

En consecuencia, dice Kelsen, el concepto de personalidad jurídica no es una cualidad real, que posean estas o aquellas colectividades, sino que es un medio de que se vale la Ciencia del Derecho para exponer las recíprocas relaciones jurídicas que integran dichos entes sociales.

El hombre individual es una realidad frente a la cual se encuentra el Derecho, pudiendo éste concederle personalidad, esto es, hacer de su conducta contenido de derechos subjetivos y deberes, o no concedérsela (esclavitud). Claro es que desde un punto de vista

estimativo *debe* concedérsela en todo caso, pues de lo contrario resultaría la mayor de las monstruosidades y la más repugnante de las injusticias; pero es que en la frase que antecede se planteaba tan sólo las posibilidades lógicas—aunque desde luego una de ellas sea la única éticamente admisible y la otra sea condenable.

Ahora bien, la colectividad no es una realidad substante, con conducta propia; no hay más conductas que las que realizan los individuos; sólo estas conductas pueden ser contenido de la norma jurídica; y, así, la personalidad jurídica del ente colectivo es tan sólo la expresión de la unidad del ordenamiento que rige sus relaciones, es decir, las recíprocas relaciones de los comportamientos de los hombres que lo integran; es, en suma, la expresión de un común término ideal de la imputación de las conductas de los hombres que obran no por sí, sino en nombre y por cuenta de la colectividad. Cuando una norma jurídica determina que una sociedad mercantil puede comparecer en juicio, tal cosa es sólo la expresión abreviada de que la norma jurídica delega para la determinación de ciertos extremos de un orden parcial (el de esta sociedad) en el individuo que ha de actuar judicialmente, cuyos actos no son imputados a él mismo, sino a la unidad social, por lo cual influyen en las relaciones de que ésta se compone. La personalidad jurídica de la asociación (o de la corporación o de la fundación) no es más que una expresión unitaria para concebir una parte del orden jurídico, delimitada conforme a un cierto punto de vista, punto de vista que puede ser por ejemplo el de una finalidad común, el de un complejo de especiales relaciones entre determinados bienes (*v. g.*, los fundacionales), etc.

Resulta, pues, claro, que la personalidad jurídica individual y la personalidad jurídica colectiva son enteramente homogéneas. Se entiende que son homogéneas *jurídicamente*, pues las enormes diferencias que entre ellas median se refieren a la especial realidad ajena al Derecho que cada una tiene: mientras que la personalidad jurídica individual se adhiere o proyecta sobre una realidad substante, la del sujeto humano; en cambio la personalidad colectiva se atribuye a algo que no constituye una realidad substantiva, independiente, sino sólo un complejo de relaciones sociales. Y tanto en un caso como en el otro, la personalidad jurídica no traduce las plenarias y auténticas realidades que le sirven de soporte.

Adviértase que, en todo caso, quien tiene los deberes y los derechos es el hombre. La personalidad jurídica no es el soporte de esos deberes y derechos, sino su expresión unitaria, bajo la forma

de personificación de aquella parte del orden jurídico que los establece y que es concebido como formando un sistema relativamente independiente. El precepto jurídico contiene sólo conducta humana, esto es, de individuos; sólo merced a la atribución de estas conductas a la unidad de un ordenamiento parcial o sistema parcial de normas jurídicas, surge el concepto de persona. Y, así, Kelsen resume su doctrina diciendo: cuando la base de delimitación de este sistema u ordenamiento parcial es la unidad humana, tenemos la *persona jurídica individual;* cuando el criterio de la delimitación es la conducta recíproca de varios individuos en vista de un cierto fin, entonces construimos el concepto de *persona jurídica colectiva.* Y si concebimos unitariamente la totalidad del sistema jurídico vigente, referida a un común punto ideal de imputación de cuantos actos se establecen como propios de dichos sistemas, entonces hemos construido el concepto de la *personalidad del Estado.*

Como indiqué, estimo que la teoría de Ferrara y especialmente y sobre todo la de Kelsen han contribuido fecundamente a indicar que en el mundo del Derecho es tan construida o artificial la personalidad individual, como la personalidad colectiva y la fundacional. Pero estimo que sobre la base de lo descubierto por Kelsen, todavía se debe ir más adelante; es decir, que cabe sacar otras consecuencias, algunas de las cuales no están ni siquiera apuntadas ni aún sospechadas en la obra del fundador de la llamada escuela vienesa.[47] Así, pues, a continuación expondré las derivaciones y consecuencias que de este tema he hallado por mi propia cuenta, y algunos nuevos esclarecimientos críticos que estimo necesario introducir en él.

Tan artificial es la personalidad jurídica que se atribuye al sujeto individual, como aquella que se concede al ente colectivo. Al decir artificial quiero expresar la calidad de hallarse "construida por el Derecho," dimanante del Derecho, y no constituida fuera de él. Fuera del Derecho lo que hay son los individuos entrañables e irreductibles, los hombres de carne y hueso, los sujetos auténticamente individuales (cada cual con su propio corazoncito), únicos, incanjeables; y hay, además, relaciones sociales y complejos colectivos. Pero nada de eso, ninguna de esas realidades, funciona como persona. Lo que jurídicamente funciona como persona individual no es la totalidad de la persona humana, no es la plenitud del sujeto individual, sino solamente algunos de sus aspectos y dimensiones, y ciertamente aspectos no estrictamente individuales, sino *genéricos,* dimensiones no puramente privativas sino *tópicas, funcionarias,* que

son aquella parte de su conducta eterna y tipificada que está prevista en la norma jurídica, que está dibujada en ella como supuestos de determinadas consecuencias. Una gran parte de mi ser humano, precisamente lo que tengo de entrañablemente individual, de único, de intransferible, de irreductible a cualquier esquema abstracto, de radicalmente concreto, queda extramuros del Derecho, queda fuera de su regulación preceptiva, y tan solo en calidad de garantizada, como libre o ajena a una normación taxativa. Así, pues, adviértase que para el Derecho no viene en cuestión la totalidad de mi persona humana, sino tan solo algunos de sus actos. Pero, además, adviértase también que de mis actos no vienen en cuestión para el Derecho las dimensiones que tengan de estrictamente individuales e intransferibles, sino tan solo dimensiones genéricas, comunes, típicas, intercambiables, fungibles. Aquella parte de mi realidad y de mi comportamiento que el Derecho toma en consideración no es lo que yo tengo estrictamente de individuo, no es mi persona real auténtica, ni siquiera aspectos de mi conducta en tanto que genuino individuo, en tanto que verdadera persona humana concreta, sino esquemas genéricos y típicos de conducta, dibujados en la norma y aplicables en principio a todos los sujetos. En suma, no soy yo mismo, el único y entrañable sujeto que llevo dentro, lo que funciona como personalidad jurídica, sino que ésta es como una especie de papel o *rôle* diseñado de antemano, como una especie de careta o de máscara que pueden llevar todos aquellos en quien encaje la forma de ésta. Y esta idea se halla presente en el sentido originario de la palabra persona, en que la tomó prestada el Derecho. La palabra persona significó originariamente y en sentido propio la máscara —la careta que usaban los actores—y el Derecho la empleó metafóricamente para denotar al sujeto de las relaciones jurídicas. Ahora bien, en tal acepción, persona viene a indicar un papel, una función previamente determinada, preestablecida, diseñada de antemano, esto es, no el hombre que representan en el teatro, sino el *rôle* por él desempeñado.

Ser individuo es ser yo y no otro; es constituir una existencia única, intransferible, incanjeable, irreductible a cualquier otra; es la realidad de mi propia vida, perspectiva en el horizonte del mundo distinta de todas las otras perspectivas que son las demás vidas. La persona auténtica, profunda, íntima, constituye esa instancia única e intransferible de decisión que somos cada uno de nosotros. En cambio, la personalidad jurídica atribuida al individuo se apoya o funda precisamente en aquellas dimensiones de éste, que no son

individuales, sino colectivas, comunes, genéricas, esquemáticas. La dimensión del hombre que funciona como persona en el Derecho es la dimensión que éste tiene de común con otros sujetos jurídicos, todos aquellos otros que puedan encajar en la figura prevista por la norma jurídica. Y tampoco las varias concreciones singulares de la personalidad juridíca en cada uno de los hombres traducen ninguno de los aspectos auténticamente individuales de cada cual. Todas las calificaciones concretas de la personalidad jurídica en cada sujeto individual representan complejos o racimos de un conjunto de dimensiones genéricas que concurren en el sujeto, que por ejemplo es a la vez ciudadano, mayor de edad, marido, padre, propietario de inmuebles, inquilino, comprador, hipotecante, depositario, mandante, funcionario público, contribuyente, etc. El hombre en la plenitud y radicalidad de su propia y privativa vida individual no viene jamás en cuestión para el Derecho. En el Derecho funciona **como** sujeto el ciudadano, el vendedor, el pupilo, el tutor, el hijo, el padre, el arrendatario, el heredero, el moroso, el delincuente, el contribuyente, el soldado, el juez, etc., etc. En principio, puede haber cualquier otro ser humano que se halle en las mismas situaciones jurídicas (de ciudadano, de profesor, de comprador, de arrendatario, etc., etc.), en que mi personalidad jurídica se concreta. Todas las dimensiones de mi personalidad jurídica son, por así decirlo, funciones o papeles previamente escritos, máscaras moldeadas de antemano, trajes de bazar (y no a medida) que, lo mismo que por mí, pueden ser ocupadas o desempeñadas por cualquier otro en quien concurran las condiciones previstas. En cambio, mi auténtica personalidad, mi vida radicalmente individual, propia y exclusiva, única e intransferible, ésta se halla siempre ausente de las relaciones jurídicas; se halla o más acá o más allá del Derecho. Lo cual es comprensible, pues el Derecho es siempre algo social o colectivo.

Ya se ha visto que el comportamiento humano puede hallarse respecto del Derecho en tres clases de relaciones (dos de ellas positivas y la otra negativa): a) positivamente, como materia u objeto, de deberes; b) positivamente, como elemento condicionante de la producción de preceptos jurídicos o de su cumplimiento por otros, es decir, como derecho subjetivo (en las tres manifestaciones del mismo); c) negativamente, como libre de regulación taxativa, y, por tanto, como permitida y garantizada. Así, pues, la regulación jurídica es siempre parcial respecto de la plenitud de la vida humana (lo cual no ocurre con los valores morales, que abarcan,

circunscriben y penetran la plenitud de la vida). Resulta, por tanto, que sólo una parte de mi comportamiento es preceptiva y taxativamente regulada por el Derecho, quedando la otra parte como libre, es decir, como permitida y garantizada. Pero, además, hay que hacer otra observación: en la parte de conducta que viene en cuestión para el Derecho, éste no toma en cuenta la plenitud de dicho obrar, sino única y exclusivamente algunas de las dimensiones del mismo, a saber, las previstas en la norma, que son las dimensiones externas y relativas a los demás sujetos de derecho. De suerte que de aquella conducta relevante para el Derecho, éste recoje solamente las dimensiones genéricas (las tipificadas en la norma) y deja fuera de su alcance jurídico los matices y acentos individuales, que son exclusivamente individuales y no fungibles. Por mucho que se trate de singularizar o concretar el precepto jurídico, éste quedará siempre como una fórmula típica de la que necesariamente escapa la individualidad auténtica, del yo singular e irrepetible, con sus acentos y modalidades peculiares, que son irreductibles a todo concepto general.

Así se contempla a la luz de este tema algo que ya había indicado al delimitar la esencia de lo jurídico: que el Derecho es siempre y necesariamente una regulación esquemática de la conducta. Estos esquemas podrán ser más o menos generales, poco o muy detallados, pero, en definitiva, siempre y necesariamente son esquemas, y por consiguiente siempre tienen un mínimo de generalidad que excluye la entraña de lo auténticamente individual. Son esquemas de conducta que no se refieren a la entraña individual, sino que regulan aspectos comunales, formas tópicas, dimensiones funcionarias, en suma, formas de vida colectiva. Por el contrario, los valores morales *sensu stricto* toman en consideración la individualidad plenaria, en cuanto a tal; los valores morales tienen en cuenta todos los elementos concretos, singulares y propios que concurren en una persona humana y que determinan en cada momento la intransferible situación en que ésta se halla. De suerte que la Moral constituye el punto de vista que envuelve la totalidad de la persona y la penetra hasta su más profunda entraña; constituye la instancia individualizada por excelencia para el comportamiento.

El hombre viene en cuestión para la norma jurídica, constituye una personalidad jurídica, a manera de una voluntad descuajada de la totalidad de sus relaciones reales: una voluntad, no entendida como fenómeno psicológico, sino como una significación objetivada, como una situación exteriorizada, desprendida de sus

vinculaciones reales y apreciada en un sentido prefijado por la norma. Así, pues, tener en Derecho personalidad, significa ser sujeto de papeles previstos en la regulación jurídica. Y la persona jurídica individual está constituida por la unidad de imputación de una serie de funciones actuales y posibles previstas en la norma. Ahora bien, en el caso de la persona individual, ese centro de imputación coincide con la unidad real y viviente del hombre, que es su substrato o soporte; aunque, bien entendido que lo que funciona como persona jurídica individual no es esa realidad viviente y plenaria del individuo, sino un esquema unitario o unificado de funciones objetivadas, esquema que la norma proyecta sobre el sujeto humano real.

En lo que atañe a la personalidad jurídica de los entes colectivos y fundacionales, poco más precisa añadir después de lo que ya he expuesto en páginas anteriores. La personalidad de un grupo social consiste en la unidad de imputación de una serie múltiple de conductas de ciertos hombres; conductas que el Derecho no adscribe a los sujetos que las efectúan, sino a otro sujeto ideal, construido por la norma, como punto terminal de imputación de un determinado repertorio de relaciones jurídicas. Ahora bien, mientras que por debajo de la personalidad jurídica individual—también construida por el Derecho—existe un sujeto real, una subjetividad consciente de sí, un yo, una persona humana en sentido radical, por el contrario, debajo de la personalidad jurídica de los entes colectivos, aunque haya un soporte de realidad social, ésta realidad no tiene la dimensión de subjetividad, de un auténtico *yo*. Claro es que si este ente jurídico tiene una vida jurídica, debemos preguntarnos por el quién de esa vida, es decir, por su sujeto. Pero el sujeto de esa vida jurídica es un sujeto jurídico, esto es, creado o construido por el Derecho; es meramente una síntesis lógica de una multiplicidad de relaciones determinada por el Derecho. Con esto no se niega que por debajo de la personalidad jurídica colectiva haya una especial realidad social, independiente del Derecho; pero lo que funciona en Derecho como personalidad colectiva no es la realidad social plenaria del ente colectivo que sirve de substrato o soporte a la personalidad jurídica del mismo. La personalidad jurídica es tan solo la síntesis de las funciones jurídicas imputadas por la norma no a los hombres que las realizan, sino a un sujeto ideal, construido, fingido, consistente en ese común término ideal de imputación.

De la misma manera que exponía que la personalidad jurídica

del sujeto individual ni agota ni siquiera traduce remotamente la plenaria y concreta realidad humana de cada uno, análogamente debo hacer notar que la personalidad jurídica de los entes colectivos no expresa toda la realidad social que les sirve de substrato. La personalidad jurídica de los entes colectivos no traduce ni refleja toda la realidad social que ellos tengan aparte o independientemente del Derecho. Gran parte de esa realidad social queda extramuros de la personalidad jurídica. Adviértase que la personalidad jurídica del ente colectivo o del fundacional es algo construido por el Derecho; constituye una figura normativa de imputación unitaria, que la norma proyecta sobre un complejo de relaciones. Pero no sólo no hay ecuación entre la realidad social que tengan los entes colectivos y su personalidad jurídica; es que, además, hay una independencia entre esa realidad y la categoría de persona jurídica. La personalidad jurídica de los entes colectivos no es lo mismo que la personalidad social que puedan tener—y de la que hablaré más adelanate—. La personalidad social de un ente colectivo, con independencia del Derecho, sería, según explicaré después, una especie de organización al servicio de un fin común, teniendo sus miembros conciencia de esa unidad teleológica. En cambio, la personalidad jurídica del ente colectivo es una unificación producida por el Derecho para la actuación externa del grupo en el comercio jurídico con los demás, algo así como una máscara aplicada sobre una cara, pero que no la refleja exactamente—según la expresión de Hauriou (nótese cómo inevitablemente vuelve a surgir la representación de la máscara)—.[48] El concepto de personalidad jurídica nada nos aclara sobre la constitución interna del grupo.

Indicaba, unas líneas más arriba, que hay independencia entre la realidad del ente colectivo y la personalidad jurídica que el Derecho le atribuya. Efectivamente, adviértese, en primer lugar, que cabe la existencia de configuraciones sociales, de grupos, de entes colectivos, con estrecha cohesión y netos perfiles, los cuales, sin embargo, no tienen personalidad jurídica; y ello es así, sencillamente, porque el Derecho no se la ha atribuido. En segundo lugar, observemos que la relación entre la personalidad jurídica y la realidad del ente colectivo, de la cual es predicada aquella, cabe que sea de muy diversas maneras. Hay entes colectivos que, aparte de la personalidad jurídica que el Derecho les atribuya, y aun antes de que éste se la atribuya, tienen una realidad social perfectamente constituida, de clara y vigorosa estructura—por ejemplo, una comunidad religiosa, independientemente de que el Derecho le atribuya o no per-

sonalidad jurídica; por ejemplo también, ciertas instituciones benéficas o culturales, que pueden tener o no personalidad jurídica, según que el Derecho se la otorgue o no—. En todos esos casos—y en tantos otros similares—, cuando el Derecho imprime la personalidad jurídica, resulta que la proyecta o adhiere sobre algo que constituía ya antes una entidad colectiva con realidad social. Claro es que la regulación jurídica de la realidad de un grupo como personalidad, influye después como factor efectivo en la configuración real del grupo y en su vida. Pero lo que aquí se trata de señalar es sencillamente que, muchas veces, el Derecho concede personalidad jurídica a realidades sociales que constituian ya antes un complejo configurado. En cambio, hay otros casos en los cuales el ente colectivo se constituye por vez primera como tal por obra del Derecho y gracias a éste, como ocurre verbigracia con una compañía mercantil anónima. En este caso, el ente colectivo ha sido creado por el Derecho, no ya sólo en cuanto a su personalidad jurídica, sino también en su realidad social ajena al Derecho. Ahora bien, aún en ese caso, en que el ente colectivo deba el nacimiento u origen de su realidad social al Derecho, una vez que ha surgido ya, su realidad social no se agota en su personalidad jurídica, ni ésta es expresión exacta de aquella. Así, en el ejemplo antes indicado, tenemos que la realidad social de una compañía mercantil anónima no se agota en las normas legales y estatutarias que regulan su personalidad jurídica. Todo esto muestra claramente a la vez la independencia entre la personalidad jurídica del ente colectivo y su realidad social y los varios tipos de relación entre la una y la otra.

5. *Las personalidades sociales extrajurídicas de los individuos y la personalidad social extrajurídica de los grupos*

Los temas que enuncia el epígrafe no pertenecen propiamente a una reflexión sobre el Derecho; sino que tienen su sede en un tratado de Sociología. Pero, aparte del interés que dichos temas ofrecen, conviene considerarlos aquí, bien que solo someramente, para completar el panorama de las cuestiones que suscita la palabra personalidad; y, además, porque a la luz de este estudio complementario cobrará un mayor relieve y una más rigorosa significación todo cuanto llevo dicho de un lado sobre la persona humana auténtica y de otra parte sobre la personalidad jurídica.

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

Las personalidades sociales extrajurídicas de los individuos. Recuérdese que, al caracterizar la vida social, el obrar social de los individuos, expuse que el sujeto de esa conducta social (p. e. del cumplimiento de un uso) no es el yo auténtico individual y entrañable, sino un yo social, adherido al individuo, como máscara del mismo, en cuanto miembro de un círculo colectivo, como costra configurada por el medio social. Lo que el individuo auténtico pone en su obrar social es la decisión de acomodar su conducta a esos módulos colectivos; pero como esos módulos no son obra original suya, sino forma comunal de comportamiento, resulta que lo que al cumplirlos se manifiesta no es la individualidad, sino una especie de careta colectiva que la misma lleva, en suma, un yo social que porta el sujeto, una especie de traje, el propio del círculo social en cuestión. La personalidad de un sujeto en tanto que miembro de un círculo colectivo no es la realidad de su plenaria individualidad, sino una dimensión común, funcionaria, esquemática, fungible. En lo colectivo, en sentido estricto, no viene en cuestión el individuo como tal individuo, plenamente responsable de su propia vida, como sujeto peculiar y exclusivo, único y no sustituible, sino que lo socialmente relevante es una calidad genérica de miembro de un círculo colectivo, o de titular en él de determinadas funciones. O dicho con otras palabras: el sujeto que actúa en la vida colectiva no es el individuo entrañable, sino que es el "vecino, el colega, el camarada, el caballero, el aristócrata, el miembro de la clase media, el obrero, el correligionario, el copartidario, el deportista, el profesional," etc., etc. Es decir, nunca el individuo íntimo que se es, sino la magnitud objetivada, generalizada, esquematizada, de una función, que se cumple no por cuenta propia sino por cuenta de la colectividad. Vemos, pues, que esas personalidades sociales que desempeña el sujeto se parecen a sus personalidades jurídicas (por ejemplo: actuar como ciudadano, como empleado, como vendedor, como arrendatario, etc.), pues al igual que éstas, son funcionarias, objetivadas, artificiales, moldeadas desde fuera. Y, así, ocurre que si tomamos una relación social aislada de todo otro ingrediente, en situación químicamente pura, diríamos, nos damos cuenta de que esta relación se establece entre sujetos fungibles, canjeables, y no entre individuos auténticos (es decir, en lo que cada uno tenga de individual); que es también lo que ocurre en las puras relaciones jurídicas: el vendedor a quien compro es desde luego un hombre que tiene su propia individualidad, que tiene, como expresa el dicho, su alma en su almario; pero como tal vendedor viene en cues-

tión para mí sólo en esa su calidad, en esa máscara de vendedor, y es perfectamente sustituible por cualquier otro sujeto que desempeñe el mismo papel; y lo análogo ocurre con el colega que no sea nada más que colega (es decir, que además no sea también amigo o enemigo—pues en este caso ya habría algo más que una relación social, habría también una relación interindividual). Ahora bien, esas personalidades sociales que todos llevamos o vestimos (como trajes de bazar) se diferencian de la personalidad jurídica en lo siguiente: en la personalidad jurídica hay una instancia responsable, a saber, el ordenamiento jurídico, cuya unidad se expresa en el Estado; mientras que de las personalidades sociales no hay esa instancia definida y responsable, porque el sujeto responsable de la vida colectiva no existe como algo determinado, sino como algo anónimo, a saber, la gente, los demás, todos y ninguno en particular. De esto se sigue que mientras que la personalidad social del individuo es siempre algo vaga y difuminada, en cambio, la personalidad jurídica tiene perfiles rigorosamente recortados. Podríamos decir que a la luz de esta comparación se destaca aquí—como en tantos otros aspectos—que lo jurídico representa la forma extrema de lo social, la maximalización de lo social, su expresión más intensa y más rígidamente cristalizada. En lo jurídico, lo social cobra sus más sólidos y definidos perfiles, y todos sus caracteres llegan a la culminación.

La personalidad social extrajurídica de los entes colectivos. Tampoco este tema, al igual que el anterior, pertenece a la filosofía del Derecho, sino que es propio de la Sociología. Pero por los mismos motivos aducidos respecto del anterior, convendrá que diga algo sobre él. Claro es que tendré que limitarme a unas consideraciones muy sumarias, pues tratar totalmente este tema, aunque fuese sólo de manera sucinta, exigiría desarrollar una de las principales partes de la Sociología, aquella que se refiere a los productos, complejos o entes colectivos. Me voy a referir solamente a un tipo de esos entes, a saber, a los llamados instituciones o entes de fin trascendente, dentro de los cuales pueden entrar las corporaciones, las fundaciones y muchas asociaciones (las científicas, las artísticas, etc.)

Y como mera alusión a este tema, creo lo más oportuno relatar la teoría de la institución (de Hauriou y de Renard), o mejor dicho, mi interpretación de la misma (con algún punto de vista y matiz propios). Esta teoría es uno de los ensayos sociológicos más in-

teresantes sobre los entes colectivos. Así mismo referiré algunos pensamientos magistrales de Wiese respecto del mismo tema.[49]

Hauriou ha elaborado su teoría de la institución en vista de la doctrina de la persona jurídica colectiva; pero su doctrina, propiamente y en su mayor parte, no es jurídica sino sociológica. Aquí prescindiré del aspecto jurídico de aquellos entes colectivos que tienen personalidad jurídica, para atender solamente al problema de su realidad social. Hauriou llama instituciones a los entes colectivos que consisten en una idea de empresa que se realiza y dura en un medio colectivo, surgiendo en éste, a dicho fin, una organización y unas peculiares reglas de conducta y produciéndose fenómenos de comunión entre los miembros que la componen. La institución es una idea práctica que se ha objetivado y se ha positivizado, encarnando en una peculiar estructura u organización social. Y como es una idea de obra, es decir, de empresa, la institución es algo activo—claro que activo a través de los individuos que la componen—. No debe confundirse el fin con la idea de la obra en común; pues el fin es algo exterior a la empresa, en tanto que su idea directriz (su pensamiento inspirador), es algo interior a ella: el fin es algo estrictamente determinado, concreto y limitativo, mientras que esa idea de empresa o misión tiene una virtualidad de persistencia y de renovado enriquecimiento. La institución como grupo social viene determinada por la participación de sus miembros en esa idea de empresa; por la comunión en esa idea. Tal comunión produce un equilibrio de fuerzas internas; además origina la actuación según unos procedimientos objetivos—que consisten en la adhesión a determinados hechos—; y, por fin, engendra una estructura organizada. Así, pues, esta idea de empresa, al enraizar en un medio humano, lo informa, lo configura, lo organiza, lo dota de un perfil diferenciado y hace surgir en él un poder. Y el grupo institucional puede cobrar una personalidad social (moral dice Hauriou—que es algo por entero distinto e independiente de la personalidad jurídica, que puede tener o no tener, sólo en virtud de lo que el Derecho positivo disponga—. Cobra esa personalidad social cuando la idea de obra o empresa se interioriza en las conciencias de los individuos que son miembros de grupo; y entonces éstos actúan libre y conscientemente como tales miembros, es decir, desempeñando una función que no es individual sino que es del ente colectivo. De este modo el ente colectivo se dibuja como un conjunto de actividades sociales, encaminadas a una empresa estable, en vista de determinados fines; actividades que son cumplidas por los miembros, pero tenien-

do éstos la conciencia de que no se trata de algo suyo individual, antes bien, de algo que pertenece a la empresa común. Cuando tal cosa ocurre, podemos decir que el grupo constituye una personalidad social. Si bien es verdad que la institución no puede hacer nada sino por medio de los hombres que la componen, sin embargo, su acción es específicamente distinta de toda otra; se presenta como atribuible a un sujeto distinto de los sujetos individuales que de hecho obran. Adviértase, desde luego, que de ninguna manera se trata de suponer gratuita y fantasmagóricamente una conciencia colectiva como algo real, en sentido propio y estricto, pues es notorio que no existe; tal conciencia colectiva es sólo una arbitraria creación de la palabrería romántica. No se trata de eso, ni de nada que se le parezca. Pero los actos de la institución como personalidad social, si bien es cierto que tienen como autores a los hombres que integran el grupo, también lo es que tienen en la colectividad tanto su motivo como su término final—y yo diría, además, su centro de imputación—. Aunque es cierto que también la responsabilidad recaerá en última instancia sobre las conciencias individuales de sus miembros, es así mismo cierto que no pesará sobre cada una más que a título de su función en el ente institucional, y que será medida tomando como criterio esa misma función. En una persona social, los sujetos que la componen están llamados a comportarse como miembros conscientes de la institución; y, así, la existencia del grupo, constituida por el conjunto jerarquizado de funciones, consiste en una organización que se refleja en la conciencia de sus miembros. Repito, una vez más, que no se trata, de ninguna manera, de explicar la institución como un ente substante;[50] sino tan solo de subrayar que en esa organización—que no constituye un ser substancial—hay, sin embargo, un destino colectivo propio; hay unos fines comunes; hay unas funciones sociales congruentes; hay unas conductas referidas al ente y no a los sujetos individuales—aunque éstos sean quienes las realizan—; y hay un sentido de responsabilidad comunal. Ahora bien, quede perfectamente claro que, a pesar de todo ello, la institución no es un ser substancial, sino única y exclusivamente una textura de relaciones. Y, así mismo, precisa que quede claro que, hasta lo que he expuesto, la institución es un concepto puramente sociológico y de ninguna manera nada que tenga que ver lo más mínimo con el Derecho. No todos los entes colectivos o instituciones que poseen personalidad social tienen personalidad jurídica. La personalidad jurídica de los entes colectivos a quienes el Derecho la conceda, constituye un puro expediente jurídico, una creación

del Derecho, para unificar externamente, hacia fuera, en el comercio jurídico, el conjunto de relaciones que integran al grupo; es una especie de unidad simple construida por la norma jurídica, algo así como una máscara que no refleja ni traduce lo que haya debajo, en la realidad sobre la cual se aplica.

Tal como la he expuesto, entiendo yo la teoría de la institución —y creo que éste es el sentido fértil que anida en los trabajos de Hauriou, de Renard y de Delos,[51] los cuales adquirirán todo su relieve en la medida en que los inserte y se los comprenda en la forma en que acabo de interpretarlos.

Pero, como complemento a este tema sociológico, desearía ofrecer una referencia sobre algunos puntos del análisis que Wiese ha llevado a cabo sobre los entes colectivos abstractos (o corporaciones), como él los llama. Insiste mucho Wiese, a través de un análisis finísimo y decisivo, en que los entes colectivos—que algunos sociólogos hegelianos y románticos quisieron substancializar—se reducen única y exclusivamente a una complicada textura de relaciones y procesos interhumanos. Esas formaciones sociales o entes colectivos constituyen condensaciones o hacinamientos de procesos sociales, que se repiten en determinadas figuras o complejos; son tejidos de fuerzas humanas, unidas por múltiples combinaciones durables; son energías humanas amontonadas y enlazadas, cuya subsistencia depende de que haya hombres que las quieran eficazmente. La supuesta realidad independiente, que por algunos suele atribuirse a las formaciones sociales o entes colectivos, existe sólo en nuestras representaciones y no como una "cosa" fuera de nosotros. Frente al individuo concreto, los entes colectivos no son más que las influencias de otros hombres que existen coetáneamente, que existieron antes, o que existirán después. Los entes colectivos llamados asociaciones y corporaciones son complicadas combinaciones de procesos sociales; y se caracterizan porque en ellas está presente el pensamiento de que las funciones que realiza la colectividad constituyen un bien, que merece ser conservado y cuidado independientemente de los hombres que viven en un determinado momento. Así, pues, puede decirse que existe un ente colectivo abstracto, cuando en un grupo de hombres que conviven, éstos experimentan o sienten el grupo como una unidad, que posee relativa permanencia, y que debe subsistir ulteriormente por medio de una producción espiritual.

Los materiales cualitativos de las corporaciones—según Wiese—están constituidos por experiencias humanas comunes, las cuales son de dos clases: experiencias técnicas y experiencias propiamente so-

ciales, esto es, experiencias de convivencia y de organización. Estas experiencias vienen a constituir una especie de convicciones comunes, que gozan de general vigencia y aceptación. De otra parte, lo que originariamente puede constituir un deseo individual es a veces objetivado, es convertido en formas ideales de conducta y cristaliza como módulo de un ente colectivo. No hay humano afán, ni esperanza, ni temor, ni experiencia importante, ni idea, que no pueda convertirse en el acervo y tema de un ente colectivo, cuando ello es sentido generalmente por las conciencias y apoyado por módulos sociales de comportamiento. El ente colectivo implica, pues, la objetivación de un humano afán, como empresa comunal, como proyecto animado por un *ethos* idealista; implica además un caudal de experiencias; y, así mismo, una organización mediante la cual se trata de superar todos aquellos factores que constituirían una traba para llevar a cabo la obra.

La fuerza imponente que poseen muchos entes colectivos sobre el individuo, se explica—dice Wiese—si tenemos en cuenta: 1º, que ordinariamente los hombres no ven la totalidad complejísima de los factores que intervienen en la textura de todos aquellos actos humanos interesantes de la asociación o corporación; ni siquiera llegan a darse clara cuenta del alcance de sus propias acciones; 2º, que muchas veces los hombres actúan bajo el influjo de los entes abstractos ya preexistentes y contribuye a su conservación y a su ulterior desarrollo. Ante una visión torpe y superficial podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente y llega incluso a engendrar nuevas entidades por su propia cuenta; pero no es ésto lo que pasa en realidad: lo que ocurre es que quienes actúan son única y exclusivamente los hombres individuales, influidos por las representaciones que se han formado del ente colectivo —yo diría además, influidos por las formas de vida humana objetivada social—. Las corporaciones existentes perduran o se modifican tan sólo en la medida en que los hombres, insertos en ellas, quieran conservarlas o modificarlas. Cuando adviene una generación que las olvida o quiere ignorarlas, desaparecen y se disgregan como pompas de jabón.

Cada tipo de ente colectivo se caracteriza por los procesos sociales que preponderantemente lo determinan; y cada clase o figura de procesos sociales corresponde a los especiales obstáculos que, mediante ella, se trata de vencer: así, por ejemplo, la familia trata de superar las vacilaciones del instinto sexual, el desvalimiento de los hijos, etc.; el testamento o corporación profesional trata de superar

las oposiciones y la inconexión entre los que dentro del mismo pueblo tienen los mismos fines de trabajo; las asociaciones de vida espiritual (científica, artística, etc.) tratan de superar el peligro de la falta de solidaridad y del desconocimiento y del desdén; etc. En las entidades colectivas encarnan, además, objetivaciones de afanes: así en la familia el afán genésico, el de refugio del tráfago de la vida, etc.; en el Estado, el afán de dominación. Hasta aquí la exposición y glosa de Wiese.)

Quiero advertir, como palabras finales de esta glosa, que la personalidad social de los entes colectivos—aparte de que tengan o no personalidad jurídica—constituye algo relativamente difuso y difuminado, que podemos concebir en su conjunto, pero sin perfiles rigorosos y exactos. Al contrario de lo que ocurre con la personalidad jurídica, la cual está rigorosamente delimitada y perfilada por la norma de Derecho, que crea un centro ideal de imputación, que construye un sujeto ideal dibujado con toda precisión. Pero, sin embargo, la índole de esa personalidad colectiva—puramente sociológica—es análoga a la de la personalidad jurídica, si bien mucho más embrionaria y menos dibujada que ésta, pues consiste también en constituir una especie de centro común de imputación de conductas realizadas por sujetos de carne y hueso, las cuales no son atribuidas a dichos sujetos, sino a la entidad. Así, por ejemplo, cuando un hombre actúa como directivo o como miembro de una institución (sin personalidad jurídica), esa conducta se practica no como algo individual, sino como una función del grupo, y se atribuye a éste, y crea una responsabilidad para éste. Y ello es así, porque la organización del grupo consiste precisamente en ese proceso de atribución o imputación unificada de las varias conductas que lo integran no a sus respectivos sujetos, sino al grupo como grupo. Ahora bien, esta imputación tiene lugar no en virtud de una norma de términos precisos e inequívocos—cual ocurre en la personalidad jurídica—, sino a virtud de unas formas de vida objetivada social que así lo señalan, formas que de ordinario son menos exactas que las del Derecho, y sobre todo, son normas que rigen hacia el interior del grupo, pero que pueden no tener vigencia en las relaciones de éste con el exterior, es decir, con los demás hombres y con los demás grupos. No obstante se trata, como ya he indicado, de un proceso análogo al de la personalidad jurídica, bien que menos cristalizado que el de ésta. Es decir, la contextura de lo que llamamos personalidad social de los entes colectivos, consiste también en un especial expediente de imputación. Ahora bien, en este tema ocurre lo que ya

hemos visto en otros, a saber: que lo jurídico representa la maximalización de los caracteres de lo colectivo, su culminante intensificación, su rígida cristalización, su expresión extrema.

Repito que todas las consideraciones que anteceden—en este epígrafe—no pertenecen propiamente a una teoría del Derecho, sino que son propias de una Sociología, pero a la luz de las mismas queda destacado, con mayor claridad, el sentido y alcance de la personalidad jurídica, tal y como la expuse más arriba.

CAPITULO X

LOS ELEMENTOS, LAS FUENTES Y LA SISTEMATICA DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE

Sumario: *1. Diversas clases de normas jurídicas.—2. El Derecho positivo es la voluntad del Estado.—3. Cuatro diversos problemas sobre las fuentes del Derecho.—4. La fuente unitaria formal del Derecho positivo.—5. Alusión sociológica sobre las fuentes generadoras de Derecho.—6. La sistemática del orden jurídico vigente.—7. Las formas de producción del Derecho: de modo originario y de modo derivativo.—8. La producción originaria. El poder constituyente.—9. Teoría del poder constituyente.—10. La producción derivativa del Derecho. La legislación constitucional. La legislación ordinaria. Los reglamentos. El negocio jurídico. La sentencia judicial. La resolución administrativa. El acto ejecutivo.—11. Relación entre las normas generales y las individualizadas. La plenitud hermética del orden jurídico. Las lagunas y el juez.*

1. Diversas clases de normas jurídicas

Hasta ahora, cuando se ha hablado en estas páginas de la norma jurídica positiva, se ha estudiado de ella su esencialidad; pero no se ha hecho referencia a los diversos tipos de normas, ni a su varia procedencia, ni a la relación que todas ellas guardan entre sí. Vamos ahora a ocuparnos de estos temas.

Hay preceptos jurídicos de muy diversas clases, según su generalidad mayor o menor, o su menor o mayor concreción, según su rango y según su procedencia—aparte de otras clasificaciones, de que me ocuparé más adelante—.

El ordenamiento jurídico vigente en un Estado, en un determinado momento, se compone de una serie de preceptos de diversa generalidad. Los hay de máxima generalidad, por ejemplo, los contenidos en las leyes, las cuales, en términos abstractos, ligan a determinado tipo de situaciones determinado tipo de consecuencias jurídicas. Los hay de una mayor concreción, como son muchos de los expresados en reglamentos y en disposiciones administrativas, los cuales vienen a concretar, en términos más restringidos, principios con-

tenidos en las leyes. Hay otros preceptos jurídicos que tienen una materia y un ámbito ya puramente concreto y singularizado, cuales son, verbigracia, los pactos de un determinado contrato celebrado entre Pedro y Juan, pactos que constituye el Derecho vigente para regular algunas relaciones entre esos dos sujetos. Y, finalmente, todavía los hay de una máxima concreción, como ocurre con las disposiciones de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, en las cuales se manda nominativamente, con plazo determinado, una cierta prestación o consecuencia.

Desde otro punto de vista, a saber, desde el punto de vista del origen aparente, podemos distinguir también varios tipos de normas jurídicas. Las hay que aparecen expresadas en disposiciones emanadas del Estado (leyes, reglamentos públicos, órdenes administrativas, sentencias de los tribunales). Otras, en cambio, se revelan a través de costumbres jurídicas, y tienen consiguientemente como origen la convicción jurídica de la comunidad, expresada mediante la repetición de una misma conducta relativa a determinadas relaciones. Otras, son el producto de entes colectivos, de instituciones, que engendran espontáneamente ordenamientos propios, como acontece con algunas corporaciones, sindicatos, etc. Finalmente, hay una serie de disposiciones jurídicas de carácter concreto, cuyo contenido emana de la voluntad de personas particulares, por ejemplo, las cláusulas de un contrato, las de un testamento, etc.

Dejaremos para más adelante otras clasificaciones de las normas jurídicas (necesarias y supletivas; formuladas y no formuladas, etc.)

Ahora es preciso cobrar principios de orientación en el abigarrado boscaje de las normas jurídicas, desde los dos puntos de vista de variedad que he anotado, es decir, desde el punto de vista de la diversa generalidad y rango, y desde el punto de vista de las varias procedencias de sus contenidos.

2. *El Derecho positivo es la voluntad del Estado*

Pues bien, esa balumba multiforme y dispar de preceptos jurídicos (leyes, reglamentos, sentencias, contratos, estatutos de corporaciones, costumbres, etc., etc.) debe constituir una totalidad orgánica o sistemática, pues de lo contrario no sería posible el orden jurídico positivo. Y no sería posible, porque nos encontraríamos con una multitud de preceptos de diverso origen, de distinto rango,

y aún de contenido dispar, sin saber cómo articularlos. El principio de conexión entre todos los preceptos jurídicos de un ordenamiento positivo consiste en que todos ellos valen, rigen, en tanto y porque son la voluntad del Estado. La común referencia de todos los preceptos jurídicos a la voluntad del Estado es lo que permite concebir el ordenamiento jurídico como un todo unitario y conexo.

No se diga que es inexacta la afirmación de que todas las normas jurídicas sean expresión de la voluntad del Estado aduciendo que hay normas jurídicas que no han sido elaboradas por éste—verbigracia el Derecho consuetudinario gestado espontáneamente por la colectividad, el Derecho de las corporaciones emanado del mismo seno de éstas, las reglas de los contratos dictadas por las partes que los concluyeron, etc.—No es admisible esta objeción, porque cuando se habla de la voluntad del Estado como fuente unitaria y única de vigencia de todos y cada uno de los preceptos jurídicos, no nos referimos a que todas las normas de Derecho hayan sido fabricadas por el Estado—ya que resulta notorio que no es así—, sino que nos referimos a que valen como normas de Derecho vigente, porque, sea cual fuere su origen efectivo, *el Estado las requiere como tales y las aplica como tales*. Y, por otra parte, adviértase, además, que cuando se habla de voluntad del Estado no nos referimos a ningún fenómeno real de voluntad psicológica de unos hombres, sino a una construcción jurídica formal, a saber, a la personalidad del Estado como centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico.

Una costumbre jurídica no ha sido elaborada por un órgano calificado del Estado, sino que ha surgido por espontánea gestación social en el seno de una comunidad. Cierto; pero esa costumbre es Derecho vigente sólo en el caso de que el Estado (los tribunales de justicia) la apliquen, sólo si es impuesta inexorablemente por los órganos de la coacción jurídica. Si éstos no la toman en cuenta, si no fallan según lo determinado en esa costumbre, podremos acaso censurar este desconocimiento desde un punto de vista estimativo o político, pero lo cierto es que tal costumbre no constituye, en ese caso, Derecho vigente—aunque podamos creer que debiera constituirlo—. Lo mismo podemos decir respecto de los estatutos de una corporación: ellos han sido fabricados por ésta y no por el Estado, pero constituirán Derecho vigente sólo en la medida en que el Estado los eleve o reconozca como tal Derecho. Y, parejamente, podemos decir que las cláusulas de un contrato es cierto que han sido redactadas por las partes contratantes, pero valen como Derecho

porque el Estado admite que los particulares puedan establecer, dentro de ciertos límites, las normas jurídicas que han de regir determinadas relaciones recíprocas entre ellos; y tanto es así, que los contratos celebrados en contra de lo determinado por el Derecho se consideran jurídicamente inexistentes.

3. *Cuatro diversos problemas sobre las fuentes del Derecho*

Por eso, cuando se trata de las fuentes del Derecho, hay que diferenciar cuidadosamente dos problemas enteramente diversos, a saber: 1º El problema de la fuente común de vigencia jurídica de todas las normas, problema que se resuelve contestando que esa fuente es unitaria y consiste siempre y necesariamente en la voluntad del Estado, entendida ésta como el centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico; y 2º, el tema acerca de cómo se han elaborado realmente en la historia los contenidos jurídicos concretos, es decir, de cuáles son los procesos sociales a través de los cuales han surgido los contenidos del Derecho, lo cual constituye una investigación de Sociología genética.

De otro lado, cabe además plantearse el problema de las fuentes del Derecho desde otros dos puntos de vista distintos de los dos mencionados en el párrafo anterior, a saber: a) preguntarnos con relación a un determinado sistema positivo—*v. g.* el mexicano de hoy—cuáles son las instancias que éste establece para la producción de normas jurídicas, es decir, a quiénes y a qué procedimiento concede autoridad para establecer normas jurídicas; y b) la consideración estimativa, esto es, valoradora, sobre qué procedimientos deban ser considerados como preferibles para la formación del Derecho, es decir: la discusión sbre si es mejor la regulación legal que la regulación consuetudinaria; sobre si es mejor dejar amplio margen de arbitrio discrecional a los tribunales, o si, por el contrario, es más conveniente proceder a una normación rígida preestablecida; etc., etc.

Así, pues, se han dibujado cuatro problemas distintos, que es ineludible mantener separados, pues de lo contrario se promueve un barullo caótico en esta materia. Y, precisamente, esto es lo que ha ocurrido en la mayor parte de la literatura jurídica, producida en torno a este asunto: que por haber sido involucrados estos cuatro puntos de vista, se ha caído en un máximo de confusión.

Repito que se trata de cuatro problemas distintos, que de nuevo voy a enumerar: 1º Cuál es la fuente de validez jurídica de to-

das las normas de un sistema de Derecho positivo (pregunta que se contesta diciendo que, siempre y necesariamente, esa fuente es la voluntad del Estado). 2º Cuáles suelen ser en la realidad social las instancias productoras de normas jurídicas (pregunta, que se contesta diciendo que, de ordinario, encontramos la producción legislativa, la producción consuetudinaria, la producción jurisprudencial, y la autonomía de la voluntad—contratos, testamentos, etc.—3º Situados en un determinado ordenamiento, esto es, dentro del Derecho de un país en un cierto momento histórico, se pregunta cuáles son en él las instancias productoras de normas jurídicas (a lo cual se tiene que contestar indagando qué es lo que dicho ordenamiento dispone sobre ésto). 4º Consideración estimativa o política—en plan de teoría valoradora del Derecho, o en plan de Derecho constituyente—sobre qué fuentes sea mejor establecer; sobre si hay que dar preferencia a la ley o a la costumbre; sobre si hay que ampliar o restringir el ámbito de la autonomía de la voluntad privada para la producción de normas jurídicas; sobre si hay que aceptar o no como normas jurídicas las reglas espontáneamente surgidas en el seno de las corporaciones, etc.

4. *La fuente unitaria formal del Derecho positivo*

En cuanto a su fundamento de validez jurídica, todo Derecho (consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, etc.) deriva de la voluntad del Estado. Lo que se llama voluntad del Estado, en lenguaje jurídico, no es ninguna realidad psicológica, pues el Estado, según veremos, no es un sujeto real que tenga conciencia ni voluntad, en el sentido propio de estas palabras. Lo que se llama voluntad del Estado es sencillamente un caso de la *ley general de imputación normativa*, a saber: una serie de actos realizados por determinados individuos (funcionarios administrativos, legisladores, tribunales de justicia, partes contratantes, etc.) no son atribuidos a dichas personas individuales, sino a un sujeto ideal supuesto tras de las mismas, esto es, al Estado, que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas. El Estado, o lo que es lo mismo, su voluntad, consiste en un punto central y común de imputación, que constituye la unidad del ordenamiento jurídico. La voluntad del Estado, o lo que es lo mismo, su personalidad, es un término ideal de imputación, creado por el Derecho. Adviértase, por vía de digresión, que Estado y Derecho son

para la consideración jurídica dos palabras que se refieren a un mismo objeto. No voy a tratar ahora aquí, sino que lo reservo para uno de los próximos capítulos, el discutidísimo problema de si la realidad del Estado excede de la consideración jurídica del mismo, es decir, de si, en términos absolutos, el Estado es lo mismo que el Derecho positivo, o si, por el contrario, cabe distinguirlos y, por tanto, establecer cuáles son las relaciones que medien entre ambos. Pero, aún siendo, como soy, adverso a la tesis *kelseniana* de la plena identificación entre Estado y Derecho, sin embargo he de proclamar que para el jurista, es decir, desde el punto de vista pura y exclusivamente jurídico, el Estado se manifiesta tan sólo en el Derecho y se agota en el Derecho. Para la consideración jurídica, Estado y Derecho aparecen como dos modos o acepciones de una misma cosa, a saber, como ordenamiento constituyente y como ordenamiento constituido, respectivamente. Para el jurista, existe el Estado sólo y en tanto y como se expresa en el Derecho; no como poder social (que lo es también), no como producto histórico (que así mismo lo es, indiscutiblemente), sino como sujeto y objeto de sus normas, es decir, de las normas jurídicas. El Estado es el Derecho como actividad normativa; el Derecho es el Estado como situación normada.

Todo Derecho positivo (consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, etc.) es tal Derecho positivo en tanto en cuanto podemos referirlo a la voluntad del Estado. Esta es pues la única fuente formal de las normas jurídicas positivas vigentes. Y es así porque toda norma positiva, sea cual fuere su origen efectivo, constituirá Derecho vigente en la medida en que deba ser aplicado, impuesto por el Estado, es decir, por sus órganos. Organos del Estado lo son aquellos que el Derecho establece como tales, porque determinados actos de ellos no se los artibuye a ellos sino al Estado. Pero los órganos del Estado dejan de ser tales cuando lo que realizan no es lo que en el orden jurídico está previsto como voluntad del Estado. Y todo aquello que realizan, dentro del ámbito de su competencia formal y material, vale como voluntad del Estado (aunque de hecho haya sido inventado en otra instancia: consuetudinaria, institucional, contractual, etc.). No es Derecho positivo, no es Derecho vigente, aquella costumbre, o aquella norma contractual o institucional, que no sea susceptible de obtener aplicación por los tribunales o por los otros órganos del Estado que vengan en cuestión, esto es, aquella norma cuyo cumplimiento no vaya a ser impuesto inexorablemente por el

Estado. Si la costumbre (o la norma institucional) es aplicada por un órgano estatal con competencia para ello, es ya por ésto una manifestación de la voluntad del Estado; o mejor dicho, porque se considera que el Estado hace suya la voluntad expresada en tal norma, es por ésto aplicada por los órganos estatales. Podrá de hecho existir una costumbre, pero si los órganos estatales no la aplican, si no imponen su cumplimiento, no constituirá Derecho vigente, no será Derecho en la realidad; se quedará en algo que querría ser Derecho, pero que no ha logrado llegar a serlo; y, naturalmente, queda libre la vía para el juicio crítico, que estime acertada o desacertada esa medida de no reconocimiento de dicha costumbre. Es decir, si de hecho existe una vigorosa costumbre normativa, que parece tener la pretensión de constituir regla jurídica, pero que no es reconocida como tal por los órganos del Estado, los cuales no la aplican, los cuales no imponen su cumplimiento, tendremos que reconocer, sin ninguna duda, que esa costumbre no es Derecho positivo, aunque naturalmente quede a salvo la estimación crítica de que acaso debiera ser Derecho. Ahora bien, en esa supuesta afirmación estimativa de que debiera ser Derecho, va implícito el reconocimiento de que, de hecho, *no lo es* realmente. Y lo mismo podría decirse respecto de una norma institucional o contractual.

5. *Alusion sociológica sobre las fuentes generadoras de Derecho*

Según apunté, cabe emprender un estudio sobre la génesis real de las normas jurídicas. Y, procediendo inductivamente en esta observación histórico-sociológica sobre los manantiales de donde fluyen reglas jurídicas, se puede establecer un cuadro de las más importantes fuentes típicas de los contenidos del Derecho y de aquellos factores que—en mayor o menor proporción—hallamos siempre, o casi siempre, como productores de determinaciones jurídicas. Esta observación nos mostrará que el Derecho ha ido brotando concretamente en la historia merced a procesos sociales diferentes: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes; costumbres; doctrina aplicada por los tribunales; leyes, reglamentos; reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada para crear normas jurídicas (p. e. contractuales); Derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial; movimientos ideológicos que van penetrando en las resoluciones del Estado; convicciones sociales que son recibidas por el Derecho y se jurifican; usos profe-

sionales que van cobrando la pretensión de obligatoriedad jurídica; etc., etc.

Entre las fuentes enumeradas—y todas las demás posibles—destácanse tres por su constancia y permanencia y por su poder de absorción respecto de las demás. Son jurisprudencia, la costumbre y la ley.

La costumbre ha tenido gran importancia sobre todo en las sociedades primitivas, aunque desde luego persiste, bien que en menor cuantía—y aún conserva enorme alcance en pueblos de máxima civilización como los anglosajones. Pero salvo esta excepción, en general, en el curso del progreso histórico, la costumbre va siendo en gran parte desplazada por la ley, es decir, por el Derecho escrito, dictado por el poder público competente, en el cual se formula una regla general para el porvenir.

Ahora bien, la jurisprudencia, es decir, las decisiones de los tribunales, ha tenido un papel de protagonista máximo en la gestación del Derecho; y, aunque en mucho menor volumen, sigue conservando hoy en día gran importancia. Y se comprende que así haya sido y que todavía lo siga siendo (aunque en proporciones muy disminuidas); porque, en definitiva, la expresión última y máxima de lo jurídico es siempre la sentencia ejecutiva. La voluntad estatal de imposición inexorable se manifiesta siempre en última instancia en fallos concretos. Cuando surge un conflicto jurídico quizá no haya una ley formulada que explícitamente prevea el caso; quizá tampoco haya una clara norma consuetudinaria que sirva de orientación certera; pero—según se verá más adelante—el conflicto debe ser resuelto a todo trance; el juez no puede negarse a fallar; y, entonces, la voluntad normativa jurídica del Estado se manifiesta a través de la decisión judicial. Pero la decisión judicial significa la aplicación de una regla (que podía no estar formulada, mas que se consideraba como estando vigente) a un caso concreto; y en la sentencia queda, pues, expresada o aludida esa regla que en ella se aplica. Y, así, ocurre que cuando se plantea un caso análogo, existe ya el precedente de una regla formulada en un fallo anterior. De otra parte, en la infancia de las sociedades la mayor parte de la regulación jurídica existente es consuetudinaria; pero no siempre las costumbres se muestran con inequívoco relieve, ni son coherentes entre sí; y entonces ocurre que, la mayor parte de las veces, las decisiones de los tribunales declaran la costumbre, fijan su interpretación, la aclaran. Y, así, en la jurisprudencia se expresa reforzada la costumbre jurídica.

Claro es que incluso en los tiempos modernos, la jurisprudencia conserva un importante papel en la gestación del Derecho; pues los tribunales tienen que confrontar las reglas jurídicas con los casos concretos; se encuentran ante problemas de interpretación que les fuerzan a precisar el sentido de la ley. Y, con ello, los tribunales tratan de coordinar sus juicios en un sistema lógico. Ocurre además que, aunque en principio la función de los jueces se limita a aplicar el Derecho, la aplicación judicial conduce no sólo a la aplicación de las normas previamente formuladas, sino también a la integración de éstas con otras exigidas por la transformación de las condiciones sociales, económicas y técnicas. Más adelante me ocuparé de este problema, así como también de la cuestión de las lagunas.

En cuanto a la costumbre, recuerde el lector lo que expuse sobre el hecho de que ella constituye la forma primitiva de aparición de todas las clases de normas, y por tanto también de las normas jurídicas. Claro es que no todas las costumbres son jurídicas; pues a través de la costumbre se manifiestan también normas morales, reglas del trato social, máximas técnicas, etc. Es jurídica la costumbre a través de la cual se manifiestan reglas sociales con carácter de mando inexorable, esto es, como de imposición forzosa. Y cuando se desintegra ya la primitiva costumbre indiferenciada, que contenía a la vez aspectos jurídicos, dimensiones morales, principios religiosos, reglas del trato social, máximas técnicas, etc., hallamos costumbres de todos esos tipos, ya perfectamente delimitada cada una en su propio y exclusivo carácter. Por lo tanto, encontramos costumbres jurídicas, es decir, costumbres mediante las cuales se manifiestan normas que tienen la pretensión de imperio inexorable. Costumbre jurídica, es, pues, la costumbre que rige en una colectividad y es considerada por ésta como jurídicamente obligatoria. Se distingue en ella de una parte, lo que propiamente constituye la norma jurídica, que es la convicción vigente en la colectividad de que determinado comportamiento es jurídicamente obligatorio, a lo cual se ha llamado *animus* y también *opinio iuris* u *opinio necessitatis;* y de otro lado, el hecho de la reiteración efectiva de esa conducta en el seno de una colectividad, a través del cual se manifiesta aquella convicción, hecho que crea la vigencia positiva de la norma. Este elemento extrínseco de la reiteración necesita una cierta duración. Pero claro es que este concepto de duración es muy relativo, ya que el mayor o menor número de las repeticiones depende de la índole de la relación; pues hay actos, por ejemplo la tala de los árboles de un bosque, que por su naturaleza sólo pueden realizarse a grandes intervalos, en cu-

yo caso un pequeño número de repeticiones será suficiente para demostrar una práctica uniforme. Lo que importa es que la costumbre constituya la expresión de un convencimiento efectivo en una colectividad. La costumbre jurídica traduce en lenguaje de hechos las convicciones que tienen los miembros de una colectividad respecto de aquello que es indispensablemente necesario para su vida común, de aquello que en este respecto constituye la convicción predominante.

En términos generales, salvando algunas excepciones, puede decirse que la costumbre jurídica tiene una superlativa importancia en las sociedades primitivas y rudimentarias, hasta el punto de que constituye el mayor volumen de su Derecho. En cambio, va perdiendo esa importancia en las sociedades adelantadas y es desplazada por la ley, a virtud de que se experimenta la necesidad de fijar de modo expreso y preciso las reglas jurídicas; y a virtud también de que la complicación de las relaciones sociales demanda un enfoque reflexivo de las mismas mediante la acción legislativa. De ordinario, la historia nos enseña que, al principio, la ley se limita a redactar por escrito y compendiar las antiguas normas consuetudinarias; pero después, al ritmo del progreso, se produce la necesidad de reformar y de complementar la regulación de origen consuetudinario, mediante nuevas normas emanadas ya de una acción reflexiva del legislador.

Sin embargo, no desaparece del todo la costumbre, sino que esta pervive, aunque en diferente proporción, según las diversas ramas del Derecho. A pesar de que la codificación ha restado enormemente importancia a la costumbre y ha restringido en gran medida su campo de acción, sin embargo, todavía subsiste en el campo del Derecho privado, pues la mayor parte de los códigos civiles —así como también mercantiles—le conceden vigencia como fuente subsidiaria de Derecho, en caso de que no exista ley aplicable al caso planteado; y también en otros casos completa su propia normación con la referencia a una regla consuetudinaria (por ejemplo, cuando la ley dice que el pago de un arrendamiento rural se verificará en la fecha que determine la costumbre del lugar). En Derecho constitucional, la costumbre tiene todavía gran importancia: el Derecho constitucional inglés se basa en muy pocos textos y en su mayor parte se apoya sobre costumbres; la delegación de competencias por el poder legislativo al ejecutivo en Francia se funda en un precedente consuetudinario; el proceder el jefe del Estado a la consulta de los principales jefes políticos en los casos de crisis ministeriales, en el Derecho constitucional español—cuando España era un Estado cons-

titucional—tenía también base consuetudinaria; etc. También tiene la costumbre gran importancia en materia de Derecho público internacional; precisamente, por el carácter embrionario, rudimentario, que aún tiene el Derecho Internacional, la costumbre juega un gran papel. En cambio, la costumbre está excluída del Derecho Penal de los pueblos civilizados, porque en éste se consagra el principio de que no puede haber delito sin una ley que lo declare anteriormente; y que tampoco puede imponerse ninguna pena sin que la haya establecido previamente una ley. Y también por razones de seguridad, se ha barrido la costumbre del campo del Derecho procesal, porque en él la certeza y el rigor de las formas juega el máximo papel.

Hay que advertir que las observaciones que acabo de hacer sobre el papel e importancia de la costumbre resumen la situación de los países del continente europeo y de los hispanoamericanos; pero que en cambio ocurre otra cosa en el Derecho inglés—y también en el norteamericano—. Inglaterra no se dejó arrastrar por el movimiento codificador; y su Derecho ha seguido siendo Derecho consuetudinario, o mejor dicho usos judiciales (*case laws*) consignados en las numerosas colecciones de sentencias (*Law Reports*); y el Derecho legislado se dicta para subsanar las deficiencias que pueda presentar el consuetudinario en determinados puntos.[52]

En general, la tónica racionalista e idealista del pensamiento moderno desde el Renacimiento hasta el siglo XIX desdeñó al Derecho consuetudinario. Por el contrario, el romanticismo, aplicado por la escuela histórica de Savigny, Hugo y Puchta a los temas jurídicos, exaltó superlativamente el Derecho consuetudinario, considerándolo como la fuente de Derecho auténtica y primaria. La reacción antirracionalista y la exaltación de lo instintivo y de lo intuitivo sentimental, que caracterizan al romanticismo, se manifiestan en la escuela histórica, en cuanto que sostiene que el Derecho no puede ser la obra de una especulación racional de gabinete, sino únicamente el producto espontáneo de la convicción jurídica del pueblo, como emanación de una supuesta alma nacional que se desarrolla en el proceso histórico, y que se manifiesta mediante la costumbre. Y por eso la costumbre es elevada a fuente primaria del Derecho. No es este el momento de proceder a un detenido examen crítico del Romanticismo, lo cual exigiría una digresión de excesivas proporciones. Baste aquí con indicar que la afirmación de un espíritu del pueblo o alma nacional, como una realidad substantiva, es una fantasmagoría mística, inexplicada, inexplicable y contradictoria, una arbitraria

substancialización de lo colectivo, cuya realidad no consiste en ser ni alma ni ningún otro género de cosa substante, sino en una especial forma de vida humana, según expuse ya, y además, precisa comprender que a medida que la vida social se complica, y que se acelera su ritmo, no es posible que la costumbre baste para colmar todas las necesidades de regulación.

Ahora bien, tampoco es lícito extremar el desdén hacia la costumbre jurídica; pues, en todo caso, siempre valdría para moderar el desvío hacia la costumbre, el admirable espectáculo de la vida inglesa, en la cual rige tan enorme volumen de Derecho consuetudinario.

Desde el punto de vista material, es decir, desde el punto de vista de la génesis de los contenidos jurídicos, suele también indicarse como una de las fuentes del Derecho la doctrina científica y la filosofía jurídica; porque se observa cómo, muchas veces, se incorporan al ordenamiento jurídico vigente las opiniones de los jurisconsultos y filósofos. Ahora bien, la ciencia y la filosofía del Derecho no funcionan directamente como fuentes de Derecho sino en la medida en que penetran en otras de las fuentes formalmente reconocidas como tales, es decir, en la medida en que influyen el pensamiento del legislador, o sobre las convicciones jurídicas populares, o sobre las ideas de los tribunales. Esto puede ocurrir, como ha sucedido a veces, respecto de la ley de una manera directa, es decir: la ley atribuye fuerza de Derecho a las doctrinas de determinados jurisconsultos, que es lo que por ejemplo ocurrió en Roma con la llamada ley de citas (año de 426), que convirtió en normas jurídicas vigentes las doctrinas de Papiniano, Gayo, Paulo, Ulpiano y Modestino. O bien lo que sucede—y ésto es lo más frecuente e importante—, es que las doctrinas jurídicas influyen sobre el pensamiento de los legisladores y de los jueces y aun también contribuyen a formar convicciones, que, después, se manifiestan consuetudinariamente. Y, así, a través de la jurisprudencia de los tribunales, la doctrina jurídica entra en el ordenamiento vigente.

Queda ya dicho que en la mayor parte de los pueblos occidentales, la fuente de Derecho que tiene un mayor volumen e importancia es la ley. En este sentido lato entendemos por ley toda disposición de carácter general, escrita, que es dictada por una instancia competente del poder estatal o público (incluyendo, claro es, a las entidades públicas subordinadas: Estado, miembro, región, provincia, municipio) y que, por tanto, comprende no sólo las leyes en sentido estricto (es decir, en el sentido que esta palabra tiene en los

Estados democrático-liberales, a saber, regla aprobada por el parlamento y sancionada por el jefe del Estado) sino también, además, los reglamentos y las órdenes generales emanadas del poder ejecutivo.

No es este lugar el oportuno para abordar el problema sobre las ventajas y los inconvenientes que tenga cada una de las fuentes aludidas, y singularmente la ley y la costumbre. Digamos sólo que la costumbre tiene los inconvenientes de que de ordinario constituye una instancia de perfiles más difusos, y que, por consiguiente, sirve menos a la urgencia de seguridad y de certeza, que es la raíz vital del Derecho; y que, además, es insuficiente para normar las complicadas relaciones de una sociedad adelantada; pero tiene la ventaja de que estando profundamente arraigada en la realidad, cuenta con decisivas probabilidades de que normará efectivamente y con éxito las relaciones para las cuales surgió. La ley tiene las ventajas que sirve plenamente a la seguridad y certeza jurídicas; de que puede subvenir a todas las necesidades que se vayan presentando; de que en ella puede encarnar mejor un ritmo progresivo; pero, en cambio, puede incurrir en el peligro de que se aparte demasiado de la realidad de las situaciones colectivas, de que quiera ir demasiado lejos en su afán reformador, y entonces fracase (se quede en mera letra muerta) o produzca resultados catastróficos por su enorme alejamiento respecto de unas determinadas condiciones históricas. En todo caso, tanto la ley como la costumbre representan manifestaciones de una voluntad social predominante.

6. *La sistemática del orden jurídico vigente*

Ya hice notar al comienzo de este capítulo que la totalidad del Derecho positivo de una nación en un determinado momento está compuesta no solamente de las leyes, de las costumbres, de los reglamentos, sino también por un numeroso conjunto de otras clases de normas; se trata de normas más concretas e incluso individualizadas para situaciones singulares, como son: los contratos (cuyo tenor constituye la ley que regula las relaciones de las partes contratantes), los testamentos (cuyas claúsulas regulan determinadas relaciones patrimoniales), las sentencias de los tribunales con referencia a la situación concreta para la que se dan, las disposiciones administrativas de las autoridades locales; las resoluciones de las autoridades administrativas sobre los casos sometidos a su decisión, etc., etc.

Todos esos diversos preceptos, que integran el ordenamiento ju-

rídico vigente en un momento dado, tienen distintos orígenes, rango vario; pero, sin embargo, guardan entre sí una conexión formal, es decir, se dan en una articulación orgánica, a pesar de las diferentes fuentes de su procedencia y de sus caracteres dispares. No podemos interpretar todos esos componentes como constituyendo un mero agregado inorgánico y desordenado, una mera yuxtaposición fortuita, sino que forman un todo unitario y conexo, un ordenamiento sistemático, cuyas partes guardan entre sí relaciones de coordinación y de dependencia. Ahora bien, ¿cuál es el principio que coliga en forma de sistema todas esas normas jurídicas de origen, de rango, y de alcance dispares? Pues se trata de un común título de vigencia formal, de un común fundamento de validez que es precisamente el que las constituye a todas en normas del ordenamiento vigente. Un conjunto de normas constituye un orden, es decir, un sistema relativamente independiente, cuando la razón de ser o validez de todas ellas se deriva de una sola y misma norma, sobre la cual todas se apoyan formalmente, la cual recibe con referencia a todas las demás la denominación de norma fundamental. Debemos esta teoría para construir el sistema del orden jurídico vigente a los maestros de la escuela vienesa Kelsen, Merkl y Verdross.[53] La creación o determinación de unas normas jurídicas está regulada en otras normas jurídicas. Así, por ejemplo, el establecimiento de las leyes ordinarias está regulado por la constitución; quién y de qué manera ha de emitir los reglamentos, se halla pautado en ciertas leyes; los fallos y los trámites judiciales están condicionados por normas jurídicas legales y reglamentarias, tanto de índole substantiva (civil, penal, administrativa, etc.), como de carácter adjetivo (personal); las ordenanzas locales se fundan en preceptos legales y reglamentarios que determinan las condiciones y la competencia de las autoridades municipales; los contratos son válidos cuando han sido concluidos por personas a las que la ley declara capaces, dentro del ámbito permitido por la ley, y según las formas ordenadas por ésta, etc., etc. Así, pues, el principio de conexión interna de un orden o sistema jurídico es una relación de fundamentación de la validez de unas normas en la validez de otras: si se pregunta cuál sea la razón de validez de una norma jurídica, es decir, la razón por la cual es parte integrante de un ordenamiento o sistema de Derecho (verbigracia del Derecho mexicano vigente), veremos que estriba en otra norma que regula la producción de la primera. Una norma vale, es decir, es tal norma jurídica vigente, porque y en tanto que fué establecida por quien y de la manera que dispone una norma superior; así, por ejemplo, el

precepto individualizado de la sentencia judicial encuentra la razón de su validez en determinadas leyes del Estado (la ley substantiva que aplica, las orgánicas por las que establecen los órganos judiciales, y las procesales que regulan la actividad de éstos); y todas ellas a su vez en la constitución.

Resulta, pues, que cada parte del sistema jurídico, es decir, cada clase de normas, se apoya en otras partes superiores del mismo; y además constituye a su vez la base o sostén de otros jalones inferiores. La totalidad del orden jurídico (vigente) constituye, pues, un sistema construido en forma escalonada o graduada, en estructura jerárquica, en el cual cada uno de sus pisos o eslabones depende del superior y a su vez sostiene a los inferiores. El Derecho regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma; de tal modo que la producción de una norma aparece condicionada en su validez por otra norma; y aquella a su vez es el fundamento determinante de la emisión de otros preceptos; y así sucesivamente hasta llegar a los mandatos ejecutivos.

Ahora bien, la validez de todas las normas de un orden jurídico viene a desembocar, al fin, esto es, a fundamentarse en última instancia, en la *constitución*—entendiendo por constitución la norma que determina la suprema competencia del sistema jurídico, es decir, la suprema autoridad del Estado—. Pero ¿y sobre qué se basa la constitución, de dónde recoge ésta su razón de ser? Puede ocurrir que una constitución vigente se derive de otras leyes constitucionales anteriores, que fueron modificadas por el órgano y según los trámites establecidos en ellas mismas; de suerte que la nueva constitución nació apoyándose por entero en lo previsto en la anterior. Pero, por fin, se llegará a una constitución que ya no fué establecida conforme a los preceptos de otra más antigua, bien porque fué la primera de la comunidad jurídica en cuestión, bien porque nació a través de una revolución o de un golpe de Estado, es decir, con solución de continuidad en la historia jurídica; en suma, llegaremos a la *primera constitución en sentido jurídico-positivo.* Ahora bien, el que esta primera constitución tenga validez, el que sea Derecho positivo, es algo que ya no puede fundarse en puros argumentos jurídicos, *sensu stricto,* extraídos del propio sistema, porque precisamente la totalidad del sistema jurídico y todo cuanto de él se derive se apoya en la constitución—mientras permanezcamos dentro de la esfera del orden jurídico de un Estado al que consideremos como plenamente soberano—. La validez o fundamento de esta primera constitución—nacida de modo originario, por ejemplo, por vir-

tud del establecimiento de un nuevo Estado, o a través de una revolución o golpe de Estado—no puede justificarse mediante *razones jurídico-positivas*. Su justificación ha de fundarse en otras consideraciones, en consideraciones políticas e históricas, que, en suma, implican un juicio de valor. El jurista, en tanto que puramente tal, y desde el exclusivo punto de vista jurídico, da por *supuesta* la validez de la constitución. Claro es que la validez de ese supuesto puede ser discutida en un terreno estimativo, y puede aducirse según los casos, razones en pro o en contra de la justificación de aquel supuesto. Pero ésto no pertenece a la estricta función jurídica: el jurista se aloja en un determinado sistema, y dentro de él procede a razonar el fundamento de cada una de sus partes; pero él no puede salirse fuera del sistema sobre el cual se apoya; y, por eso, no puede construir jurídicamente la cimentación de la norma fundamental del sistema, o, lo que es lo mismo, la cimentación de la totalidad del sistema. La fórmula de este *supuesto* o *hipótesis*, que fundamenta la unidad y la validez de un sistema jurídico, rezaría aproximadamente: *se debe uno comportar como manda el órgano establecedor de la primera constitución;* o bien: *aquello que ordene el órgano establecer de la primera constitución será la base positiva del Derecho vigente*. A este supuesto Kelsen le llama *norma fundamental hipotética* o *constitución en sentido lógico-jurídico*, para diferenciarla de la primera constitución positiva, que es establecida fundándose en ella, a la cual denomina *constitución en sentido jurídico-positivo*. Al decir que la norma fundamental tiene sólo un fundamento hipotético, nos referimos al punto de visto estrictamente jurídico inmanente al sistema; pero no queremos decir que carezca de fundamento: lo tiene ciertamente, pero de otra índole, no jurídico en el sentido restringido de esta palabra, sino histórico, sociológico, y en última instancia fundado en consideraciones estimativas. Pero desde el ángulo pura y exclusivamente jurídico de un sistema, resulta que la norma jurídica primaria, la constitucional, a fuer de piedra básica o angular de todo el ordenamiento, ya no puede tener fundamento dentro del mismo, sino fuera de él. O, dicho con otras palabras, la base de la norma jurídica primera ya no puede ser otra norma jurídica, sino una razón de otra índole, razón que se fundará en unos determinados hechos sociales conjugados con unas estimaciones políticas. Efectivamente, cada una de las partes de un sistema jurídico se apoya sobre otras partes del mismo, de similar modo a como cada uno de los sillares o ladrillos de un edificio gravita sobre otros; pero la totalidad de un orden jurídico positivo

ya no puede apoyarse sobre un procepto positivo, sino sobre algo que es previo al mismo sistema, análogamente a como los cimientos de una casa ya no descansan sobre ningún elemento de la construcción, sino sobre un plano previo. En el fondo, la base de un sistema jurídico consiste en un fenómeno de voluntad social predominante, en cuya formulación va implícito un juicio político estimativo. Pero este punto será abordado más adelante.

7. Las formas de producción del Derecho: de modo originario y de modo derivativo

De lo dicho se desprende que debemos distinguir entre dos maneras de producción de normas jurídicas: a) *Producción originaria,* que es aquella en que se crea la norma fundamental de un sistema u orden y da nacimiento al mismo, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa, por ejemplo: el establecimiento de una comunidad jurídica en un territorio no perteneciente a ningún Estado; la fundación de un nuevo Estado, como ocurrió con el Imperio alemán en 1870, y, así mismo, con la fundación de la República Checoeslovaca y de la República de Polonia en 1918; así mismo la revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes. b) *Producción derivativa,* que es aquella que tiene lugar cuando se producen normas, a tenor de lo dispuesto en un sistema jurídico ya constituído, por las competencias y según los procedimientos establecidos en éste; verbigracia: las leyes ordinarias dictadas por el poder legislativo que está consagrado por la constitución; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las sentencias pronunciadas por los tribunales competentes, según lo previsto en las leyes aplicables; los contratos concertados por los particulares que sean capaces, según la ley y dentro del campo por ésta admitido; etc., etc.

8. La producción orginaria. El poder constituyente

Cuando surge un orden jurídico por vez primera, es decir, sin apoyarse sobre ningún otro orden positivo anterior, es claro que representa una producción originaria; es decir, surgen normas que no hallan su razón de validez en otras normas, porque van a inaugurar un sistema, y, por tanto, constituyen normas primeras. Esas nor-

mas primeras no pueden aducir un fundamento de *legitimidad* jurídica dimanante de un previo sistema, puesto que no lo hay. Podrán aducir otro tipo de explicación o justificación histórica, política, ética—en suma, un juicio de valor—; pero no una legitimidad jurídica.

El problema no parece tan grave cuando se trata de la creación de un nuevo Estado. Pero, en cambio, se presenta como angustiante para la Filosofía del Derecho cuando la producción originaria dimana de la ruptura violenta del orden jurídico anterior (revolución, golpe de Estado o conquista). La revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes—que representan una violación del orden jurídico anterior—en muchos casos crean nuevo Derecho, originan un nuevo sistema jurídico. Esto no puede ser explicado por el puro jurista, por el jurista *sensu stricto*, porqué él se mueve dentro del campo inmanente de un sistema jurídico positivo vigente; y cuando se produce el hecho violento que arruina dicho sistema, el jurista se encuentra con que ha quedado destruída la esfera en que él moraba. Podrá transmigrar a la nueva esfera o sistema creado por el movimiento triunfante; pero no podrá aducir para ello razones jurídico-positivas, sino otro tipo de razones, (históricas, políticas, siempre en conjugación con puntos de vista estimativos). Cuales sean estas razones constituye un grave problema para la Filosofía del Derecho. Y puede ocurrir que cuando se habla de razones estimativas no se supone con ello forzosamente una sincera devoción política al nuevo régimen que haya surgido, sino que, aún sintiendo hostilidad contra él, si éste adopta la forma de la juridicidad y obtiene un asentimiento mayoritario normal—es decir, no por una violencia continuada, sino por adhesión de la conciencia social predominante—se preste acatamiento al nuevo sistema, por considerar que es necesario que haya Derecho; y una vez que se arruinó el anterior, es preferible aceptar el nuevo—si tiene forma jurídica—a que no haya ninguno. Y, entonces, se reconoce que ha nacido nuevo Derecho.

Ahora bien, el reconocimiento o comprobación de que ha nacido nuevo Derecho—aunque se haga por las consideraciones que acabo de apuntar—no implica necesariamente, en modo alguno, ni un juicio valorativo favorable a lo que haya creado la revolución o el golpe de Estado triunfantes, ni muchísimo menos que se tenga que bajar forzosamente la cabeza ante los hechos consumados. Puede reconocerse que ha nacido nuevo Derecho, y estimar, sin embargo, que éste es tan abominable que se sienta el deber de hacer todos los esfuerzos para derrocarlo, aun acudiendo a la violencia. Es decir, se

puede registrar la *legalidad de hoy;* y, no obstante, en méritos de unas consideraciones valorativas, al servicio de una idea de justicia, estimar que se deben hacer todos los esfuerzos para derribar esa legalidad de hoy y sustituirla en el mañana con una legalidad más justa, bien reanudando la de ayer, bien estableciendo otra nueva sobre bases mejores.

Se preguntará, tal vez, por qué ha de admitirse que de una ruptura violenta del orden jurídico pueda nacer en algunos casos nuevo Derecho; y por qué, en cambio, no se sostiene el principio de la legitimidad, es decir, el principio de que el Derecho tan sólo podría reelaborarse y reformarse mediante los procedimientos establecidos en el orden jurídico vigente. Pero adviértase que si pretendiéramos establecer tal criterio, habríamos de concluir que no hay actualmente en el mundo entero un sólo ordenamiento jurídico, pues en la historia de ninguna nación faltan revoluciones y golpes de Estado que hayan roto la continuidad jurídica. Nótese, además, que, aun admitiendo hipotéticamente dicho criterio de la legitimidad, el problema planteado por la aparición originaria de Derecho quedaría íntegramente en pie, pues la cadena que une las sucesivas fases del desarrollo legítimo del Derecho ha de tener un principio; esto es, tendrá un primer eslabón o peldaño, que no se apoyará en otros anteriores, sino que representará un momento de creación jurídica originaria, sin previo sustentáculo jurídico-positivo. Y hemos visto ya que hay otros casos de producción originaria de Derecho, aparte de la revolución, del golpe de Estado y de la conquista triunfantes.

En el fondo de la explicación y justificación de que tales hechos (de solución de continuidad en la historia jurídica) puedan crear —con arreglo a determinadas condiciones—nuevo Derecho late el sentido de certeza y de seguridad, que es la raíz vital del Derecho. Una vez que se ha derrocado y se ha hecho añicos el ordenamiento jurídico anterior, queda la sociedad sin Derecho; y, entonces, la necesidad que crea este vacío es colmada por el nuevo Derecho que crea la revolución, o el golpe de Estado o la conquista. Y ya desde un punto de vista estimativo, puede resultar preferible el nuevo Derecho surgido de ese acontecimiento violento—aunque no se le considere bueno—que la ausencia de todo orden jurídico.

Ahora bien, he de reiterar dos advertencias, que he esbozado ya. *En primer lugar,* nótese que la constatación de que ha nacido nuevo Derecho no significa de ninguna manera una aprobación valorativa de su contenido. El nuevo Derecho puede resultar mejor que el anterior, más justo, más adecuado a las circunstancias socia-

les y a las necesidades de la colectividad, como verbigracia ocurrió con el Derecho surgido de la Revolución Francesa, en relación con el derrocado del antiguo régimen. O, por el contrario, el nuevo Derecho surgido del golpe violento puede representar algo mucho peor que el derrocado, como por ejemplo ocurre con el orden creado por algunas revoluciones de nuestro tiempo, en el viejo continente, que significan una pura regresión y un agente de rebarbarización—aparte de que en dichos regímenes, hay un gran volumen de arbitrariedad, que no es Derecho ni justo ni injusto, sino para fuerza bruta al servicio del capricho—.

En segundo lugar, he de hacer notar que no todo cuanto haga el poder triunfante en una revolución, golpe de Estado o conquista, representa creación o nacimiento de nuevo Derecho. Para que se pueda registrar una producción originaria de Derecho son precisos esencialmente dos requisitos: 1º Que el nuevo producto, que pretende valer como Derecho, posea los caracteres o notas esenciales del concepto formal de la juridicidad, es decir, que se trate de mandatos con forma jurídica y no de mandatos arbitrarios; 2º Que la voluntad social predominante esté de acuerdo con el nuevo régimen, en virtud de una adhesión a él y no por el mero influjo aplastante de la fuerza bruta.[54]

El primer requisito se refiere, como he indicado, a la diferencia entre Derecho y arbitrariedad. Para que los mandatos emitidos por el nuevo régimen constituyan Derecho, es preciso que no sean mandatos arbitrarios. Es decir, se necesita que no sean mandatos que sólo respondan al capricho fortuito e imprevisible de quien dispone de la suprema fuerza, desligados de toda regla general, ajenos a todo principio fijo; sino que, por el contrario, es menester, que, fuere cual fuere su contenido, constituyan expresión de reglas generales que se imponen como vigentes para todos, obligando incluso a quien las dicta; esto es, precisa que representen principios inviolables con validez general, con vigencia estable, mientras no se los derogue o sustituya por otros de igual índole. Con éste primer requisito no se formula ningún juicio de valor sobre la justicia o injusticia, ni sobre la adecuación o inadecuación de los contenidos de las nuevas normas; sino tan solo se traza la delimitación entre aquello que tiene forma jurídica—y que a fuer de tal satisface la urgencia de certeza y seguridad—y aquello que representa única y exclusivamente la manifestación de los antojos singulares del detentador del poder, sin arreglo a ningún criterio fijo y estable, en suma, aquello que constituye pu-

ra arbitrariedad—y que, en tanto que tal, representa la destrucción de toda certeza y seguridad—.

El segundo requisito consiste en que para que el nuevo sistema de normas pueda ser considerado como Derecho vigente, es menester que en su conjunto consiga un reconocimiento o una adhesión de la mayoría de la comunidad, cuya vida se propone regular. Cierto que pertenece a la esencia de la juridicidad la dimensión de imperio inexorable o imposición coercitiva; pero ésta dimensión se refiere a todas y cada una de las normas dentro de un sistema *vigente*. Ahora bien, para que un sistema, en su conjunto, pueda ser considerado como *vigente,* precisa que se apoye sobre la efectiva voluntad social predominante; es decir, que cuente con una base real de asentimiento de la mayoría de la colectividad; que constituya una expresión de la predominante manera de pensar y de sentir de la sociedad. La raíz de la vigencia de un sistema jurídico no puede consistir en una pura relación de fuerza bruta. Por el contrario, ha de consistir en una resultante de las voluntades que forman la textura social. La más profunda raíz del mando jurídico no es jamás la fuerza material. El mando jurídico tiene a su disposición la mayor concentración de poder y de fuerza que hay en la sociedad, para hacer cumplir inexorablemente, impositivamente, si es preciso, sus preceptos. Pero su instalación como mando jurídico no se funda en la tenencia de los instrumentos de fuerza material, sino en un apoyo de opinión pública. Precisamente porque un régimen se instala con la aquiescencia de la opinión pública, porque cuenta con la resultante de las voluntades que integran la colectividad, por eso tiene a su disposición el aparato que se llama fuerza. Quien cuente única y exclusivamente con la brutalidad de una fuerza material podrá dirigir una agresión contra un pueblo, y aun sostenerla durante algún tiempo, pero propiamente no ejercerá un mando jurídico sobre el mismo. Dice a este respecto José Ortega y Gasset: "Conviene distinguir entre un hecho o proceso de agresión y una situación de mando. El mando es el ejercicio normal de la autoridad. El cual se funda siempre sobre la opinión pública—siempre, hoy como hace diez mil años, entre los ingleses como entre los botocudos— . . . La verdad es que no se manda con los jenízaros. Así Talleyrand a Napoleón: Con las bayonetas, Sire, se puede hacer todo, menos una cosa: sentarse sobre ellas. "Y mandar no es gesto de arrebatar el poder, sino tranquilo ejercicio de él. En suma mandar es sentarse. Trono, silla, curul, banco azul, poltrona ministerial, sede . . . El Estado, en definitiva, es el estado de la opinión pública."[55] Quien manda jurídicamen-

te dispone, como he dicho, de toda la fuerza para imponer sus normas a los rebeldes. Pero el hecho global de su mando, o lo que es lo mismo, el fundamento del sistema jurídico, del régimen como totalidad, no puede ser la fuerza, sino que debe ser una adhesión de la comunidad nacional.

9. *El poder constituyente*

No toda substitución o reforma de la constitución representa producción originaria de Derecho, ni, por tanto, inaugura un nuevo sistema jurídico, ni tampoco por ende determina una solución de continuidad respecto del orden anterior. Una constitución puede ser modificada o substituída normalmente, legalmente, es decir, siguiendo para ello el procedimiento de reforma previsto explícita o tácitamente en la constitución anterior, esto es, en la que se modifica o reemplaza; y, entonces, en nada se rompe la continuidad de la vida jurídica, puesto que al anterior cimiento constitucional se superpone otro nuevo engarzado con él, fundado en él; de suerte que la validez de la nueva constitución no representa algo primario; no es algo radicalmente originario, no es algo de nueva planta, sino que se deriva de la validez de la constitución precedente, la cual sirve de fundamento a la nueva.

Ahora bien, la reforma normal o legal de la constitución está limitada por barreras infranqueables: puede abarcar una serie de puntos, pero nunca el relativo a la titularidad legítima del supremo poder. Para que una modificación de la constitución pueda ser considerada como reforma legal, normal—y no como otro tipo de alteración completamente diverso—es necesario que respete la titularidad originaria del supremo poder, que se siga apoyando sobre el mismo poder primariamente consagrado como legítimo. Una reforma normal o legal de la constitución, no puede llegar al punto de cambiar la esencia de la constitución, no puede modificar el supremo poder del Estado; por ejemplo, no puede transformar un régimen democrático en un régimen de monarquía absoluta de derecho divino, ni viceversa; pues cualquiera de esos dos cambios representa una solución de continuidad, representa el surgimiento de un nuevo régimen, no apoyado en el anterior, sino basado precisamente sobre la negación de lo que era esencial en el anterior. Esto es así por la siguiente consideración, que resulta harto clara y notoria: el órgano o poder autorizado para reformar la constitución vigente es tal, precisamente porque esta constitución le confiere competencia para

ello; y, por consiguiente, de la constitución podrá modificar los puntos para cuya reforma se le otorga esa competencia, pero en ningún caso podrá modificar—aunque esa competencia no hubiere sido explícitamente limitada—lo que se refiere esencialmente a la titularidad del supremo poder. En el momento en que el órgano competente para la reforma de la constitución pretendiese modificar este punto—el de la titularidad o fuente del supremo poder—negaría el fundamento de su propia competencia legal; y, entonces, lo que hiciere en ese sentido, constituiría la fundación originaria de un nuevo sistema jurídico, sin conexión con el anterior, sin ningún fundamento sobre el anterior; representaría una ruptura total con el orden jurídico precedente, aun en el caso de que ésta se produjese de modo pacífico e incruento. Adviértase que para que se dé una solución de continuidad en la historia jurídica, esto es, para que se produzca la derrocación del sistema anterior y la fundación de nuevo Derecho, no es de ninguna manera indispensable que ocurran hechos de violencia material. Aunque ésto último sea lo más frecuente, sin embargo, la historia registra casos, en que sin ningún acto de violencia, un viejo régimen se hunde y aparece entonces un nuevo régimen—como producción originaria de nuevo Derecho—.[56]

La producción originaria de Derecho implica lo que se llama *poder constituyente*. Cuando se funda por vez primera una comunidad estatal (y también cuando en un viejo Estado, ha sido derrocado el régimen anterior), se da la situación constituyente, que se caracteriza porque no hay un Derecho positivo anterior que esté vigente, y porque va a fundarse el nuevo sistema jurídico.

Respecto del poder constituyente han de plantearse dos cuestionestiones: 1º En qué consiste el poder constituyente. 2º A quién debe corresponder el poder constituyente. El primero de los temas consiste en preguntarnos por el concepto esencial o puro de poder constituyente. El segundo es propiamente un problema de Estimativa Jurídica o de filosofía política.

Ocupémonos, ante todo, de la primera de esas cuestiones: de la índole del poder constituyente. El poder constituyente es por naturaleza ilimitado, absoluto, en tanto en cuanto que no se halla sometido a ningún ordenamiento positivo, y en tanto en cuanto no deriva su competencia de ningún otro poder, sino que se funda sobre sí mismo, en sí mismo, a fuer de primero y originario. La actuación del poder constituyente representa una formación originaria del Derecho; y, por lo tanto, no está regulado por ningún orden jurídico positivo preexistente. Precisamente el poder constituyente es la con-

dición para que después pueda haber Derecho constituído; y, por ello, no se encuentra condicionado por ninguna norma positiva anterior. El acto constituyente es el acto primordial y originario de soberanía, superior y previo a los actos de soberanía ordinaria—cuya futura regulación él mismo habrá de establecer—. El poder constituyente no puede hallarse sometido a ningún precepto positivo anterior—si antes había un ordenamiento, éste caducó—; por eso, el poder constituyente es superior y previo a toda norma establecida, ya que en él se fundará la validez de todas las normas que se establezcan. Por eso, el poder constituyente no está ligado por ninguna traba positiva: representa una voluntad inmediata, previa y superior a todo procedimiento estatuído. Como no procede de ninguna previa norma positiva, no puede ser regulado por preceptos jurídicos anteriores. Por eso, decía Sièyes, que el poder constituyente "lo puede todo."[57]

Ahora bien, no se malinterpreten las afirmaciones que anteceden, dándoles un sentido y un alcance diversos del que tienen. Al hablar del carácter ilimitado y absoluto del poder constituyente, se enuncia tan solo que no está sometido a ninguna norma jurídica anterior, sencillamente porque no hay ninguna norma jurídica anterior que esté vigente—las que sigan vigentes mientras actúe el poder constituyente, no derivan su vigencia de ningún título antiguo, sino de una convalidación tácita o expresa de parte del poder constituyente—. Pero esa formal ilimitación del poder constituyente, de ninguna manera implica que hayamos de considerar que el poder constituyente no esté sometido a otras normas no positivas ni que no deba seguir determinadas orientaciones valorativas. Es decir, el poder constituyente no está sometido a ninguna traba positiva, pero sí está sometido a los valores jurídicos ideales y a las exigencias del bien común en una determinada circunstancia histórica. El poder constituyente no se halla restringido por ninguna autoridad jurídica humana, pero debe obedecer a los principios de justicia y a los demás valores jurídicos y a la opinión social que lo ha originado.

El poder constituyente es por esencia unitario e indivisible; es decir, no es un poder coordinado a otros poderes divididos (legislativo, ejecutivo, judicial); antes bien, es el fundamento de todos los demás poderes que vayan a surgir y de sus respectivas competencias. La elaboración de una constitución *primera* (escrita o no escrita, de un tipo o de otro, expresa o tácita) supone un poder constituyente; y, así, del concepto mismo de constitución se deduce la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituídos. To-

das las competencias o facultades de los poderes constituídos se apoyan en la norma fundamental, base de la primera constitución, y como ésta es la obra del poder constituyente, resulta por ende que derivan de él. Todo el sistema jurídico se basa en la norma fundamental instituidora del poder constituyente ("será Derecho lo que ordene el poder constituyente"). El poder constituyente surge precisamente cuando no hay un sistema jurídico anterior—bien porque se trata de la fundación de una nueva comunidad política soberana, bien porque en una preexistente se arruinó el antiguo régimen—; y, por tanto, entonces no existe ningún poder constituído con título jurídico-positivo; el único poder legítimo es el constituyente; en él se confunde el hecho de su realidad con el Derecho; pues todo el Derecho que va a nacer se apoyará en el hecho del poder constituyente.

Se argüirá quizá, que, a través de los cambios de régimen, subsisten en el nuevo ordenamiento una serie de normas jurídicas recibidas del anterior—por ejemplo, el código civil, etc.—, cual ha ocurrido en más de una revolución. Pero tal objeción no está justificada en contra de la tesis que he expuesto, por la sencilla razón que confunde el contenido de las normas y su procedencia real con el título de su vigencia formal. Si después de una revolución triunfante subsiste el código civil que había nacido e imperado en el régimen anterior derrocado, aunque se trata del mismo código civil, ha variado sustancialmente su fundamento de validez. Impera en el nuevo régimen, no en virtud del título que lo apoyase en el pasado, sino merced a que el nuevo régimen lo ha convalidado expresa o tácitamente. Así, por ejemplo, en España, después de la proclamación de la República en 1931, siguió rigiendo el viejo código civil; pero, a partir de aquella fecha, rigió no porque lo hubiesen aprobado las Cortes de 1888 y lo hubiese sancionado la corona, sino porque el Poder Constituyente de la República lo convalidó tácitamente.

De ningún modo debe confundirse el poder constituyente con la competencia legal establecida por una constitución para la reforma parcial de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de algunos preceptos de la constitución no posee el carácter de poder constituyente *stricto sensu*, por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma constitución que se va a reformar, cuya identidad fundamental persistirá a través de todas las modificaciones normales que se le introduzcan. Esta facultad de reformar la constitución, aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el Derecho constituí-

do; y, a fuer de tal, está regulada y limitada por éste. En cambio, el poder constituyente puede estructurar el Estado como quiera, sin restricciones, libre de toda vinculación a organizaciones pretéritas.

He examinado hasta aquí la cuestión acerca de lo que es esencialmente el poder constituyente; es decir, en qué consiste. Pero queda la otra cuestión, que ya enuncié, la de *quien deba ser* el titular del poder constituyente. Pero éste ya no es un problema de Teoría general del Derecho, sino una cuestión de Estimativa Jurídica y de Filosofía política. Por lo tanto, debería quedar aplazada esta cuestión para la última parte del libro, en la cual se tratará de la Estimativa Jurídica. Mas para no romper la unidad de asunto relativo al poder constituyente, enfocaré ahora el mencionado tema, aunque él representa un punto de vista formalmente distinto de los que integran el contenido de esta investigación; pues, ahora, no se trata de indagar la esencia de un concepto jurídico, sino de preguntarnos por una exigencia valorativa.

Las concepciones de la monarquía absoluta fundada en un supuesto Derecho Divino sostenían que el poder constituyente correspondía al rey, quien lo recibiría plenariamente en su persona concreta, a virtud de una Voluntad Divina taxativa y determinada. Esta tesis hace ya más de un siglo que entró en franca decadencia, aun en el mismo seno del tradicionalismo monárquico, el cual trató de buscar fundamentos democráticos para su tesis,—cual ocurrió dentro de los partidos realistas del luteranismo alemán, pues el propio Bismarck aducía la voluntad del pueblo como base de la corona prusiana y de la institución imperial—. En tiempos recientes, los movimientos políticos totalitarios (ruso, italiano, alemán) han tratado de fletar otras tesis, que no resisten a un examen serio, pues representan la expresión de piruetas frenéticas—la entronización de mitos: clase, audacia violenta, raza—; y aún tales mitos han sido proclamados sin convicción plena, pues al mismo tiempo que eran predicados con paroxista estruendo, se trataba de buscar un apoyo democrático (real o fingido) a dichos regímenes. (Adviértase que los regímenes totalitarios—tanto el ruso-soviético, como el fascista-italiano, como el nazista-alemán—no se caracterizan tanto por su antidemocracia, pues son típicamente revoluciones de masas, sino por la negación de la dignidad humana y de la libertad; y es fundamentalmente en esa negación de la libertad donde reside su barbarie y monstruosidad).

La zona de cultura occidental mantiene la concepción democrática, según la cual, el poder constituyente compete a la comuni-

dad nacional de modo plenario. El titular del poder constituyente debe ser la nación, como unidad capaz de obrar, como conjunto de sujetos que tienen conciencia de su integración nacional y voluntad de afirmarla. Según la teoría democrática clásica,[58] el poder constituyente compete legítimamente a la soberanía nacional, una, plena e indivisa; y es inalienable, permanente, intransmisible e imprescriptible. Permanece siempre en potencia, latente bajo toda constitución derivada de él. Y, así, cuando la constitución positiva caduca y con ella cae todo el ordenamiento jurídico positivo, entonces el poder constituyente de la plena soberanía nacional asume el carácter de única autoridad legítima.[59]

10. La producción derivativa del Derecho.—La legislación constitucional.—La legislación ordinaria.—Los reglamentos.—El negocio jurídico.—La sentencia judicial.—La resolución administrativa.—El acto ejecutivo

Se ha puesto ya de manifiesto que el ordenamiento jurídico positivo regula él mismo su propia producción, es decir, la producción de sus normas.

Sea cual fuere el origen real concreto de las diversas normas y aún el orden cronológico de su producción, todas ellas se articulan—según expliqué—en un sistema unitario jerárquico o escalonado; de suerte que cada una tiene en otra superior el fundamento formal de su vigencia; y, al propio tiempo, ella constituye la base de la vigencia de otras inferiores. Los grados o escalones del sistema jurídico se organizan en una serie, que va desde la norma fundamental, pasando por las normas superiores más abstractas y generales—constitución positiva, legislación ordinaria, reglamentos—pasando a través de otros grados intermedios (órdenes, estatutos, negocios jurídicos) hasta las más concretas e individualizadas—sentencias, resoluciones, actos ejecutivos—.

En contra de esta doctrina de Merkl y de Kelsen, se ha argüido que ella puede ser válida para explicar determinados ordenamientos jurídicos—*v. g.* el de la República Austriaca, el de la República Checoeslovaca, el de la República Española 1931, etc.—, que han sido construídos según ese patrón de sistema jerárquico; pero que, en cambio, no sería aplicable a otros ordenamientos jurídicos, como el inglés. Pero en esa objeción anida un grave error. Se supone indebidamente que la doctrina de la jerarquía de las nor-

mas o construcción escalonada del orden jurídico trata de afirmar que, en la historia, real y efectivamente, los ordenamientos jurídicos se han producido según ese patrón; y entonces resultaría que ésto no sería aplicable al Derecho inglés, ni a otros muchos ordenamientos. Pero no es éste el sentido de la doctrina; ella no pretende de ninguna manera ser la copia fotográfica de la realidad de los elementos que constituyen un orden jurídico, cuyo origen efectivo puede ser heterogeneamente dispar y vario en el tiempo; sino que esta teoría se propone otra cosa. Se propone interpretar todos esos elementos varios, es decir, todos los múltiples y diversos preceptos —sean cuales fueren las peripecias reales de su gestación—como formando un *sistema jurídico,* que sólo puede basarse en una articulación jerárquica de competencias formales. Se propone explicar, no los azares reales a través de los cuales han surgido las diversas normas, antes bien, el fundamento de validez formal de cada una de ellas. Por ejemplo, dos personas celebran un contrato ignorando la legislación civil y por tanto sin tener conciencia clara de que ellas están obrando con una competencia recibida del código civil; pues bien, sin embargo, las cláusulas de ese contrato son válidas, como Derecho vigente para determinadas relaciones entre las partes, a virtud de la delegación que el código establece a favor de los particulares para que dentro del ámbito por éste concedido regulen contractualmente sus relaciones. Una sentencia puede enunciar expresamente por primera vez una norma, que antes no estaba formulada; pues bien, sin embargo, se estima que esa norma, aunque antes no se hallaba formulada, estaba ya de antemano vigente, y que élla es precisamente la que concede validez al fallo dictado en la sentencia, que de otra manera no podría ser considerado como un precepto inserto en el orden jurídico vigente. Una corporación puramente privada crea sus propios estatutos, sin intervención de ninguna autoridad oficial; pero esos estatutos forman parte del Derecho vigente, tan solo a virtud de que una norma superior del mismo admite que ése sea un medio de producción de Derecho. En algunos Estados americanos, de hecho el Ejecutivo podrá ser el poder más fuerte, el que en realidad obre con prepotencia decisiva; pero sus determinaciones valen jurídicamente, en tanto en cuanto podemos interpretarlos como ejercicio de competencias que le concede la constitución, o como delegaciones recibidas del Legislativo.—Así, pues, la teoría de la estructura jerárquica de las normas o construcción escalonada del orden jurídico no es un relato de realidades, ni una narración histórica, sino que es el instrumento metódico mediante el

cual el jurista puede construir el sistema del orden jurídico positivo vigente, con los materiales que recibe.

Esta serie escalonada parte de la norma fundamental en sentido lógico-jurídico (cuyo concepto ya expuse)—por ejemplo: "será Derecho aquello que establezca el poder constituyente *X*"—. De esta norma fundamental o primera constitución en sentido lógico—jurídico, se deriva la primera constitución en sentido jurídico-positivo, ésto es, el conjunto de normas (establecidas por el poder constituyente, supuesto como válido) que regulan la creación de las demás normas ulteriores.

La constitución positiva puede establecer una diferencia de rango o grado entre sus normas y las leyes ordinarias ulteriores, en tanto en cuanto determine que las modificaciones o enmiendas de la misma deban ser elaboradas siguiendo un procedimiento diverso del de la legislación ordinaria (bien porque se confíe su producción a un órgano legislativo especial, distinto del órgano legislativo ordinario; bien confiriéndosela a este mismo, pero imponiéndole un procedimiento especial o determinados requisitos extraordinarios). Cuando se produce esta diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, podemos formular entonces un concepto formal de constitución, que representa un rango supremo en la jerarquía de las normas positivas, por encima de las leyes ordinarias. Y bajo esta forma constitucional pueden ser reguladas materias diversas; de ordinario ocurre que mediante esta forma de legislación constitucional se determina no sólo la elaboración de las leyes, sino también el ejercicio del poder ejecutivo, la Administración de justicia, la ley económica suprema; de otra parte, así mismo, los llamados derechos fundamentales o de libertad individual (de conciencia, de pensamiento, de locomoción, seguridad, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia); los derechos políticos (igualdad ante la ley, petición, sufragio, acceso a cargos públicos etc.); los derechos a prestaciones positivas del Estado (los relacionados con el trabajo, con la asistencia social, con la educación, etc.) Pero algunas constituciones incluyen además la regulación de otras materias, con objeto de dotar a esa regulación de una especial y más fuerte protección. Y, así, hay preceptos constitucionales que norman la institución del matrimonio y la del divorcio, la autonomía municipal, los derechos de los funcionarios, los derechos de los trabajadores, etc. La regulación constitucional de esas instituciones tiene por objeto hacer imposible que sus normas sean suprimidas o reformadas por vía de la legislación ordinaria. Naturalmente que ésto tiene tan solo sentido

cuando la constitución no pueda ser reformada por el procedimiento de la legislación ordinaria; porque en el caso de que la constitución pueda ser modificada por una ley ordinaria, entonces no tiene finalidad práctica ninguna el incluir tales materias dentro de la norma constitucional.

La *legislación ordinaria* representa, en el sistema jurídico, el grado inmediatamente inferior a la constitución. En sentido material se llama ley a toda disposición jurídica escrita, de carácter general; y, por lo tanto, dentro de ese concepto caen también los reglamentos y, en suma, todas las reglas jurídicas generales, dictadas deliberada y conscientemente por los órganos con competencia para ello. Ahora bien, se llama ley en sentido más estricto, en sentido formal, a las reglas generales emanadas del poder legislativo y según los trámites que la constitución perceptúa para la función legisladora. También suelen recibir el nombre de leyes en sentido formal, aunque impropiamente, todos los acuerdos y actos del poder legislativo, aunque no sean el establecimiento de normas de carácter general, como por ejemplo la concesión de la ciudadanía a una persona por un acuerdo del Legislativo, o la otorgación por éste de pensiones a ciudadanos ilustres, el nombramiento de un Regente, la declaración de guerra, el voto de fondos para un homenaje, etc., etc. Así, pues, ley en sentido material equivale a norma jurídica escrita de carácter general. Y ley en sentido formal es la norma emitida bajo la forma establecida por la constitución para la legislación ordinaria, sea cual fuere su contenido—general o particular—.

Los *reglamentos* son disposiciones generales dictadas por órganos del llamado poder ejecutivo (Jefe del Estado con la asistencia de un Ministro o de un Secretario, Ministros o Secretarios por sí mismos, Directores generales, autoridades de la administración local). Aparte de las diferencias por el respectivo rango de la jerarquía administrativa de que emanen, pueden distingiurse varias clases de reglamentos. En primer lugar debemos registrar los reglamentos, que, aunque dictados por el Ejecutivo, tienen un rango parejo a las leyes *sensu stricto*, y que son de dos clases: a) los que emite en virtud de una delegación expresa recibida del poder legislativo, para regular determinadas materias con rango de ley; b) los llamados reglamentos de necesidad, que puede dictar el poder ejecutivo, en circunstancias especialmente graves, teniendo fuerza de ley, pero que, en su momento, deben ser sometidos a la consideración del Legislativo. En segundo lugar, encontramos los reglamentos, propiamente tales, que representan un rango inferior a las leyes

en la jerarquía de las normas: y estos reglamentos pueden ser: a) una especificación o concreción detallada de normas formuladas más ampliamente en las leyes; b) normas supletorias de las leyes, en puntos no regulados por éstas y en lo que no se opongan a ellas. Finalmente, hay lo que podríamos llamar reglamentos de reglamentos, es decir disposiciones aclaratorias y concretadoras de otros reglamentos superiores, dictadas por autoridades de menor categoría, a saber órdenes generales de subsecretarios, directores generales, etc.

De otro lado, encontramos normas de carácter particular que regulan las relaciones recíprocas de varios sujetos, y que representan un grado inferior en la jerarquía del orden jurídico; se trata de las *normas convencionales o corporativas* y de las nacidas de los *negocios jurídicos* (contratos, testamentos, etc.). Suele llamarse Derecho corporativo el contenido en los estatutos de las fundaciones, de las corporaciones autónomas, de las asociaciones. Las reglas contenidas en esos estatutos no proceden materialmente de órganos del Estado, pues han surgido en el mismo seno de las mencionadas entidades. Pero esas reglas son normas jurídicas, insertas en el sistema de Derecho vigente, porque éste concede a tales entes (corporaciones, asociaciones, fundaciones, etc.) competencia dentro de cierta esfera y con arreglo a determinadas condiciones, para dictar normas jurídicas que regulen determinadas relaciones recíprocas entre sus miembros y aun del grupo con otros sujetos. Tienen dimensión de normas jurídicas vigentes, porque quien las dicta ha recibido de la ley una competencia delegada para ello. Tanto es así, que dichos estatutos—en cuya elaboración no ha intervenido materialmente ningún órgano público—si son aplicados por los tribunales, es porque se entiende que formalmente valen como voluntad del Estado. Y si, por el contrario, no fuesen aplicados por los tribunales, por entender éstos que no podían tales reglas valer como voluntad del Estado, entonces tendríamos que reconocer que las dichas normas no constituirían normas jurídicas vigentes, y tendrían meramente el carácter de reglas sociales—que quisieron ser Derecho, pero que no lo llegaron a ser—.

Lo mismo podemos decir respecto de las normas concretas e individualizadas, que son creadas en los negocios jurídicos, mediante una declaración de voluntad, a la que el Derecho atribuye competencia para producir preceptos aplicables a determinadas relaciones. Las partes que intervienen en un contrato elaboran ellas mismas las cláusulas del mismo, que constituirán las reglas jurídicas según

las cuales tendrán que regirse determinadas relaciones entre aquellas. Pero esa declaración de concorde voluntad, que constituye el negocio jurídico llamado contrato, es una norma de Derecho, porque la ley autoriza a los particulares para que establezcan reglas concretas sobre determinados aspectos de su compartimiento, dentro de ciertos límites y con sujección a unos especiales requisitos. Por eso, refiriéndonos al ejemplo del contrato, puede decirse que las partes al establecer sus pactos obran como delegadas por la ley. La ley estatuye determinados supuestos para los contratos en general, y otros especiales para cada tipo de contrato en particular; pero deja a las partes—la mayoría de las veces—un margen de autonomía, para que ellas mismas acuerden libremente la regulación concreta de varias de sus pretensiones y deberes. Lo que acuerden las partes es una norma jurídica individualizada (es decir, de contenido concreto, concreto lo mismo en lo que se refiere a las personas que a la materia de la relación) porque así lo establece la ley; porque ésta ha delegado en las partes la facultad de dictar de común acuerdo tales reglas. Tanto es así, que cuando dos sujetos (capaces) realizan un convenio sobre materia no admitida por la ley, ésta no reconoce como norma jurídica lo que hayan acordado; es decir, no reconoce efectos jurídicos a ese convenio. Y lo mismo ocurre, cuando la ley exige que un determinado convenio para que tenga validez haya de ser celebrado según ciertas formalidades (*v. g.*, la hipoteca, mediante documento notarial); pues bien, en ese caso, si falta la forma, el convenio no crea precepto jurídico, en suma, no es jurídicamente válido (tal ocurriría verbigracia con un contrato verbal de hipoteca); y entonces nos encontraríamos pura y simplemente ante un convenio social, pero que nada tendría que ver con el Derecho. Podría haber acuerdo auténtico de voluntad entre sujetos capaces y sobre materia lícita; pero no habría contrato jurídico; de esa relación social no surgiría ningún precepto jurídico; porque de ninguna manera se podría imponer coercitivamente lo acordado en el convenio. Así, pues, dentro del ámbito de un determinado ordenamiento jurídico positivo, las normas emanadas de los contratos—y de los demás negocios jurídicos—son normas jurídicas vigentes, porque y en tanto que ese ordenamiento jurídico otorga a las partes la delegación para que establezcan reglas de Derecho en determinadas relaciones, dentro de ciertos límites y a condición de cumplir determinados requisitos.

Los grados inferiores en el sistema jurídico están constituídos por las normas de tipo más concreto e individualizado: las senten-

cias judiciales y las resoluciones administrativas. Las normas generales regulan situaciones de hecho abstractamente determinadas, adscribiendo a esos supuestos (es decir a esas situaciones de hecho) unas consecuencias también abstractamente determinadas. Pero la norma general (ley, reglamento, estatuto, etc.) para ser llevada a la práctica y obtener así su aplicación efectiva, precisa de una individualización, tanto respecto del sujeto de la misma, cuanto de la conducta que impone. Este es el papel que cumplen las normas individualizadas y concretas de la sentencia judicial y de la resolución administrativa. Mediante la sentencia judicial—o la resolución administrativa—se comprueba de un modo cierto si se da concretamente la situación de hecho prevista en abstracto por la ley—como condición para el deber jurídico, que ésta establece—; se determina concretamente además el contenido concreto de ese deber jurídico, y por fin se le impone a un sujeto singularmente determinado. Muchas veces, entre la ley y la sentencia se interpone la norma creada en un negocio jurídico; y, entonces, la sentencia no sólo cumplirá las prescripciones de la ley, sino también las normas más concretas establecidas en el negocio jurídico (*v. g.* en el contrato).

Finalmente, llegamos al último extremo de la cadena jurídica, a saber, al acto de ejecución material, en el cual se impone—si es preciso por la fuerza—el cumplimiento de un precepto jurídico individualizado; *v. g.*: los actos de los agentes de la autoridad que practican la ejecución de una sentencia o de una resolución administrativa, o que evitan por medio de la fuerza la comisión de un delito, etc., etc.

Así, pues, todo el proceso de producción y desarrollo del Derecho aparece como un sistema de sucesivas delegaciones, que va desde la constitución hasta los actos individualizados de ejecución forzosa.

Ahora bien, repito una vez más que con esta teoría no se trata de hacer la narración de cómo efectivamente surgen en la realidad las diversas normas jurídicas; sino que se trata de algo muy diverso, a saber, de construir el sistema lógico del orden jurídico positivo, gracias a lo cual podremos determinar el fundamento formal de la vigencia de cada una de las normas. Y esa es la única manera de hacerlo; pues, para eliminar posibles contradicciones, precisa que tengamos la posibilidad de referirnos a una construcción unitaria.

11. Relación entre las normas generales y las individualizadas

Acabo de mostrar cómo entre las normas generales, las menos generales, las concretas y las plenamente individualizadas, se dan siempre relaciones de delegación. Surge ahora la pregunta de cuáles sean los tipos de esa relación de delegación entre las normas generales y las individualizadas.

Pues bien, puede decirse que esa relación de delegación entre las normas generales y las individualizadas pueden ser de tres tipos:

a) *Taxativa.* La norma general señala taxativamente la pauta a que forzosamente deben atenerse los que han de elaborar las normas concretas e individualizadas. Así, por ejemplo: los casos en que la ley determina previamente—de modo general—cual debe ser el contenido de los fallos judiciales o de las resoluciones administrativas, sin dejar al juzgador ningún margen de apreciación discrecional; también el contenido de ciertos contratos, cuyas normas son taxativamente determinadas por la ley, sin admitir que las partes puedan elaborarlas por su cuenta, verbigracia el matrimonio, en cuanto a las relaciones personales entre los cónyuges; pues solamente es libre el *si* ha de celebrarse o no (es libre el casarse o no) ; pero no es libre el contenido de las relaciones matrimoniales (no se puede acordar por mutuo consentimiento de las partes un matrimonio temporal a plazo fijo, o exento de los deberes de fidelidad y mutuo auxilio, o sin la obligación de residir conjuntamente, etc.)

b) *Supletiva.* La ley concede a las partes que intervienen en una relación jurídica autonomía para que ellas mismas determinen por su propia voluntad la norma que ha de regir la relación creada por el negocio en cuestión; y sólo para el caso de que las partes, al crear una determinada relación jurídica, no hiciesen uso de esas facultades que se las conceden, la ley determina entonces supletivamente las normas a que deberá acomodarse el desarrollo de la relación creada. Así, pues, en este caso la norma fijada por la ley entra en vigor sólo a condición de que las partes no hayan dispuesto otra cosa. Por ejemplo: ésto es lo que ocurre en mucho códigos civiles respecto de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges: se concede a quienes van a unirse en matrimonio, antes de celebrarlo, la facultad de otorgar un contrato en el que libremente determinen cual va a ser el régimen patrimonial de la futura sociedad conyugal; pero si no hacen uso de la facultad de otorgar ese contrato, entonces, la ley impone un determinado régimen (el de gananciales según algunos có-

digos, el de comunidad según otros, el de separación según otros). Análogamente, cuando algunos códigos civiles determinan que, salvo pacto en contrario, el depósito civil se considerará gratuito. Y también hay algunos casos en que ese tipo de regulación determinada, pero de modo supletivo, se dá con respecto al juez; es decir, la ley señala una solución al juez, pero no con carácter necesario, sino tan solo para el caso de que éste no estime que está especialmente justificada otra solución diversa por motivos que la ley no puede prever, pero que si pueden ser concretamente apreciados por el juez. Así, verbigracia, en el Art. 73 del código civil español se determina —respecto de los efectos de la sentencia de divorcio—que "si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años." Este es el tipo de regulación que propugna el llamado movimiento del "Derecho libre" o "libre Jurisprudencia" (Magnaud, Kantorovicz, etc.), el cual propone la disminución del Derecho taxativo y su substitución por regulaciones de tipo supletivo.

c) *Delegación en las partes, en los jueces, o en los funcionarios administrativos.* La ley no impone una determinada norma taxativa ni tampoco ofrece una regla supletiva para regir unas especiales relaciones, sino que delega en las partes o—en su caso—, en las autoridades, para que fijen la norma que estimen más justa y adecuada; y concede vigor de norma jurídica a lo que dispongan las partes o a lo que resuelva el juez (o el funcionario administrativo). La delegación (expresa o tácita) puede ser *particular* para determinadas relaciones; o *general* para todos los casos no previstos en la ley ni en la costumbre (ni en otras normas previamente formuladas).

Veamos algunos casos de delegación particular o singular. Uno de ellos es el de los llamados contratos innominados, para los cuales, la ley concede a las partes plenas facultades para determinar, dentro de las condiciones generales de la contratación, los pactos que tengan por conveniente, sin ofrecer regulación supletoria (lo cual no sería posible, precisamente por tratarse de figuras no delineadas de antemano en la ley). Un ejemplo de delegación especial en el juez lo hallamos cuando la ley confía a éste la determinación del plazo de las obligaciones que no lo tuvieren señalado, o cuando el plazo hubiese quedado a voluntad del deudor. Otro ejemplo de delegación particular o especial es el de todos aquellos casos en que la ley o el reglamento confieren a determinados funcionarios una esfera de facultades discrecionales, para llevar a cabo la articulación y la ejecución de unas actividades administrativas.

El tipo de delegación general es el principio esencial, de todo orden jurídico, de que los tribunales no podrán en ningún caso rehusar el fallo por causa de que no exista previamente formulada una norma, pues entonces deberán resolver según los principios generales del Derecho. Hay algunos ordenamientos jurídicos que contienen explícitamente este principio, en forma de precepto inserto en el código civil; y que expresamente ordenan al juez que cuando se halle frente a un caso no previsto por la ley, ni por la costumbre, sin embargo deberá resolverlo según el criterio que estime como obligatorio: según los principios generales del Derecho, dicen el código español, el mexicano, el argentino, el peruano; según la equidad, dice el código hondureño; según el Derecho natural dice el código austriaco; según las reglas que el juez establecería si tuviese que obrar como legislador e inspirándose en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, dice el código suizo. Pero hay varios ordenamientos jurídicos que no contienen la manifiesta expresión de un precepto similar, cual ocurre por ejemplo con los códigos civiles francés, belga, alemán y otros, que no se ocupan de la cuestión de las lagunas, ni indican las fuentes subsidiarias para los casos en que no haya regla formulada aplicable. Ahora bien, en tales ordenamientos rige exactamente el mismo principio expresado en otros, de que no podrá de ninguna manera denegarse el fallo en caso de laguna de la ley y de la costumbre y que, entonces, el juez deberá dictar sentencia ateniéndose a la regla que estime procedente. Y es que este principio no constituye un precepto jurídico positivo que haya dictado el legislador en determinados ordenamientos y que en cambio, no figure en otros; sino que es un principio esencial de todo ordenamiento jurídico, lo mismo si se halla formulado explícitamente, como si no lo está; es una necesidad absoluta de todo orden jurídico; es un postulado forzoso de todo Derecho positivo. A este principio le denominamos: la *plenitud hermética del orden jurídico vigente*. El Derecho es esencialmente una relación de seguridad social, impuesta autárquicamente; y, por eso, cuando surge un conflicto social, el Derecho ha de pronunciar forzosamente una solución—bien de regulación positiva, por ejemplo atribuyendo a alguien un determinado deber; bien de garantía negativa, consagrando una esfera de libertad (*v. g.* a nadie se puede obligar a una creencia religiosa)—; pero en uno y otro caso se trata de una solución que es impuesta inexorablemente, y que deslinda la incertidumbre que implicaba el conflicto planteado. Por eso, dice Del Vecchio,[60] que no hay interferencia o controversia social entre los hombres, por

complicada que parezca, o por imprevisible que se nos antoje, que no exija o deba tener solución en el campo del Derecho vigente. Y la solución debe ser ejecutiva. Las dudas puden persistir largo tiempo en el campo de la teoría—la misma filosofía del Derecho puede discutir durante siglos sus cuestiones—; pero la vida jurídica práctica no admite dilación. A cualquier cuestión jurídica debe darse un fallo—que teóricamente podrá no ser infalible, pero—que prácticamente tiene que ser definitivo. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social. El Derecho pretende constituir necesariamente una regulación total—se entiende, desde su punto de vista jurídico—, por lo cual hay que predicar de él esencialmente la plenitud hermética, es decir, hay que afirmar que debe dar solución jurídica a todo conflicto planteado. Y no se diga en contra de esta tesis—como argüía mi querido maestro Diez Canseco—que es posible que alguien acuda a los tribunales pretendiendo que éstos resuelvan una controversia que puede ser por entero ajena al Derecho, como verbigracia lo sería la discusión acerca de una cuestión filosófica; porque, aún ese caso, debe tener solución jurídica—que desde luego no sería la solución del problema filosófico, pero sí la solución del conflicto práctico planteado con respecto al mismo. Tomemos el ejemplo que proponía como objeción el Dr. Diez Canseco; ahora bien la polémica filosófica llevada ante los tribunales se presentaría en la siguiente forma: Juan demandaría ante el juzgado a Pedro para que este fuese condenado a reconocer la verdad de tal doctrina filosófica a lo cual se negaba; y entonces lo que ocurriría es que el juez dictaría sentencia absolviendo al demandado de la pretensión del demandante, porque estimaría como un principio vigente del orden jurídico que la conciencia y el pensamiento son libres y que a nadie se puede inquietar por sus opiniones y, en conscuencia, mandaría al demandante que se abstuviese de molestar al demandado. Con esto queda patente improcedencia de la referida objeción.

Mas si bien el sistema del orden jurídico vigente ha de considerarse necesariamente como completo, como plenario, como hermético, sin poros, es decir, sin lagunas, en cambio es evidente que de hecho éstas existen en el conjunto de materiales del Derecho positivo. Es un hecho que en el conjunto de leyes, reglamentos, costumbres, etc., que integran el Derecho formulado de un orden jurídico, hay vacíos. Pero esos vacíos efectivos deben ser necesariamente rellenados por quien ejerce la función jurisdiccional (juez o funcionario administrativo). De suerte que se puede decir que el

Derecho formulado, el explicitado en leyes y costumbres, presenta muchos vacíos o lagunas; pero que el orden jurídico vigente, que por esencia debe ser total—herméticamente pleno—contiene en principio respuesta a toda controversia práctica; porque si hay alguna laguna, ésta deberá ser necesariamente llenada por el juez. Claro que esto se predica del Derecho vigente. En cambio, los ordenamientos históricos, que rigieron en el pasado, pero que hoy no rigen, como no desempeñan ya ninguna función práctica, muestran todos sus vacíos. Radbruch dice con expresión afortunada: "se nos ofrece el espectáculo de que el ropaje de la ley se le aparece al jurista mientras él lo lleva como un manto real; pero tan pronto como se lo ha quitado o se lo quiere quitar, o lo lleva otro, se transforma entonces en una harapienta y manchada capa de mendigo".[61]

Y lo mismo que decimos de las lagunas puede aplicarse a las contradicciones. El conjunto de materiales (leyes, costumbres, reglamentos, etc.), que integran un orden jurídico positivo vigente, presenta más de un caso de normas contradictorias entre sí; pero el orden jurídico como tal, como vigente en un determinado momento, no puede albergar ninguna contradicción. Ahora bien, como de hecho sus elementos la tienen, el jurista debe proceder mediante sus métodos de interpretación y de construcción jurídica a eliminar esas contradicciones; pues el orden vigente debe dar una respuesta unívoca a todos los casos que se planteen.

Bien ¿pero cómo se deben rellenar las lagunas? Ya hemos visto que hay un considerable número de ordenamientos que remiten al juez a los principios generales del Derecho, a la equidad, al Derecho natural, al criterio que él aplicaría si fuese legislador, etc. Y otros ordenamientos no manifiestan expresamente cuál deba ser este criterio, tal vez por haber hallado dificultad en expresarlo mediante una fórmula, y de ese modo, en definitiva, confían a la ciencia y a la técnica del juez la resolución de las lagunas.

Convendrá que examinemos, si bien sea muy someramente, los problemas que plantea la necesidad de que el juez rellene las lagunas del Derecho formulado, determinando la norma aplicable al caso planteado, que no estaba previsto ni en la ley, ni en la costumbre.

Cuando ni la ley ni la costumbre resuelven el caso planteado, es el jurista quien debe determinar la norma. Ahora bien, el juez no dispone del mismo margen de arbitrio que tiene el legislador; pues el juez no puede aplicar puramente y sin restricciones su propio criterio personal, sino que está ligado por los principios cardinales que inspiran el ordenamiento positivo. En primer lugar, el juez debe

tratar de extraer de los principios generales formulados en el ordenamiento positivo las consecuencias que sean aplicables al caso que tiene que resolver y que no estaba especialmente previsto. Y si esto no fuese posible, es decir, si no se lograse un resultado mediante tal procedimiento, entonces deberá probar de obtenerlo mediante el *método de analogía,* que consiste en trasladar a una situación de hecho *a* una regla *b,* que no le es directamente aplicable, pero que se refiere a una situación de hecho análoga. Es decir, la analogía se funda no sobre la identidad de los hechos jurídicos, sino sobre la identidad del motivo de la norma; esto es, descubre que dos casos suscitan igual razonamiento jurídico, y entonces aplica a uno de ellos (no previsto) la ley dictada para otro, pues entre ambos descubre que debe haber un mismo punto de vista de regulación.

Cuando tampoco haya sido posible determinar la norma por vía analógica, entonces el juez deberá acudir a otros procedimientos. ¿A cuáles? ¿Podrá decidir según las reglas que él establecería si tuviera que obrar como legislador (según dice el Código civil suizo)? No estimo que sea plenamente acertada esa fórmula del código suizo; porque el juez no dispone de la holgura que tiene el legislador. El juez no es libre de guiarse por su personal convicción, sino que debe rellenar el vacío del ordenamiento según los principios positivos efectivamente inspiradores de éste y acudiendo además al trasfondo de convicciones sociales de hecho vigentes, que enmarcan y condicionan la interpretación de la ley. De suerte que en esa labor de rellenar las lagunas, el juez no tiene franquía para guiarse por su personal opinión, sino que debe procurar que se conserve el criterio de las valoraciones que inspiran al conjunto del ordenamiento positivo; debe conservar el estilo valorativo del sistema vigente, sin que le sea lícito substituirlo por una opinión personal discrepante. En cambio, tales limitaciones no se dan para el legislador, quien sólo está ligado por los preceptos constitucionales de rango formal superior. La norma que el juez formule para rellenar la laguna no debe hallarse en contradicción con el espíritu informante del ordenamiento positivo, y debe, además, atenerse al complejo de convicciones sociales vigentes, que integran, junto con las normas expresas, el orden jurídico en vigor.

Claro que, en última instancia y a falta de todo criterio positivo vigente, el juez deberá acudir a una operación de estimativa ideal, es decir, a lo que considere como principios ideales del Derecho. Y ésta es realmente la situación de hallarse de veras y con todo rigor ante una laguna. Pues no es un caso de auténtica laguna, sino más

bien tan sólo de aparente deficiencia, aquél en el cual pueda recabarse una norma mediante la aplicación concreta de principios generales formulados, o mediante el procedimiento analógico, o mediante una generalización inductiva, o mediante la aplicación de los criterios valorativos que de hecho y efectivamente inspiran el ordenamiento. Pero el caso extremo que ahora tenemos planteado, el de la auténtica laguna, es otro: es aquél, para el cual no se ha podido obtener solución no sólo en la ley ni en la costumbre, sino tampoco en la generalización, ni en la analogía, ni en los criterios cardinales del ordenamiento, ni en las convicciones sociales que también lo integran. Y, entonces, en última instancia subsidiaria, el juez debe inspirarse en un juicio de valor, en una estimativa jurídica ideal.

La creencia en unos principios de justicia, la idea de unos principios de Derecho natural o de Derecho racional—mejor se diría en unos valores que deben inspirar al Derecho positivo—ha sido siempre patrimonio de las convicciones tanto individuales como colectivas, a través del desarrollo histórico de la humanidad. Esta creencia sólo ha sufrido algunos breves eclipses en la teoría, con las irrupciones del escepticismo—el de los sofistas, el escepticismo propiamente dicho de Pirron, algunos conatos escépticos en el Renacimiento con Charron y Montaigne, y con el positivismo y el materialismo del siglo XIX. Pero el humano espíritu ha superado siempre satisfactoriamente todas esas breves crisis escépticas, saliendo de ellas más fortalecido. Cuando, en el siglo XIX, algunas escuelas se jactaban de excluir o de ignorar una medida ideal del Derecho, sin embargo esta idea se reafirmaba vigorosamente en la vida. Y, así, toda la política estaba impregnada de ella. Toda revolución implica una creencia iusnaturalista (sustituir un orden que es, por otro que debiera ser); pero especialmente la Revoución Francesa, magna apoteosis de la fe en el Derecho Natural, de la que derivaron los movimientos constitucionales del siglo pasado. Esta misma idea triunfó en la legislación positiva, que recogió las máximas fundamentales iusnaturalistas de las doctrinas liberales y democráticas y esta idea domina también en la jurisprudencia, que constantemente se refiere a ella, bajo expresiones varias ("buenas costumbres", "moral", "exigencias éticas", "naturaleza de las cosas", "equidad", "buena fe", "recta razón", "espíritu de justicia", etc.) No puedo desarrollar aquí este razonamiento, que se refiere a la teoría de los valores jurídicos, pues de él me ocuparé en la última parte de este libro, consagrada a la *estimativa jurídica;* y, entonces, justificaré rigorosamente este

tema, es decir, el tema de los criterios ideales para el enjuiciamiento del Derecho.

Baste aquí con señalar que cuando el juez no halle solución para un caso en los criterios positivos insertos de modo expreso o de modo tácito en el ordenamiento, entonces debe acudir a un criterio de estimación ideal.

Quedó ya expuesta la articulación formal de la multitud de normas que integran el orden jurídico positivo, como un sistema jerárquico o escalonado de delegaciones entre los diversos grados de la producción del Derecho. La ley regula mediante normas generales el conjunto habitual de las situaciones jurídicas (o reconoce con vigencia jurídica las reglas del Derecho consuetudinario); y, para los casos imprevistos, que la inagotabilidad de la vida humana puede plantear, delega bien de modo expreso, o bien de modo tácito—en virtud del postulado de la plenitud hermética del orden jurídico positivo—en el juez (y en los demás funcionarios encargados de la aplicación de las leyes) para que elaboren los correspondientes preceptos individualizados, inspirándose en los criterios normativos, que resulten pertinentes. El juez deberá inquirir esos criterios primeramente en los principios que presiden el ordenamiento positivo. Para ello se servirá de los procedimientos de extracción de consecuencias de los preceptos generales; de la analogía; de la generalización inductiva; de la interpretación de los puntos de vista valorativos del sistema jurídico positivo, y también en el trasfondo de convicciones sociales vigentes. Pero a defecto de un resultado mediante todos esos métodos enumerados, entonces el juez deberá determinar por su cuenta y mediante un juicio de valoración la norma que estime como idealmente válida y no incompatible con los principios formulados del ordenamiento vigente; y, a virtud de ella, dictar la sentencia. De este modo, la norma en que el juez funde su sentencia obtiene un grado de formulación o determinación, cuyo alcance mayor o menor en el futuro dependerá de la virtualidad de normación general que tenga la jurisprudencia de los tribunales dentro del ordenamiento positivo. Cabría decir que el legislador provee a los casos imprevistos, firmando un documento en blanco, que será llenado por el juez, quien deberá inspirarse en un principio de justicia, en una estimación ideal, que es, en definitiva, el mismo propósito intencional, que anima a la legislación formulada. Y, así, el juez reconoce a esos principios una vigencia positiva dentro del ordenamiento jurídico.

Adviértase que el juez estima que esos principios ideales, base

de su sentencia, constituyen normas jurídicas, que estaban ya vigentes, antes de que él las proclamase, aunque no se hallasen formuladas de manera explícita. Entiende que ya antes de que él dicte el fallo, regía la norma sobre la cual se funda éste. Pues si no fuese así, el fallo habría de contener un pronunciamiento especial en que se declarase la fuerza retroactiva de la norma que en él se formula; pero no es esto lo que ocurre. Se entiende que la norma no nace o cobra vigencia en el momento de la resolución judicial, sino que se considera que, aun cuando no hubiese obtenido anterior formulación expresa, esa norma regía ya antes y que por ende se hallaban ya sometidas a ella las situaciones jurídicas a las cuales atañe.

Las normas ideales a que el juez acuda en caso de rigorosa laguna, no pueden estar en contradicción con otras normas formuladas del sistema positivo; porque si así fuese, no le sería lícito al juez inspirarse en estos criterios ideales, ya que ello equivaldría a hacer saltar en pedazos el ordenamiento positivo; equivaldría a destruir la certeza y seguridad, raíz esencial de todo Derecho. Pero, en cambio, se reconoce a tales principios ideales un imperio positivo en los huecos de las normas formuladas, merced a la función judicial, que, por delegación de la ley los aplica a los casos no previstos en ésta. Así, pues, no hay dualidad ni pugna de sistemas, positivo e ideal, sino un sistema único, el positivo. Porque los principios ideales aplicados por el juez, constituyen auténtico Derecho positivo, ya que la nota esencial de éste es la imposición inexorable o protección coercitiva, la cual obtiene su consagración en la sentencia o resolución dotada de ejecutividad.

Por otra parte, los principios ideales se entrecruzan con las normas formuladas en los casos en que la interpretación de estas requiere valoraciones no contenidas ni siquiera tácitamente en las mismas. Pero esos principios ideales, utilizados por la jurisprudencia como criterio de interpretación, quedan por eso sólo ya positivizados.

CAPITULO XI

EL ESTADO (ESTADO Y DERECHO)

Sumario: *1. Planteamiento del problema de la relación entre Estado y Derecho.—2. La pregunta: ¿qué es el Estado?—3. El examen de las posiciones doctrinales típicas.—4. Relaciones entre Estado y Derecho. La realidad del Estado.—5. Tipo de relación entre la dimensión jurídica del Estado y su realidad social.*

1. Planteamiento del problema de la relación entre Estado y Derecho

A lo largo de los capítulos anteriores han menudeado las alusiones al Estado. Así, cuando se trataba de explicar la esencial característica de imposición inexorable, que es propia del Derecho; así también, cuando se planteó el problema de la diferencia entre normas de Derecho y reglas del trato social; también al distinguir entre mandatos arbitrarios y mandatos jurídicos. También asomó la referencia al Estado, cuando al exponer el concepto de personalidad jurídica colectiva, mencioné en qué consistía la personalidad del Estado en tanto que tal. Finalmente, en el capítulo precedente he explicado el Derecho positivo como voluntad del Estado (en sentido formal, es decir, como imputación jurídica); y al construir el sistema del orden jurídico positivo, lo mismo que al hablar de la producción originaria de Derecho, ha sido constante la mención del Estado.

Ahora bien, esta serie de alusiones al Estado, cuando se trataba de exponer el concepto del Derecho y el sistema del orden jurídico, no han sido fortuitas, antes bien resultaron indispensables. Lo cual por lo menos nos hace presumir con harto motivo que verosímilmente entre el concepto del Derecho y el concepto del Estado media una muy estrecha conexión, acaso esencial y necesaria. Este capítulo, pues, va a estar dedicado a examinar con todo rigor cual sea el

tipo de relación que media entre el Derecho positivo vigente y el Estado.[62]

2. *La pregunta: ¿qué es el Estado?*

Pero este problema es solidario de la consideración sobre qué es el Estado. Por eso será preciso formular la pregunta: ¿qué se entiende por Estado?

A primera vista, parece como si la realidad del Estado fuese algo notorio. Y, sin embargo, cuando tratamos de determinarla de un modo rigoroso, se nos antoja confusa y con perfiles huidizos. Encontramos el Estado formando parte de nuestra vida y nos encontramos nosotros formando parte del Estado. Prácticamente nos referimos a él en innúmeras ocasiones: los sentimos gravitar sobre nosotros, imponiéndonos múltiples y gravosas exigencias; nos enrolamos, a veces, a su servicio, con entusiasmo; otras, lo experimentamos como obstáculo para nuestros deseos; sabemos que sin él la vida nos sería imposible, o por lo menos muy difícil; pero también, en ocasiones, llega a exigirnos el sacrificio de nuestra propia vida; en la medida en que hacemos política, nos afanamos para conseguir que sea de un determinado modo; de una parte, nos hallamos como ingredientes de él; de otra parte, lo consideramos como una magnitud transindividual; jamás lo hemos percibido en su auténtico y total ser, pero lo vemos actuando en manifestaciones varias, como actividad legislativa, como administración, como ejército, como policía, como asistencia social, como tribunales de justicia; nos aparece simbolizado en un escudo, en una bandera, en un himno; nos dirigimos a él, pidiéndole que haga determinadas cosas; y también nos enfrentamos con él, en demanda de que no haga, de que se abstenga, de que nos deje en libertad de realizar nuestros quehaceres propios e individuales, que no quisiéramos ver violados por su intervención. Y, sin embargo, a pesar de ser el Estado algo tan próximo a nosotros, con el que estamos en trato constante, cuando intentamos apresar su esencia, determinar su ser, aprehenderlo en un concepto claro y preciso, se nos escapa y vacilan todas las representaciones que del mismo nos habíamos formado.

Aparte del conocimiento confuso, meramente aproximado que tengamos del Estado por el trato cotidiano con él, el pensamiento humano se ha planteado respecto del mismo diversos interrogantes.

De un lado hubo pensadores que se preguntaron sobre cuáles sean los medios más eficaces para dominar la vida del Estado y con-

seguir un influjo decisivo en él; es decir, problemas de lo que podría llamarse preparación para la carrera política y para el éxito en ella: indagación de la técnica que permita apoderase de los resortes del Estado y manejarlos con efectivo dominio. Este es el punto de vista que predomina en los sofistas griegos y en Maquiavelo; y también en una serie de literatura contemporánea sobre la técnica de la revolución y del golpe de Estado. Ahora bien, como quiera que para manejar una cosa, se precisa algún conocimiento de ella, de aquí que en tales estudios se contega mucho de interesante acerca de algunos aspectos de la realidad del Estado y de su funcionaminto.

En general, durante toda la historia del pensamiento, el problema respecto del Estado que ha preocupado mayormente es el ideal que deba inspirar su organización. ¿Cómo deben los hombres configurar, organizar y dirigir el Estado? ¿Qué deben los hombres hacer con el Estado? ¿Cuál es el tipo de Estado mejor? ¿Cuáles son los principios que deben inspirarlo y a la luz de los cuales se justifique? Este es el tema que se ha planteado el pensamiento filosófico en Platón y, en general, en todas las doctrinas de la antigüedad clásica; lo mismo que en las teorías de la Escolástica en la edad media; y también en toda la filosofía moderna (Locke, Rousseau, Kant, Fichte, etc.); y en toda la doctrina política de la edad moderna: Vitoria, Suárez, Soto, Mariana, Althusio, Grocio, Tomasio, Puffendorf, Wicliff, Hobbes, Rousseau, etc., etc.

Pero aparte de estos dos problemas (el pragmático y el del ideal), el pensamiento contemporáneo—con precedentes en otras épocas—se ha planteado respecto del Estado otro problema, a saber el de cual sea su *realidad*. El Estado es un algo que está ahí; pues bien, ¿en qué consiste ese algo? ¿Qué es el Estado? ¿De qué índole es su ser? Decimos de él que *es;* ¿qué sentido o acepción tiene aquí la palabra ser? ¿De qué ingredientes se compone el Estado? ¿Qué es lo que en él ocurre o pasa efectivamente? Este tema es previo respecto de todas las demás cuestiones sobre el Estado; respecto de la cuestión pragmática de técnica política y también respecto del problema sobre el ideal político.

Esta pregunta sobre *qué es* el Estado se ha intentado contestarla desde planos diversos en cuanto a profundidad y amplitud. De un lado se han producido estudios descriptivos de las diversas realidades estatales; también consideraciones de sociología empírica sobre la textura y los procesos dinámicos del Estado. De otra parte, como en el Estado hay una organización jurídica, que parece desempe-

ñar en él predominante y esencial papel, otros estudios han atendido preferentemente a esta vertiente jurídica.

Pero ninguno de esos tipos de estudios llega a la entraña radical del problema sobre la esencia del Estado; ninguno de ellos contesta satisfactoriamente la pregunta: ¿qué es esencialmente el Estado? Aquellos estudios (los sociológicos y los jurídicos) nos dan a lo sumo noticia solamente de algunos ingredientes que hay en el Estado, de lo que en él ocurre, de su perfil jurídico. Pero con todo esto no tenemos todavía la definición esencial del Estado, la determinación de su ser propio.

¿Qué es el Estado? ¿Es quizá una cosa, un organismo natural, parejo a otros organismos biológicos—como pretendió alguna escuela del siglo XIX?[63] ¿Es un alma nacional o espíritu popular, como sostenía el romanticismo? ¿Es un estadio o manifestación del espíritu objetivo, según exponía Hegel? ¿O es una complicada mixtura de múltiples y heterogéneos ingredientes (territorio, hombres, normas) como ha venido afirmando durante mucho tiempo la doctrina más difundida? ¿Constituye acaso una mera forma mental, una síntesis de conocimiento, que unifica desde el punto de vista de la finalidad una serie de elementos varios y dispares, como explicaba Jellinek? ¿Es puramente un sistema ideal de normas, con vigencia objetiva y coercitiva, delimitada en cuanto a las personas sujetas a dichas normas, en cuanto al espacio y en cuanto al tiempo, como afirma Kelsen? ¿Es quizá un complejo de fenómenos de cultura, como movimiento histórico en constante reelaboración, en devenir incesante, según sostienen otros autores, como, por ejemplo, Litt y Smend? ¿Es una fuente suprema que formula decisiones en vista de fundamentos legítimos y adecuados, mediante la coordinación de diferentes grados de voluntades separadas para actuar de modo que se alcance un fin determinado, según explica Harold Laski? ¿Es tal vez la realidad del Estado una realidad institucional personificada jurídicamente, es decir, la personalidad jurídica de la nación, como dice Hauriou? ¿Es una unidad dialéctica de ser y deber ser, de acto y sentido, encarnada en una realidad social, como mantiene la tesis de Hermann Heller? He aquí, enunciados en rápido desfile una serie de diversos ensayos doctrinales, elaborados para contestar esta pregunta acerca de qué sea el Estado. He traído aquí a colación estas referencias, no como datos eruditos—de los cuales quiere estar alejado este libro—, sino para que el lector se forme más fácilmente idea del sentido de la pregunta que se formula. Se

trata de una cuestión estrictamente filosófica; en suma de determinar en qué consiste la esencia del Estado.

Ahora bien, el lector habrá advertido, que, en este tema de la determinación de lo que el Estado sea, juega un principalísimo papel la cuestión acerca de la relación entre Estado y Derecho. Ello se patentiza en todas las varias respuestas a que he aludido sumariamente. Pero sobre todo se hace notorio en el hecho de que muchos temas esenciales de la teoría del Derecho llevan consigo una implicación de temas sobre el Estado. Y, seguramente, la solución al tema sobre que sea el Estado, llevará implícita la respuesta a la pregunta sobre cuales sean las relaciones entre Estado y Derecho; o viceversa, esta respuesta contendrá la solución al interrogante sobre la naturaleza del Estado.

Conviene que antes de desarrollar el estudio de este problema de la relación entre Estado y Derecho, se llame la atención sobre lo siguiente. Casi siempre—por no decir siempre—que pensamos en el Derecho, hallamos implicada en él la noción del Estado, entendido éste como instancia objetiva que impone inexorablemente el cumplimiento de los preceptos jurídicos; entendido como órgano de la coercitividad; y entendido como personificación del orden jurídico positivo. Por otra parte, parece que cuando pensamos en el Estado, implicamos también la referencia al Derecho: nos lo representamos como el órgano del Derecho. Barrúntase, pues, ya a primera vista, que hay una recíproca implicación entre los conceptos del Derecho y del Estado. De tal modo se nos plantea el problema. Ahora bien, se trata de inquirir rigorosamente si en efecto es así, o si, por el contrario, el examen esencial no confirma esta apariencia. Al hilo, pues, de este tema, surgen las siguientes cuestiones, que son la especificación del mismo. ¿Constituyen el Estado y el Derecho entes distintos, pero relacionados de alguna manera esencial? ¿Trátase, por el contrario, meramente de dos palabras que designan una sola e idéntica cosa, de suerte, que, en puridad, el concepto del Estado y el del orden jurídico positivo coincidirían plenamente? En caso de no ser así, es decir, si el Estado no es lo mismo que el orden jurídico vigente, ¿qué tipo de relación media entre ambos? ¿Trátase de una relación de implicación esencial, de suerte que no cabría un concepto del Estado sin implicar el concepto del Derecho, o por el contrario, cabe un concepto pura y exclusivamente sociológico del Estado, ajeno en absoluto a todo punto de vista jurídico? ¿Hay por el otro lado una relación de implicación esencial entre el concepto del Derecho y el concepto del Estado, es decir, implica el concepto del

Derecho una mención o referencia al Estado? Si Estado y Derecho no coincidiesen exactamente, si no fuesen una y la misma cosa—aunque estén trabados entre sí—, ¿cuál sería el tipo de relación entre el uno y el otro?

3. *Examen de las posiciones doctrinales típicas*

Aunque quiero mantener esta obra libre de relatos eruditos—y del examen crítico de las doctrinas ajenas—, que he ofrecido ya en otros de mis trabajos,[64] sin embargo, será indispensable hacer algunas alusiones a las diversas posturas típicas que se han producido en la doctrina sobre este tema.

Ha habido gran número de teorías, que han querido definir el Estado como una pura realidad, dejando aparte todo punto de vista jurídico. Otras doctrinas han sostenido que el Estado ofrece dos caras o dimensiones: una jurídica y otra sociológica, pero sin llegar a determinar con precisión cual sea el tipo de conexión que medie entre ambas. Otra teoría—la de Kelsen—ha afirmado la estricta identidad entre Estado y Derecho (orden jurídico vigente), hasta el punto de decir que se trata de dos palabras para designar el mismo objeto. Finalmente, el pensamiento actual ha vuelto a considerar que en el Estado hay realidades sociológicas pero también esencialmente dimensiones jurídicas; pero ha tratado de entender rigorosamente la relación entre esa realidad social del Estado y su ordenamiento normativo.

El ir examinando críticamente las posiciones típicas respecto de un problema ofrece la ventaja de una especie de vacuna, que previene que se pueda reincidir en pensamientos que mostraron ya su error, o que por lo menos, fueron ya superados; y, de esa manera, es posible adquirir mayores probabilidades de acercarse a la vía correcta en la cual podamos hallar la solución del problema planteado. Sólo con esta finalidad pasaré revista—si bien muy breve y sumaria—a una serie de doctrinas sobre el ser del Estado.

Teorías que consideran al Estado como un ser de la naturaleza. Entre las varias modalidades de estas doctrinas, que pretenden que el Estado es un ser natural, un pedazo de la naturaleza, y, que, por tanto, intentan explicarlo mediante una ciencia de tipo natural, es decir, pareja a las demás ciencias de la naturaleza, hay que destacar sobre todo las llamadas *teorías organicistas stricto sensu.*

Según esas tesis organicistas *stricto sensu,* el Estado constituye

un organismo biológico—parejo a los organismos animales—enormemente grande con tejido epitelial (las instituciones protectoras del patrimonio, de la salud, del orden interno, de la seguridad exterior); con tejido óseo—constituído por la tierra, las calles, los edificios—; con tejido vascular—integrado por las instituciones económicas—; con tejido muscular—compuesto por las organizaciones técnicas del trabajo—; con tejido nervioso—representado por el gobierno, y por las redes telegráficas y telefónicas, que transmiten sus órdenes—. Este organismo estaría sometido a las leyes biológicas de la generación, nacimiento, crecimiento, desarrollo, enfermedades y muerte; tendría sexo (habría Estados masculinos como John Bull, el *Tío Sam;* y femeninos como la bella Francia), y subsistiría a través del cambio y perecimiento de sus elementos componentes. A la altura de nuestro tiempo, no hace falta, en verdad, decir muchas palabras para desechar por entero esas teorías organicistas. Ellas son una manifestación de la sociología naturalista—hoy derrumbada—que pretendía considerar que en el mundo no hay nada más que naturaleza; y que pretendía explicar todos los objetos del *cosmos* como pedazos de la naturaleza. Esa sociología estaba ciega para ver y entender todos los múltiples y variados algos que en el *cosmos* hay que no constituyen naturaleza—por ejemplo, las ideas; así mismo la vida humana estrictamente como tal (es decir, no como biología, sino como biografía); también las realidades culturales e históricas (es decir, la vida humana objetivada)—y no se deba tampoco cuenta de que todos esos objetos que no son naturaleza no pueden ser conocidos con los métodos de las ciencias naturales, pues necesitan, además de la explicación de sus causas, la *comprensión de su sentido*. El Estado es una realidad humana, que, a fuer de tal, resulta irreductible a la realidad natural de lo biológico; y que posee un sistema privativo de categorías, que no tienen correspondencia en el mundo de la naturaleza. Por otra parte, el concepto de organismo, que emplean esas teorías, es en extremo vago e impreciso; y muchas veces no se sabe si están tratando de aplicar a lo humano-social una noción de organismo tomada de las ciencias biológicas o si, por el contrario, el concepto de organismo que emplean, representa una transposición de la idea de la organización—tomada de las ciencias sociales—al terreno de lo biológico—. Además, la mayor parte de esas teorías organicistas, a pesar de que pretenden manejar sólo métodos de observación fenoménica, sin embargo, están inspiradas por el deseo de querer fundar un determinado criterio político (y en esa dirección ha habido ensayos para todos los gustos).[65]

Otras doctrinas[66] han querido ver en el Estado un mero complejo de *relaciones de fuerza,* de suerte que quienes la poseen mayor someten a los más débiles. Pero aunque es notorio que en el Estado hay relaciones de poder y utilización de la fuerza, la realidad estatal no se agota en esas puras relaciones de violencia física. Pues—según se verá—el Estado es un mando especial; pero el mando es una relación social, que no puede equipararse de ninguna manera a la pura dominación física.

Teorías romáticas y hegelianas. Son las teorías que exponen el Estado como una realidad espiritual substante.

Las de raíz preponderantemente romántica (Savigny, Stahl, etc.) afirman la existencia—bien que misteriosa y arcana—de un alma nacional, como substancia psíquica real, pero no consciente, que es la fuente de la vida histórica, y de la cual emanan las manifestaciones de la cultura (derecho, usos, idioma, arte, etc.), y que constituye el substrato radical del Estado.

La doctrina de Hegel—y todas las en ella inspiradas—afirma que el Estado es el Espíritu objetivo que se determina a sí mismo como idea ética consciente de sí misma; y que cada Estado constituye una manifestación o fase del Espíritu objetivo, es decir, un sistema de ideas jurídicas, morales, artísticas, en que se informan los espíritus subjetivos de los individuos que en él participan.

La tesis que quiere explicar la realidad del Estado como alma nacional está inspirada en las ideas románticas, a saber: el animismo universal, la tendencia antirracionalista, la exaltación de las realidades históricas de cada pueblo, y la apasionada afición a lo misterioso. En suma, esta doctrina representa una fantasmagoría poética, acaso muy bella, pero sin ningún argumento científico ni filosófico serio en su favor: es un puro credo místico, en el que se ha inspirado el tradicionalismo político a ultranza—con lo cual se pone de manifiesto, que en ella late un propósito político y no tanto de sereno conocimiento de lo que el Estado sea—.

En cuanto a la teoría del Estado como autodeterminación del Espíritu objetivo, su examen crítico detallado nos llevaría a una tan extensa serie de consideraciones sobre los puntos capitales de la filosofía de Hegel, que no es pertinente hacerlo aquí dentro del reducido marco de esta alusión. Tan solo recordaré que he mostrado ya que lo que Hegel expone como Espíritu objetivo, no es una realidad substante e independiente, sino que se reduce pura y simplemente a lo que he explicado como vida humana objetivada. Esta substancia-

lización teórica de lo cultural y de lo colectivo ha constituído después el fundamento—más o menos próximo o remoto, pero en definitiva el fundamento—de los sistemas políticos que niegan la dignidad humana y suprimen la libertad—fascismo, bolchevismo, nacional-socialismo—.

Alusión a las teorías puramente sociológicas del Estado. Se han producido muchas doctrinas que han definido el Estado como una realidad social; es decir, el Estado es una realidad, pero no una realidad física ni biológica; tampoco una realidad exclusivamente espiritual; sino que su realidad es la que tienen todas las entidades colectivas, bien que con especiales características. Y, así, hay una serie de teorías que definen el Estado como un organismo social;[67] otras como una institución;[68] otras como una corporación de peculiares caracteres, etc.

En principio, no parece desacertado afirmar que el Estado es una realidad social. Ahora bien, el problema que se plantea, en este momento, estriba en saber si el Estado puede ser comprendido única y exclusivamente como pura realidad social, sin esencial referencia al orden normativo del Derecho; o si, por el contrario, no podemos llegar a establecer el concepto de esa especial realidad colectiva que llamamos Estado, como no sea acudiendo a la noción de un orden normativo ideal, es decir al ordenamiento jurídico.

La mayor parte de las doctrinas sociológicas sobre el Estado complican en su definición el punto de vista jurídico; así ocurre, por ejemplo, con la teoría del organismo social, que precisamente ha sido elaborada sobre todo por juristas (como Gierke); así también ocurre con la teoría de la institución de Hauriou, que define al Estado como la personificación jurídica de la nación.

Pero ha habido algunos ensayos doctrinales que se han propuesto dar un concepto pura y exclusivamente sociológico del Estado, sin aludir en nada al concepto del Derecho. Han pretendido definir el Estado nada más que como un complejo de hechos sociales, dejando a un lado toda consideración jurídica. Y, siguiendo esa dirección, se ha dicho que el Estado constituye un fenómeno de mando; fenómeno de mando, que se diferenciaría de todos los demás mandos no estatales, por una serie de peculiares características: 1º Porque constituiría un mando supremo, es decir, un mando que no toleraría ningún otro mando por encima de él; "un poder que no sólo es más fuerte que los débiles, sino incluso más fuerte que los fuertes, y que

se impone a todos", según explica Wiese.[69] 2º Porque ese mando se objetivaría en una regulación externa, en una regulación de la conducta de relación. 3º Que ese mando tiene la pretensión de ser legítimo. Hay mandos que ni son legítimos, ni siquiera tiene la pretensión de serlo, verbigracia el que ejerce el secuestrador sobre su víctima; mientras que, por el contrario, hay otros mandos, que esencialmente tienen la pretensión de ser legítimos—que lo sean o no de veras es un problema a dilucidar críticamente en cada caso; pero aquí no hablamos de que sean en rigor legítimos, sino de que poseen la característica de pretender serlo—. 4º Que ese mando se propone asegurar una convivencia duradera y ordenada entre los hombres y los grupos. 5º Que en el mando estatal se da siempre una referencia intencional a principios de justicia; ésta se hallará o no realizada, más o menos realizada; pero nunca falta por completo la referencia a ella.

Pues bien, adviértase que en esa caracterización del Estado, que pretende ser exclusivamente sociológica, es decir, que pretende definirlo con entero apartamiento de toda consideración jurídica y política, como mero complejo de una serie de hechos colectivos, encontramos sin embargo una serie de referencias a lo jurídico, bien que camufladas.

En primer lugar, al caracterizar el Estado como hecho de mando, se dice que éste mando es supremo, que no admite una instancia superior situada encima de él, que pretende imponerse a todos, incluso a los más fuertes; pero eso constituye precisamente la versión sociológica de la dimensión de *imposición inexorable,* que constituye la característica esencial del Derecho. En suma, el hecho social del mando del Estado, no puede ser entendido como tal mando estatal sino en tanto en cuanto descubramos su peculiar sentido; pero resulta que ese sentido estriba en querer ser un mando supremo e irresistible; y precisamente dicho sentido es el que caracteriza esencialmente al Derecho. Con lo cual se hace patente que el mando estatal es precisamente el hecho social en el cual se constituye el Derecho; el hecho, cuyo sentido estriba en querer fundar una ordenación inexorable, que se imponga a todo trance.

En segundo lugar, adviértase también, que se habla de que el hecho del mando estatal se caracteriza por objetivarse en una regulación u ordenación; es decir, no se trata de unos fenómenos esporádicos e inconexos de mando, sino de un mando estable, según reglas objetivas; con lo cual tenemos la alusión a otra de las notas esenciales del Derecho. Y así mismo que se trata de una organización

de la conducta de relación o externa (pues de lo contrario podría tratarse de una Iglesia y no de un Estado); pero ésto es cabalmente otra de las dimensiones de lo jurídico.

En tercer lugar, se dice que ese mando se caracteriza también porque pretende esencialmente ser legítimo; pero ésta pretensión es otro de los ingredientes de la esencia de lo jurídico.

En cuarto lugar, se afirma que el hecho sociológico del mando estatal tiene como sentido el propósito de asegurar una convivencia ordenada y duradera entre los hombres. ¡He aquí precisamente la mención de la seguridad, del orden cierto y seguro, de la garantía, que es precisamente la raíz de todo Derecho!

Y, finalmente, en quinto lugar, el estudio sociológico del Estado nos dice que en él hay siempre la referencia a un espíritu de justicia; lo cual es también una de las esenciales características del Derecho; pues el Derecho es un propósito de realización de unos determinados valores presididos por la justicia.

Resulta, pues, con toda evidencia, que cuando se ha querido caracterizar sociológicamente los hechos colectivos que constituyen la realidad del Estado, esta caracterización ha tenido que mentar una serie de notas esenciales de lo jurídico y ha tenido que referirse al sentido intencional del Derecho. Así pues, para conocer los hechos sociales, que constituyan la realidad del Estado, como quiera que son hechos humanos y no son hechos de la naturaleza, es menester interpretarlos en su sentido; y éste su sentido consiste precisamente en ser hechos en los cuales se quiere constituir el Derecho. Por de pronto, los hechos reales en los que se nos manifiesta el Estado son los hechos sociales en que se constituye un mando supremo, con pretensión de legitimidad, para determinar una regulación externa, que garantice una convivencia ordenada y duradera, según unos principios de justicia. Ahora bien, ésto equivale a decir, que la realidad del Estado está compuesta de aquellos hechos en los cuales se trata de constituir el orden jurídico. Es decir, se trata de hechos, de realidades humanas sociales, cuyo sentido consiste en su referencia intencional a lo jurídico. Queda, pues, claro, que en esas definiciones sociológicas del Estado va implicada la referencia esencial al concepto de lo jurídico. Se trata ciertamente de hechos sociales, de realidades sociológicas. Pero esos hechos o realidades tienen un peculiar sentido; y ese peculiar sentido estriba cabalmente en que en ellas y mediante ellas se pretende constituir y realizar el Derecho. Con lo cual, aunque se considere que el Estado es una realidad, un conjunto de hechos sociales, no puede definirse sino

por el sentido intencional de esos hechos, sentido que entraña una esencial referencia a lo jurídico. Con ésto, nos limitamos a constatar simplemente que hay una implicación esencial entre el concepto del Estado y el concepto del Derecho; pero todavía no hemos precisado el tipo de esa conexión entre Estado y Derecho.

Alusión a la teoría de las facetas o de la doble cara del Estado. El haberse dado cuenta *grosso modo* de que el Estado es una realidad social, pero que a él es esencial el aspecto jurídico fué lo que determinó que gran número de doctrinas[70] dijesen que en el Estado hay dos vertientes: una real, fenoménica, que exige un estudio sociológico; y otra ideal, normativa, que ha de ser considerada por la Ciencia Jurídica. Dice Jellinek: "La consideración sociológica del Estado tiene por objeto el estudio del mismo como fenómeno social: aquellos hechos reales subjetivos y objetivos en que consiste la vida concreta del Estado . . .; la doctrina de los orígenes, transformación y decadencia de los Estados; la investigación de los supuestos sociales del Estado, de su acción social . . . La segunda consideración tiene como objeto el aspecto jurídico del Estado; pero el Derecho tiene una doble existencia: es de un lado ejercicio jurídico efectivo, y, en tanto que tal, nos aparece como un poder social, que forma parte de la vida concreta de la cultura de un pueblo; y, de otra parte, es un conjunto de normas, que deben ser transformadas en actos. En este último sentido, el Derecho no pertenece al mundo del ser, sino al del mundo del deber ser. En este sentido, constituye un conjunto de conceptos y de proposiciones, que no sirven para conocer la realidad dada, sino para enjuiciar normativamente la realidad . . . El conocimiento jurídico de un objeto es, pues, fundamentalmente, distinto del conocimiento de los hechos reales que lo componen. La concepción jurídica del Estado tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de las relaciones entre los hechos reales de la vida del Estado con aquellos juicios normativos, sobre los cuales se apoya el pensamiento jurídico. La concepción jurídica del Estado se propone, por consiguiente, completar la doctrina social del mismo; pero no puede en modo alguno confundirse una con otra."[71]

Creo, que, en principio, está bien formulado el programa por esta doctrina de las dos facetas.[72] Pero creo que esta doctrina no pasa de ser la formulación de un programa, que tiene como base el haberse dado cuenta de que el Estado es una realidad social, en la cual se produce y se aplica el ordenamiento normativo del Derecho, y

que, por consiguiente, hay que estudiar el Estado desde esos dos puntos de vista. Pero, en cambio, considero que esta doctrina de las dos facetas o de la doble cara—en la mayor parte de sus versiones—no ha tratado de indagar con suficiente hondura y sagacidad cuál sea el tipo de la conexión que media entre esas dos dimensiones. Se ha limitado a yuxtaponer una serie de estudios sociológicos a una serie de estudios jurídicos, sin encontrar el punto esencial de articulación entre ambos. Y esta insolidaridad entre los dos estudios; este haberse quedado a la mitad del camino, contentándose con ofrecer dos consideraciones heterogéneas sobre el Estado, ha sido uno de los motivos principales que han determinado la crítica formulada por Kelsen, quien ha llegado a negar la doble dimensionalidad del Estado y a sostener la absoluta identidad entre el concepto del Estado y el concepto del Derecho (como orden positivo vigente)—tesis, que, según expondré más adelante, estimo inadmisible pero que ha sido propiciada por los cabos sueltos que dejó la teoría de las dos facetas en su primera fase—.

Teoría de la identidad entre Estado y Derecho. Voy a exponer con una relativa extensión esta teoría de la identidad entre Estado y Derecho, porque precisamente a través de la crítica que después haga de ella se perfilará con mayor relieve la doctrina correcta sobre la realidad del Estado. Y como dicha teoría de la identidad nace en posición polémica contra la tesis puramente sociológica y contra la afirmación de que el Estado tiene dos facetas; y como la solución que propugno se elabora a su vez como crítica de la teoría de la identidad, y como ensayo de superación tanto de ésta, como de las doctrinas anteriores—sociológicas y de las dos facetas—, de aquí que sea indispensable conceder especial atención a esa teoría de Kelsen.

Si bien hay precedentes de esa teoría de la identidad,[73] ella se formula de manera extrema y rigorosa en la obra del gran teórico del Derecho Hans Kelsen.[74]

Kelsen afirma que el Estado es pura y simplemente un sistema normativo, a saber, el sistema del orden jurídico vigente; nada más. Trata de fundar este aserto en las siguientes consideraciones.

Kelsen critica las doctrinas sociológicas del Estado, argumentando que éstas, cuando quieren explicar el Estado como una realidad social, tienen que buscar un criterio diferenciador que les permita discriminar entre los hechos sociales estatales de aquellos otros

hechos sociales que no pertenecen al área del Estado; y dice que este criterio delimitador de la esfera estatal frente a los demás hechos sociales no estatales es siempre la referencia al orden jurídico. Siempre es el perímetro del Derecho el que viene a trazar las fronteras de lo estatal. Pero entonces resulta que lo que el Estado tiene de Estado es lo que tiene de Derecho, pues sólo a la luz de éste delimitamos lo estatal. El Estado se reduce, pues, a un sistema de normas, a saber, al sistema del Derecho positivo. Los llamados hechos estatales, lo que tienen de estatal es su inserción en el ordenamiento jurídico, bien como hechos condicionantes de la producción de normas jurídicas, bien como hechos de conducta humana regulada por el Derecho. Y Kelsen sostiene que no es admisible que se diga que el Estado puede ser conocido de dos maneras distintas, a saber: jurídicamente, atendiendo a las normas de Derecho; y sociológicamente, fijándose en los hechos que son contenido de la regulación jurídica, porque un mismo objeto no es susceptible de ser tratado mediante dos métodos absolutamente diversos y dispares, como lo son el método jurídico, que es un método normativo—conocimiento de normas—y el método sociológico, que es un método para aprender realidades, fenómenos. El primero se halla inscrito en el mundo del deber ser, donde mora su objeto (las normas jurídicas); y el segundo pertenece al mundo del ser, ya que los hechos sociales son realidades. Kelsen, partiendo del pensamiento kantiano de que la actividad cognoscitiva es determinante y configurante del objeto del conocimiento, argumenta que un especial método de conocimiento produce un objeto determinado, y que, por tanto, otro método enteramente dispar no puede producir el mismo objeto que el primero. Por eso—dice—no cabe que el Estado sea cognoscible según dos métodos diversos; pues el método jurídico—presidido por la categoría del deber ser—produce las normas de Derecho, es correlativo de ellas; y el método sociológico—inserto en la categoría del ser—no puede producir el mismo objeto que el anterior. Si el correlato del método jurídico es el Estado como sistema de normas jurídicas vigentes, el correlato del método sociológico ya no puede ser el Estado, sino que tendrá que ser algo diverso. Nótese que la argumentación de Kelsen es de puro tipo kantiano: el objeto de conocimiento no es algo que se dé más allá del conocimiento, sino que es una determinación de éste; el objeto es un correlato del método de conocimiento.

El Estado es, en suma, nada más que el sistema del Derecho

vigente, que es llamado Estado cuando lo concebimos personificado, unificado, es decir, en forma de persona. Aquí aplica Kelsen su doctrina de la persona jurídica colectiva—que ya expuse en el capítulo VIII—. Ahora bien, esta doctrina de la personalidad jurídica, que yo estimo unos de los mayores aciertos en toda la obra kelseniana, es utilizada aquí—creo yo que indebidamente—para fundamentar la tesis de la identidad entre Estado y Derecho. Recuerde aquí el lector la concepción kelseniana de la persona jurídica colectiva, como síntesis o sistema unitario de un conjunto de normas que regulan la conducta recíproca de una serie de hombres. Cuando esta síntesis abraza un orden parcial de normas (delimitado conforme a un cierto punto de vista) tenemos la personalidad jurídica de las corporaciones, asociaciones, etc. Pero cuando abrazamos en una síntesis o sistema la totalidad del orden jurídico, concebido como unidad, como un centro común de imputación de todas las acciones determinadas como estatales, entonces obtenemos el concepto del Estado como persona. Entiéndese, pues, por Estado, dice Kelsen, la personificación metafórica de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo.

Que el Estado es un ordenamiento normativo coercitivo, es decir, que consiste en el sistema del Derecho positivo, no lo negará nadie; pero muchos arguyen que además es una realidad, un poder efectivo, una fuerza social. Y, en apoyo de esta segunda afirmación, muchos autores aducen la notoria existencia de realidades estatales, en las cuales se manifiesta esta dimensión de poder: cárceles, fortalezas, ejército, policía, etc. Ahora bien—arguye Kelsen—todas esas cosas y sus similares en que el Estado se hace patente en la experiencia, tomadas en sí mismas y sin más, son realidades materiales o psíquicas, pertenecientes al reino de la naturaleza (material o anímica) o al campo de la técnica, realidades que se rigen por sus peculiares leyes (físicas, químicas, psicológicas); y no son otra cosa mientras las contemplemos pura y exclusivamente como realidades, sin que desde ese punto de vista asome ni remotamente que sean ingredientes del Estado. Tales realidades obtienen una significación estatal sólo en tanto en cuanto las contemplamos a través del Derecho, desde el punto de vista jurídico; es decir, cuando nos damos cuenta de que los hombres se sirven de esos objetos para determinados menesteres, menesteres que están ordenados en las normas jurídicas. Lo que una cárcel tiene de cárcel no es ninguno de sns componentes materiales, ninguna de sus formas técnicas, sino lo que tiene de servir como elemento coercitivo para el cumplimiento del orden

jurídico, según lo determinado en éste. Lo que el juez tiene de juez, lo que el gendarme tiene de gendarme, no es ningún componente real de esos seres humanos, sino la especial calificación de que están investidos por el ordenamiento jurídico, es decir, el que éste los instituye como órganos suyos.

Se habla de un poder del Estado refiriéndose a un substrato real del mismo, ajeno al Derecho; pero esto—dice Kelsen—es inexacto. ¿Dónde está el poder del Estado? En última instancia, eso que se llama poder del Estado no es una fuerza material sino una fuerza psicológica, a saber, el hecho de que determinados hombres—legisladores, funcionarios, militares, gendarmes, ciudadanos, etc.—se comportan de determinada manera, a saber, se conducen cumpliendo las normas jurídicas. Ahora bien, ese poder psicológico, que constituye la urdimbre o textura de la realidad del Estado, consiste en la fuerza motivadora que sobre tales hombres ejercen las representaciones psíquicas de las normas jurídicas. Las normas jurídicas, tomadas en sí mismas, no son realidades, sino que son idealidades, significaciones normativas, ideas normativas, y, por tanto, seres irreales, espectrales, como lo son todas las ideas. Pero ocurre que los hombres se representan esas ideas, se representan en su conciencia dichas normas; y tales representaciones psicológicas—que son ya unas realidades—suscitan determinadas fuerzas anímicas, de adhesión, de miedo, etc., que son el motivo de unos comportamientos especiales: del comportamiento del funcionario que realiza los actos estatales previstos en el ordenamiento jurídico y que además lo desarrolla ulteriormente dentro del ámbito de competencia que el mismo le concede; del soldado que obedece la voz de mando de la persona instituída como superior por el Derecho; del ciudadano que acata y cumple los preceptos del orden jurídico; etc., etc. Todo ese conjunto de fuerzas psicológicas, suscitadas por la representación de las normas jurídicas es lo que constituye lo que se llama poder del Estado. El poder del Estado se resuelve, pues, en la fuerza psíquica motivadora de conductas, que es ejercida por las representaciones de los preceptos del ordenamiento jurídico. Pero todo eso es estatal, precisamente porque tiene como contenido lo jurídico.

Como quiera que el concepto de lo estatal coincide con el concepto de lo jurídico—dice Kelsen—la relación entre Estado y Derecho es una relación de identidad. Se trata de dos palabras para designar el mismo objeto. No son cosas distintas pero unidas de cierto modo; sino que se trata de la misma y única cosa; pues el supuesto dualismo entre Estado y Derecho es sólo una supérflua

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

duplicación del mismo objeto. Ocurre que la imagen de la personificación, que es meramente un medio auxiliar del conocimiento para entender con más facilidad este objeto, que es tan sólo una representación auxiliar para expresar la unidad en la multiplicidad de normas jurídicas, es indebidamente hipostasiada y convertida arbitrariamente en un supuesto objeto independiente. Y, así, esa superflua duplicación creó el problema aparente de la relación entre dos cosas, que, en el fondo, son una sola. Ahora bien, los problemas aparentes no pueden solucionarse satisfactoriamente, sino tan solo *disolverse,* es decir, desaparecer, porque en puridad no existen como problemas.

Muchos han sostenido que el Estado es el soporte, el creador y el protector del Derecho, y que, por tanto, cabe distinguir entre ambos, si bien se den íntimamente relacionados. Frente a esto, arguye Kelsen lo siguiente: para que haya norma jurídica es preciso que haya también una instancia de imposición coercitiva de la misma, porque de lo contrario no tendríamos una norma de Derecho, sino otra clase de norma. Ahora bien, esta trabazón entre la conducta preceptuada en la norma y la imposición coercitiva de la misma es lo que constituye la estructura lógica esencial del Derecho. Se trata de una relación lógica, de una conexión esencial. Pero ocurre que los dualistas han transformado indebidamente esta relación de condicionamiento lógico en una supuesta relación genética. No hay Derecho sin imposición coercitiva; no hay Estado sin norma jurídica: esto expresa un ligamen lógico indisoluble; pero no expresa una relación genética entre distintas cosas. La estructura lógica del precepto jurídico, que consiste en la esencial trabazón entre la conducta debida y las sanciones contra su incumplimiento, no puede ser desintegrada de modo que se llame Derecho a la primera y Estado a la segunda. A los que pretenden que la relación entre Estado y Derecho consiste en que el primero crea al segundo y es su portador, se les puede replicar—dice Kelsen—que como el Estado está por definición sometido al Derecho, no puede ser pensado sin éste. Todos estos errores—dice Kelsen—se derivan de una falsa interpretación: de creer que el Derecho positivo existe aparte del Estado, cuando es éste mismo.

Todos los problemas de la teoría general del Estado son planteados y resueltos por Kelsen como cuestiones jurídicas, afirmando que éste es su único y peculiar sentido. La teoría del Estado—dice Kelsen—no se ocupa ni de estudios sociológicos (los cuales jamás pueden conducirnos a captar la esencia del Estado), ni de disqui-

siciones de carácter político, ésto es, de la justicia o injusticia, conveniencia o inconveniencia de tales o cuales instituciones (lo cual pertenece a la Etica y a la Política). Todos los temas de la teoría general del Estado son cuestiones en torno a la validez o vigencia del orden jurídico. Mostraré algunos ejemplos de cómo Kelsen desarrolla su teoría general del Estado. El territorio, que era considerado por la mayor parte de los autores como un elemento real del Estado, es sencillamente la esfera espacial de la vigencia del orden jurídico, es decir, el espacio dentro del cual tiene validez un sistema jurídico positivo. El pueblo, que era también tenido por una de las realidades del Estado, es pura y simplemente la esfera humana de vigencia del orden jurídico. El poder del Estado no es más que la vigencia del Derecho. La soberanía queda reducida a una cualidad lógica del orden jurídico como totalidad, a saber: esta cualidad de soberanía consiste en que se trata de un orden jurídico supremo y total, cuya validez positiva no es derivable de ningún otro orden normativo superior. Designar a un sistema jurídico como soberano significa precisamente que se le quiere hacer valer como un orden total. Las cuestiones en torno a la centralización y descentralización, en torno a las federaciones, y en torno a las corporaciones autónomas, son problemas acerca de la articulación espacial y material de la vigencia del ordenamiento jurídico. El objeto de la doctrina sobre los poderes o funciones del Estado es la serie de los diversos grados escalonados de la producción del Derecho. Los órganos del Estado son situaciones en la producción del Derecho. Las varias formas de Estado son diversos métodos de producción del orden jurídico, al cual se llama en sentido figurado "voluntad del Estado".

4. *Relación entre Estado y Derecho.—La realidad del Estado*

Dí alguna amplitud a la exposición de la doctrina kelseniana, por dos motivos. De un lado, ella ha contribuído con su crítica a esclarecer no pocas turbiedades del pensamiento anterior, y sobre todo ha contribuído a la necesidad de replantear con mayor agudeza y precisión una serie de temas. Aunque considero que la tesis kelseniana de la identificación entre Estado y Derecho entraña gravísimos errores y es, por tanto, inadmisible; sin embargo reconozco que la obra de Kelsen ha servido mucho en su parte crítica; y, sobre todo, ha suscitado la urgencia de revisar el planteamiento de muchos temas y de llevarlos a un plano más profundo y radical de lo que

antes se había hecho. De otro lado, la doctrina que propondré como correcta ha sido elaborada precisamente como superación de la teoría kelseniana y a la vez también como superación del pensamiento anterior.

Será conveniente advertir, al comienzo de esta crítica, que Kelsen ha reducido toda la consideración del Estado a una consideración jurídica, alegando que los problemas sociológicos que solían incluirse en la Teoría del Estado (nación, pueblo, raza, determinación de los factores geográficos, procesos de formación de la opinión pública, formas de integración política, etc., etc.,) son temas *metajurídicos*. Como así mismo califica de metajurídicas todas las cuestiones de valoración política. Unos y otros temas son tenidos por metajurídicos, porque no forman parte estrictamente del ordenamiento jurídico positivo: ya que los factores sociológicos, en la medida en que no han obtenido una expresión normativa coercitiva no forman parte del Derecho y por consiguiente tampoco del Estado; y porque, de otro lado, las disquisiciones políticas sobre los fines y los medios del Estado, o bien se han transformado en norma jurídica vigente, en cuyo caso pertenecen ya al Derecho positivo, o bien ésto no ha ocurrido así, y en este caso no son Derecho positivo y no caen dentro del orden llamado Estado. Ahora bien, frente a esta reducción de lo estatal a los meros temas jurídicos—que Kelsen propugna—hay que formular la siguiente objeción. El Derecho en concreto, es decir, el ordenamiento jurídico-positivo está ahí, y es de una determinada manera y no de otra, y tiene este contenido y no aquél, y en él encarna una cierta significación estimativa, unos ciertos valores políticos, merced a la conjugación de una serie de elementos y factores en determinados procesos de realidad humana, procesos que tienen esencialmente peculiares sentidos políticos. Todos esos elementos y factores, que condicionan y determinan la gestación de un ordenamiento jurídico y su especial configuración, no son estrictamente Derecho, sino en la medida en que haya logrado una transcripción normativa, es decir, en la medida en que hayan sido traducidos a reglas de Derecho vigente; así, por ejemplo, un proceso de opinión pública en materia política no es Derecho, hasta que esa opinión ha conseguido ser transcrita en normas jurídicas vigentes. Mientras sea nada más que un proceso de opinión pública, todavía no triunfante, todavía no cuajada en normas jurídicas, no pertenece al sistema del Derecho, ni, por tanto, tampoco estrictamente al orden estatal. Pero posiblemente eso que hoy sea tan solo un movimiento de opinión pública se transformará mañana en un

criterio oficial, que será llevado a nuevas normas jurídicas. Lo cual evidencia que esos procesos de opinión pública—como también otra serie de procesos sociales (de integración política, de carácter económico, etc.), procesos sociales, que, a fuer de humanos, tienen peculiares sentidos—condicionan y circunscriben el sistema del ordenamiento jurídico vigente. Y, por tanto, todos esos problemas deben ser tenidos en cuenta en una filosofía del Derecho y del Estado, la cual tendrá que tomar en consideración todos esos elementos que obran como supuestos y como enmarcantes del Derecho. Esos temas podrán exceder de una pura teoría jurídica estricta, porque ellos no constituyen todavía Derecho; y, por ello, podrán ser llamados temas metajurídicos; pero no pueden ser dejados a parte por una filosofía del Derecho y del Estado, porque precisamente esos elementos constituyen la entraña de la realidad social en la que se gesta el Derecho y para la cual se produce el Derecho. Dichos elementos y factores, por no constituir todavía Derecho (en la medida en que aún no hayan cuajado en normas jurídicas), podrán ser llamados, si se quiere, metajurídicos. Pero adviértase que si esa partícula *meta* denota que trascienden del perímetro del Derecho positivo vigente; en cambio, el calificativo *jurídico,* a que se antepone dicha partícula meta, expresa que se trata de algo que colinda con el Derecho, y, por tanto, de algo que guarda con éste una serie de relaciones próximas. La base sobre que se asienta un edificio y las ideas que lo engendraron no pertenecen *sensu stricto* a ese edificio; pero sin dicho fundamento y sin dichos planos, la construcción no puede ser levantada ni sostenerse, ni, por tanto, tampoco puede ser entendida y explicada totalmente sin atender a tales puntos de vista. Y, entonces, nos damos cuenta de que hay una especial realidad social, a saber la realidad estatal, que crea, fórmula, da vida y circunscribe al Derecho.

Hecha la advertencia preliminar que antecede, y que puede servir como primer punto de vista crítico frente a la doctrina kelseniana, vamos ahora a examinar ésta más detenidamente, y, al propio tiempo, a fundamentar un concepto de lo que el Estado es y contiene.

En la doctrina de la identidad entre Estado y Derecho, hay mucho de erróneo y de inadmisible, como habrá barruntado ya el lector. Pero no todo en ella es inexacto. En términos generales, el Estado no coincide ni mucho menos con el sistema normativo del orden jurídico vigente, según explicaré muy pronto en las próximas páginas. Pero, en cambio, desde el puro y exclusivo punto de

vista jurídico, es verdad que no hay más Estado que aquél que se expresa en el sistema del Derecho vigente. Es decir, para el jurista en el sentido estricto y rigoroso de la palabra, situado exclusivamente en el punto de vista jurídico, la esencia del Estado es el sistema del Derecho vigente, y, por tanto, coincide con éste. Para el jurista el Estado existe sólo *en tanto y cómo* se expresa en el ordenamiento jurídico, y de ninguna manera como poder social, ni como complejo de fuerzas históricas, ni como nación, ni como opinión pública, ni como condicionantes económicos, ni como proceso de integración política, etc. Para el jurista el Estado existe única y exclusivamente como sujeto y objeto de las normas jurídicas vigentes; es decir, como sistema de todos aquellos actos, que en el ordenamiento jurídico están atribuídos a la unidad de éste, en suma, atribuídos al Estado. Para la estricta consideración jurídica, no cabe distinguir entre Estado y Derecho, ni preguntarse por la prioridad de éste o de aquél, porque uno y otro son meramente dos modos o aspectos diversos de un mismo ente; son tan solo distintos puntos de vista sobre una misma cosa. Así, por ejemplo, la legislación, considerada como actividad, nos aparece como Estado; y, en cambio, vista como resultado, es decir, como ley, como producto o contenido de aquella actividad, recibe la denominación de Derecho. Entendida como orden *ordenador* es Estado; como orden *ordenado* es Derecho. Así, pues, para el punto de vista exclusivamente jurídico, el Estado es el Derecho como actividad normante; y el Derecho es el Estado como situación normada.—Es posible que dentro del mando estatal se produzcan alguna vez fenómenos de arbitrariedad; pero éstos no pueden ser tomados como estatales por el jurista. Cuando el jurista se halle frente a un mandato arbitrario—puramente tal, es decir que no sea algo que merezca otro calificativo, (*v. g.* delito, ilegalidad contra lo cual se puede apelar ante una instancia superior)—no puede tomarlo como estatal, precisamente porque está fuera del sistema del Derecho vigente. Ese fenómeno de arbitrariedad representará para el jurista la irrupción de un hecho de nuda fuerza bruta, que no puede adscribir al Estado, sencillamente porque no hay ninguna norma jurídica a virtud de la cual dicho acto pueda ser imputado al Estado. Para el jurista, el Estado es sencillamente la unidad de los órganos de creación y aplicación del Derecho; y no otra cosa, que no puede tener cabida dentro del sistema jurídico. Para el jurista no hay otro Estado que aquél que aparece previsto y dibujado en el ordenamiento vigente.

Para que la afirmación que antecede sea comprendida correc-

tamente y se eviten posibles interpretaciones equívocas, convendrá que haga algunas advertencias.

En primer lugar, repetiré que esta equivalencia entre Estado y Derecho se produce tan solo dentro del ámbito doméstico de la esfera jurídica; es decir, no quiere expresar que la existencia del Estado se agote en el orden del Derecho vigente; no quiere sostener que no haya un complejo de realidades estatales; sino que pura y simplemente denota que para el Derecho no hay más Estado que aquel que está determinado en sus propias normas.

En segundo lugar, nótese que esta ecuación (de mero alcance jurídico) entre Estado y sistema de Derecho positivo, se refiere exclusivamente al ordenamiento jurídico vigente; y no pretende —como algunos han interpretado torcidamente—que no haya medidas de carácter ideal para enjuiciar las normas positivas. No se trata, en modo alguno, de afirmar que no exista más criterio jurídico que el producido por el Estado, negando normas ideales o valores jurídicos. Tampoco se trata de desconocer los fenómenos de efectiva gestación de normas jurídicas mediante la costumbre y por los entes colectivos de vida autónoma. Con respecto a lo primero hay que decir que la equiparación jurídica entre Estado y Derecho no supone de ninguna manera que por encima de la positividad no haya criterios valoradores e ideales políticos para la crítica de las normas existentes y para proceder a su reelaboración y reforma en un sentido más justo.—De otro lado, precisa llamar la atención sobre lo siguiente: la equiparación entre Estado y Derecho positivo no quiere decir que el contenido de toda norma jurídica vigente haya sido real y efectivamente elaborado por un órgano oficial del Estado; pues es bien patente que eso no ocurre ni con las reglas del Derecho consuetudinario, ni con las establecidas por las partes en un contrato, ni con los estatutos elaborados por una asociación, etc. Pero esas normas (consuetudinarias, contractuales, institucionales, etc.), sin embargo, valen como voluntad del Estado, y sólo por eso son consideradas como preceptos jurídicos vigentes. La equiparación implica tan solo que para que una norma pueda ser considerada como Derecho vigente es necesario que pueda ser encajada dentro del sistema unitario del orden jurídico y referida a una instancia común que dé validez a todas las normas; es decir, referida a la voluntad del Estado, en sentido formal, aunque de hecho no haya sido elaborada por ninguno de los órganos estrictos de éste. Ya expliqué en el capítulo anterior, que la voluntad del Estado, como punto común de legitimación de todas las normas vigentes,

no ha de ser concebida como un fenómeno real, sino que constituye simplemente una construcción normativa, que expresa el término central de todos los actos que tienen virtualidad establecedora de reglas de Derecho. Cuando concebimos la voluntad de las partes en el contrato como voluntad del Estado, no afirmamos una realidad, pues de hecho las partes elaboran con independencia de la actividad estatal unas reglas; pero, para que esas reglas puedan ser tenidas como normas jurídicas vigentes dentro de un sistema de Derecho positivo, es preciso referirlas a la unidad de éste, o, lo que es lo mismo, a la voluntad del Estado.—Que determinados actos valgan como actos de un sujeto diverso del individuo que los realiza, tan solo es posible merced a una imputación especial. Lo que se llama voluntad del Estado—según ya expuse—consiste, desde el punto de vista jurídico, en lo siguiente: una serie de actos realizados por determinados hombres (órganos) son atribuídos a un sujeto ideal supuesto tras de ellos (Estado). La pregunta sobre cuáles son los hombres que tienen el carácter de órganos del Estado y sobre cuáles son los actos de los mismos que deben imputarse a éste, se contesta remitiéndonos sencillamente a la norma jurídica que es la que lo determina. Ahora bien, la estructura jurídica de esta relación no se coloca en el ser del Estado, como entidad real, sino que (jurídicamente) el Estado es tan solo un punto ideal de convergencia, al cual deben referirse todas las determinaciones jurídicas que pertenecen a un sistema.

En el sentido que acabo de exponer, se dice que para el jurista, estrictamente como tal, es decir, para el puro punto de vista jurídico, el Estado se agota en el sistema del Derecho positivo vigente.

Pero la afirmación que antecede de ninguna manera implica que por eso quede totalmente indentificado el Estado con el sistema normativo del Derecho. Se trata de un aserto puramente doméstico de la consideración jurídica; pero no de un concepto plenario del Estado. Por la sencilla razón de que el sistema del orden jurídico vigente, en un determinado lugar y tiempo, no es un sistema de ideas puras y absolutas con validez en sí y por sí—como pueda serlo por ejemplo el sistema de las ideas matemáticas—sino que es una obra humana histórica; y, además, una obra que, para que siga existiendo como algo real, precisa que sea vivida efectivamente por una sociedad; y, añádase a ésto, que el orden jurídico vigente no es algo quieto y estático, sino que es algo sujeto a procesos de renovación y de cambio. El Estado como sistema normativo, como ordenación jurídica, no es un producto mágico, que esté ahí

traído por arte de encantamiento, que haya surgido milagrosamente; sino que es una especie de precipitado o de expresión normativa de una serie de acontecimintos de vida social; es, en suma, el resultado de un conjunto de fenómenos reales de integración colectiva con un especial sentido, a saber, con un sentido político; con el sentido de organizar un mando supremo y con dimensiones de legitimidad.

Gracias a tales procesos reales de integración colectiva, surge el Estado (cada uno de los Estados concretos e históricos) con una determinada base, con una determinada estructura y con un determinado contenido. Pero, además, como el Estado no es algo quieto, sino algo actuante y siempre en reelaboración y cambio, esos movimientos se producen por la acción de los hechos sociales históricos, como efecto de una determinada realidad colectiva. Es decir: el Estado, como ordenamiento jurídico positivo, se produce inicialmente, se sostiene, vive y evoluciona, caduca y es sustituído—bien normalmente, o bien con solución de continuidad (revolución, etc.)—merced a los procesos reales de integración de los factores efectivos que constituyen la sociedad jurídica y merced a los fenómenos de voluntad preponderante en ésta.

Adviértase que, por de pronto, la separación radical entre la región normativa y el mundo de los hechos reales—propugnada por Kelsen—falla necesariamente en la base del sistema. La base del sistema es la llamada norma fundamental o constitución en sentido lógico-jurídico, la cual ya no se apoya sobre un precepto jurídico; Kelsen dice que ya no es propiamente positiva sino hipotética. Ahora bien, llegado a este punto, quiebra la pretendida autonomía lógica del sistema normativo-jurídico frente a la realidad social; y quiebra, porque, para que podamos suponer como vigente un sistema de Derecho, es menester forzosamente que haya una realidad social que apoye de hecho a ese sistema y que efectivamente corresponda a él—por lo menos en una cierta medida mínima—. Porque sin que se produzca un fenómeno de voluntad social preponderante a favor de un determinado sistema jurídico, no se puede considerar que éste haya nacido realmente; es decir, no podemos formular la norma fundamental hipotética, que va a ser la base de todo el sistema jurídico. Si una ordenación no consigue eficacia ninguna en la realidad, si en su mayor parte no cobra efectividad, si no es cumplida general y ordinariamente, entonces no puede ser supuesta como positivamente vigente. Cierto que Kelsen reconoce ésto, cuando dice que, para admitir la dimensión de vigencia o positividad de un

determinado sistema jurídico, es preciso que la conducta de los hombres a quienes se dirija coincida efectivamente, por lo menos en cierto grado mínimo, con el contenido de las normas de sistema; es decir, que la positividad o vigencia del Derecho requiere un mínimo de facticidad. Pero Kelsen, a pesar de tal reconocimiento, no cae en la cuenta del decisivo alcance de esta observación; pues no llega a comprender que ésto aporta la prueba definitiva de que el sistema jurídico se apoya por fuera, en cuanto a su primera base, en cuanto a su fundamento radical, sobre un hecho de poder colectivo, sobre una realidad humana; y que, por consiguiente, la elección o suposición de la norma fundamental ya no es un momento que pertenezca a la lógica jurídica o teoría pura del Derecho, sino que es algo derivado de unos hechos sociales, efectivos. La positividad o vigencia se funda en una facticidad. Y, así, resulta que el teórico del Derecho no tiene libertad para elegir la norma fundamental o constitución lógico-jurídica, que le permita construir, es decir, sistematizar el orden jurídico positivo o vigente; sino que su decisión en este punto viene condicionada por el resultado de unos hechos sociales, a saber, por los hechos de poder colectivo predominante; y, así, tiene que suponer como norma fundamental la que se deriva de esos hechos. Con ésto, resulta que la construcción del sistema del orden jurídico no es una construcción autónoma, pura, sino una postconstrucción de ciertos fenómenos. Y así se muestra que todo el sistema jurídico queda condicionado por una base sociológica.[75] Para mantener la pureza del sistema normativo, sería preciso que su base primera (su norma fundamental), fuese una pura idea perteneciente al reino de los valores, con validez ideal en sí y por sí, independiente de todo hecho; o expresado de otro modo, sería preciso que su vigencia no derivase de ningún fenómeno real contingente, sino de la intrínseca rectitud o justicia de la norma. Pero ocurre que la vigencia efectiva de un sistema jurídico no es una expresión de su intrínseca justicia, sino que es efecto de su *positividad, de su facticidad*. Y ésto nos lleva a lo que Kelsen no ha querido ver: nos lleva a que la primera constitución o norma fundamental de un sistema jurídico es una realidad de poder social.

El Estado como sistema normativo, es decir, como sistema del Derecho vigente, está basado, mantenido y condicionado por un complejo de fenómenos sociales. Lo que constituye y actúa como fundamento real, sociológico, del Estado es un fenómeno de poder colectivo, que constituye la resultancia efectiva de las voluntades de los hombres que lo componen. Ese fenómeno real de poder con-

siste en la existencia de una unidad efectiva de decisión suprema sobre la regulación de la vida común. No se trata de una voluntad colectiva entendida místicamente, como una entidad aparte e independiente de los hombres que componen el Estado y de sus voluntades singulares; no se trata de suponer fantasmagóricamente un alma real de la sociedad, —al modo arbitrario como lo hizo el romanticismo—; no se trata de un espíritu colectivo aparte y distinto de los individuales; sino que se trata tan sólo de una efectiva resultante unificada de la conjunción de fuerzas que integran la comunidad política. Entre todas las voluntades particulares, —muchas veces diversas y aún contradictorias—surge un proceso, del cual fluye una determinada dirección unitaria, que aparece como resultante decisiva, como producto último individualizado y formado a través de todos los mecanismos sociales que integran la trama y el dinamismo de la colectividad política. Así, pues, la norma fundamental del Estado como Derecho, como sistema del orden jurídico vigente, es la expresión normativa del hecho de la resultante de voluntad que encarna en el poder predominante. Todo el edificio jurídico-positivo en su base descansa sobre aquella realidad social que constituye la instancia suprema de decisión colectiva.

No se interprete lo que acabo de exponer en el sentido de una consagración de la fuerza física como último fundamento del Derecho. Eticamente el Derecho necesitará fundarse siempre en razones de valor; deberá justificarse estimativamente en títulos ideales. Cuando carezca de éstos, nos hallaremos frente a un ordenamiento que pudo o puede tener positividad, pero que carecería siempre de justificación, y por ende, representaría algo monstruoso y abominable. Pero ahora no se trata de este problema de la justificación ideal del Derecho—que examinaré en la última parte de este libro, consagrada a la Teoría de los valores jurídicos—; no se trata ahora de la radical legitimación valoradora del Derecho; no se trata de una cuestión de estimativa; se trata de algo diferente: se trata tan solo de explicar la vigencia histórica de un determinado Derecho positivo, o, lo que es lo mismo, la realidad de un Estado. Ahora bien, la historia nos ofrece múltiples ejemplos de Estados que han sido o que son y que, sin embargo, desde el punto de vista estimativo los consideramos como detestables, como algo que no hubiera debido ser. Desde el punto de vista valorativo negaremos validez y justificación a tales Estados monstruosos; los tacharemos de patológicos, anormales, injustos; pero no podremos negar su realidad histórica. La comprobación de que existe un determinado Estado y la cons-

trucción teórica de su sistema jurídico son independientes del juicio que nos merezca este régimen desde el punto de vista crítico, es decir, desde el punto de vista de su justificación según el ideal jurídico. Se puede reconocer la realidad de un determinado Estado y, por tanto, la vigencia de su sistema jurídico; y, no obstante, considerar que, porque es injusto y porque no responde a las aspiraciones sociales, debemos procurar su derrocación para establecer mañana un Estado más justo.

Pero aun situados en el plano que acabo de indicar, es decir, en el plano del conocimiento de las realidades y no de la estimación crítica, también debe evitarse el error de interpretar el fenómeno de poder social predominante como pura relación de violencia material. El poder social es cosa muy distinta de la fuerza física. Aun cuando el poder social aparezca manejando resortes de fuerza corporal y mecánica, éstos no constituyen la raíz del mismo, sino meros instrumentos que maneja el poder, por ser precisamente poder social, ya que de otro modo no los tendría a su disposición. En definitiva, el poder social se funda sobre factores de conciencia. No consiste puramente en la posesión de vigor corporal, de armas y de otros elementos materiales, sino en la obediencia de las personas que manejen las armas y que acepten el dinero como medio de pago. Todo poder social se apoya, en último término, en el reconocimiento del mismo por quienes a él se someten. Sin embargo, hay que registrar que a veces ocurre por desgracia el hecho de que el dominador político, explotando la fuerza que le proporciona una organización rígida, logra la sumisión forzada de una colectividad cuyos componentes le son hostiles en mayoría; y ocurre así porque el dominador posee el resorte de la disciplina, la fuerza de la inercia que se da a una organización, resortes de los cuales carecen los individuos aislados, de modo que estos son llevados a servir de instrumento de aquel poder, que repudian en el fondo de su conciencia. Pero estos casos de poder social no elaborado ni apoyado efectivamente sobre la auténtica realidad social, sino logrado bien por la violencia, bien por la argucia de una organización que anula las oposiciones—en cuanto impide que estas se conecten—llevan dentro de sí el germen de su inevitable derrumbamiento. Cuando se da un radical divorcio entre el poder que triunfó por la fuerza—o que se mantiene artificiosamente— y el sentir auténtico de la comunidad nacional, entonces ese poder está condenado a marchitarse, cuando no a derrumbarse estrepitosamente. Como dice José Ortega y Gasset, "el Estado es, en definitiva, el estado de la opinión públi-

ca: una situación de equilibrio, de estática. Lo que pasa es que a veces la opinión pública no existe. Una sociedad dividida en grupos discrepantes, cuya fuerza de opinión queda recíprocamente anulada, no da lugar a que se constituya un mando. Y como a la naturaleza le horripila el vacío, ese hueco que deja la fuerza ausente de opinión pública, se llena con la fuerza bruta".[76] Pero, normalmente, mando significa prepotencia de una opinión; por tanto, de un espíritu. Mando a la postre no es otra cosa que poder espiritual. Así, pues, cuando se dice, en tal fecha y lugar manda tal hombre, tal grupo, equivale a decir, en tal fecha predomina tal sistema de opiniones (ideas, preferencias, aspiraciones, propósitos).[77] Salvo el caso en que, al no haber una situación de opinión auténticamente predominante, lo que se da es el caos social, y entonces, la fuerza bruta de unos aventureros venga a imponerse por la nuda violencia.

Así, pues, esta ley de la opinión pública como ley de la gravitación histórica—teniendo en cuenta los casos de ausencia—puede formularse con la añeja y verídica frase: no se puede mandar contra la opinión pública.

Ahora bien, refiriéndonos a algunas realidades de nuestro tiempo convendría hacer la siguiente observación; esta ley de que a la postre se impone la opinión pública es siempre válida: pero puede variar considerablemente el plazo de su cumplimiento. En todo el pasado históriirco, desde los tiempos más remotos hasta hace unos veinte años, se ha cumplido siempre y en términos bastante breves y rápidos. Pocas veces, hasta hace veinte años, se ha registrado el fenómeno de que un mando político contrario a la opinión pública predominante haya durado largo tiempo. Todas las tiranías, que fuesen real y efectivamente tales, se derrumbaron en corto período de tiempo. A gentes ingenuas, que apliquen a tiempos pretéritos la óptica que ellas tengan en el momento en que viven, se les habrá podido ocurrir la necedad de juzgar determinadas situaciones del pasado como "opresiones"; pero a poco que se pierda esa ingenuidad, se cae en la cuenta de que esos regímenes, que hoy pudieran antojársenos como tiránica opresión, eran en su época auténtico y normal resultado de la opinión pública preponderante. De otra manera no habrían podido subsistir largamente, máxime si se tiene en cuenta que todos los instrumentos materiales de coerción de que podían disponer eran muy endebles y escasos, hasta el punto de el mayor acopio de esos instrumentos no hubiera podido resistir la embestida de un motín de gentes inermes, si ese movimiento hubiera representado la auténtica opinión pública predomi-

nante. Pero hoy, en los tiempos actuales, ocurre que la realización de esa ley de gravitación de la opinión pública puede sufrir un considerable retraso en su cumplimiento, debido a un nuevo hecho que ha irrumpido en nuestra época: la pavorosa potencialidad de la técnica mecánica aplicada a las armas. Los efectos destructores de las ametralladoras, tanques, gases asfixiantes, etc., son de tal calibre, que quien disponga hoy de la posesión de estos instrumentos, podrá mantenerse en el poder un tiempo muchísimo más largo de lo que hubiera ocurrido en otros tiempos, sólo por la fuerza bruta. Aun cuando desde luego, a la postre, habrá de sucumbir bajo el imperio de una situación de opinión pública auténtica.

Ahora bien, aun expresadas las reservas que anteceden, queda como realidad normal del Estado el hecho del mando de la opinión pública, que es el que produce la instancia unitaria de decisión, sobre la cual se basa el ordenamiento normativo. Sobre esta base efectiva de realidad social se apoya el sistema normativo del Derecho.

Pero la realidad del Estado como complejo de fenómenos sociales, la hallamos no tan solo en la base fundadora y condicionante del sistema normativo, sino, además, también la encontramos actuando dinámicamente en el mantenimiento y desarrollo del Derecho en todos sus grados. Los procesos reales de voluntad social obran no sólo como cimiento de la norma fundamental o constitución primera de un sistema jurídico, sino también influyendo en su desarrollo dinámico. Pues un orden jurídico, concebido rigorosamente bajo la forma sistemática de una jerarquía graduada o escalonada de normas y de competencias, no es, mientras está vigente, un producto fósil, un cuadro estático; sino que, por el contrario, es un mecanismo en movimiento, que va innovando y reformando algunas de sus partes y creando nuevas formas. Todo ello, dentro de una sistemática de pura lógica jurídica, puede ser construído o explicado formalmente mediante la teoría de las delegaciones sucesivas—que partiendo de la norma fundamental o constitución originaria van a parar, a través de múltiples instancias, hasta las normas individualizadas (sentencia judicial, resolución administrativa). Ahora bien, adviértase que este sistema formal de delegaciones escalonadas, no es un sistema vivo, que posea dentro de sí mismo la fuerza efectiva de su dinamismo; antes bien, se pone en movimiento merced a la acción de fuerzas espirituales efectivas. Esas fuerzas espirituales son las que, dentro de los márgenes del sistema jurídico, determinan y configuran los contenidos de éste. Muchos órganos del Estado—sobre todo el legislativo y también el reglamentario—disponen de una

anchurosa esfera de facultades discrecionales para dictar las normas cuyo establecimiento se les confiere. Y así pues, el problema del por qué, (dentro de todo el repertorio posible de determinaciones que permite la esfera de competencia establecida por el ordenamiento), el órgano estatal elige una de ellas y no otra es una cuestión que escapa por entero a la teoría pura del Derecho. Este problema sólo puede ser abordado por estudio sobre los factores sociales concretos que condicionan la decisión y sobre las ideas políticas que la inspiran, entendidas no sólo como ideas, sino como convicciones colectivas vigentes. El legislador, dentro del margen de discrecionalidad que le confiere la constitución, dicta una ley con determinado contenido y no con otro, sencillamente porque, en la constelación de los factores político-sociales, fué ésta la orientación que triunfó. Así, pues, esta ley que ha sido elaborada dentro del margen constitucional, tiene en su origen, en cuanto a su contenido concreto, en un proceso social de carácter político, en un entrecruce de necesidades sociales y de aspiraciones. Piénsese, por ejemplo, que dentro de una misma constitución y con estricto respeto de la misma pueden gobernar lo mismo un partido avanzado que un partido moderado. Que ocurra lo uno o lo otro es algo que no puede explicarse por la pura teoría del Derecho; es sencillamente efecto de que en las elecciones para el Parlamento triunfe éste o aquél partido; pero ésto constituye un hecho social de carácter político; en suma, es un hecho, que forma parte de la realidad del Estado, y que no es reductible al perfil normativo del Derecho anterior; porque significa la determinación que se opera dentro del margen de éste, a favor de uno u otro contenido, por virtud de algo que no depende del sistema normativo. Es algo que procede de la realidad social-política. Y lo mismo podría decirse respecto de las determinaciones que otros órganos estatales tomen dentro de la esfera de su competencia: que entre las varias normaciones posibles, un Ministro elija una determinada y no las demás es algo que se explica no por el esquema formal del orden jurídico—en el que se consagra su competencia discrecional—sino que es algo que se funda en la realidad de una situación social-política. Resulta, pues, que por debajo del Estado *sensu stricto*—como orden jurídico vigente—existe una realidad social que lo produce inicialmente, que lo mantiene después, que lo reelabora sucesivamente, y que lo condiciona en todo momento. El Derecho aparece, por lo tanto, como una especie de precipitado normativo de esa realidad social. El Derecho es la cristalización en forma normativa de una serie de procesos de vida colectiva. Y, por eso,

podemos legítimamente hablar de una realidad sociológica del Estado, que es la que crea, mantiene, vitaliza y desarrolla al Derecho.

Ahora bien, entiéndase que esa realidad del Estado, no es una realidad natural; no es física, ni biológica. Tampoco es un espíritu substante: ni es un alma colectiva a la manera en que la suponía el misticismo romántico, ni es un espíritu objetivo, existente en sí y por sí, como pretenden los hegelianos. Es sencillamente una realidad humana: un conjunto de relaciones humanas, de constelaciones humanas, una serie de formas de vida objetivada colectiva y, al propio tiempo, la serie de los procesos dinámicos en que se producen esas formas y en que se gestan otras nuevas, al correr de la historia. Y, a fuer de tales hechos humanos, no pueden ser estudiados por medio de una explicación puramente causal—según pretendía la vieja Sociología—; sino que, por el contrario, como se trata de hechos humanos con sentido, tienen que ser *comprendidos* a la luz de éste. Y el sentido de los hechos que constituyen la realidad del Estado es un sentido político.

Mas es preciso advertir, que si bien los hechos estatales están llenos de significación y sólo a la luz de ésta pueden ser entendidos, sin embargo, el Estado no consiste tan solo en un conjunto de significaciones, es decir, de ideas, sino que constituye una realidad, a saber una realidad compuesta por vidas humanas, que se comportan de un determinado modo. Por eso, la teoría del Estado, que no es una ciencia natural, tampoco es una ciencia del espíritu o del logos, sino una ciencia de las realidades sociales en las cuales se producen sentidos normativos jurídicos.

Y, siguiendo la inspiración de Hermann Heller, se puede decir que hallamos al Estado como algo real, pero de cuya realidad forma parte el hombre. Es Estado, lo mismo que los demás entes sociales, es un conjunto de formas de vida humana, creadas y realizadas por los hombres. De un lado, está compuesto por vidas humanas; y, por otra, parte, las condensaciones de los procesos sociales que integran el Estado actúan sobre el destino de esas vidas. Dentro de ese complejo de formas sociales, vividas y renovadas por la acción constante de los hombres, se encuentran éstos, integrando con sus conductas la realidad del Estado. En definitiva el Estado consiste en un complicadísimo conjunto de formas de vida humana entrelazadas. Como ha mostrado agudamente con su análisis Leopoldo Wiese,[78] el Estado—al igual que las otras corporaciones—se reduce a una trama movediza de relaciones y de procesos interhumanos; en definitiva, podríamos decir que se reduce a formas de vida colectiva y a procesos

sociológicos en que advienen dichas formas. Y, así, el Estado se presenta como una condensación o hacinamiento de procesos sociales, que se repiten en determinadas figuras y complejos, y que son efectivamente vividos por los hombres que en él participan. Esos hacinamientos constituyen a manera de unos tejidos de fuerzas humanas: energías humanas amontonadas y entrelazadas, cuya densidad y persistencia se debe al efecto de la combinación y de la organización. Pero, entiéndase bien que esa realidad del Estado no es una realidad substante, no constituye una *cosa,* que esté ahí fuera de nosotros e independientemente de nosotros. En definitiva, la subsistencia de esa realidad depende de que haya hombres que la quieran eficazmente. Sin la aquiescencia y la colaboración de los hombres, que viven las formas estatales, desaparecería la realidad del Estado. El Estado es un conjunto de formas de vida humana objetivada; pero la realidad del Estado no consiste únicamente en esas formas, sino en el hecho de que tales formas sean vividas efectivamente por los hombres. Y, además, ocurre que los hombres no tan solo se limitan a vivir, mejor dicho, a revivir esas formas, sino que además aportan innovaciones que decantan en nuevas formas colectivas. Y de tal manera el Estado va transformándose, y se presenta como algo que deviene en el proceso histórico. Así, pues, gran parte de las formas y de los procesos estatales son constantemente reaprehendidos por los hombres, bien limitándose éstos a revivirlos, bien procediendo a su renovación. La realidad del Estado consiste pues en una actualización funcional.

Los procesos sociales que crean, mantienen y renuevan las formas estatales son procesos de integración de sus miembros. Y estos procesos confluyen a formar una unidad superior—que cristaliza en la construcción de la unidad del orden jurídico—.

Pero antes de examinar el proceso y la cristalización de esa unidad del Estado, conviene hacer algunas consideraciones complementarias, que aclaren definitivamente la no substantividad del Estado y que a la vez expliquen el porqué de la colosal fuerza que ejerce sobre los hombres. Ya he expuesto que la realidad del Estado se reduce a un conjunto de formas de vida colectiva, que son efectivamente vividas por los hombres; y que, por tanto, el Estado no es ni una cosa de la naturaleza, ni tampoco un espíritu. Es de todo punto erróneo creer que el Estado es un sujeto que actúe él por sí mismo, que además posea una vida independiente y que sea capaz de engendrar por sí propio y por su exclusiva cuenta nuevas formas sociales. Nada de eso es cierto, antes por el contrario es notoriamen-

te erróneo. En realidad, quienes actúan son siempre los hombres de carne y hueso. Esos hombres, en tanto que miembros del Estado y formando parte de su realidad, actúan imbuídos por las representaciones de las formas de comportamiento colectivo-estatales, y, por tanto, integrando de esa manera la realidad del Estado, y actuando por cuenta de éste y para éste. Pero, repito que son los sujetos individuales quienes actúan siempre, si bien lo que hacen no sea algo individual, sino algo estatal. Ahora bien, a pesar de ésto, se explica la fuerza imponente que el Estado ejerce sobre los hombres, (hasta el punto de que parezca que constituye algo ajeno a éstos, algo así como una magnitud independiente, contra la que nada o poco pueden los hombres), porque en el Estado se condensan las fuerzas de un sinnúmero de sujetos, cuya totalidad resulta inabarcable para la conciencia y para la acción de un individuo. Y, además, ocurre que el mismo individuo que trata de enfrentarse con el Estado se encuentra actuando—acaso sin darse cuenta—bajo el influjo de la representación de éste, y, por tanto, como un elemento integrador de la realidad estatal.

He apuntado que el Estado representa una unidad colectiva, que cristaliza en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, nótese que esta ordenación—como en general todas las ordenaciones vigentes de la conducta—constituye una unidad social, no tan solo en tanto que *normatividad,* sino también en tanto que *normalidad,* es decir, en tanto que regularidad efectiva, en tanto en cuanto produce una organización. En este sentido, la realidad objetiva de la unidad social organizada se funda en un poder unitario; es decir, la organización surge cuando existe una instancia establecida para resolver los casos no predeterminados o que ofrezcan duda y para lograr que sus mandatos sean obedecidos. La organización de esa instancia es la que constituye de hecho la realidad de la unificación del ordenamiento social. Precisa de todo punto esa instancia de decisión, porque el ordenamiento jurídico, lo mismo como normatividad que como normalidad regular y efectiva, basta tan solo para la resolución de los casos ordinarios y previsibles, pero no es suficiente para determinar cual debe ser la conducta social ante el acontecimiento inesperado. Por eso, es menester que haya una instancia de poder, como rectora de la organización social, para determinar e imponer la decisión pertinente.

Ahora bien, ¿cómo se constituye *de hecho,* real y efectivamente, la unidad de la organización social, que encarna en el Estado? Esta cuestión no ha podido ser resuelta en modo alguno ni por

el pensamiento místico de la teoría monárquica, ni por los peregrinos ensayos de la geopolítica, ni por los grotescos dogmas racistas, ni por el intento de explicarla como producto de la lucha de clases. Abarcando la totalidad de los procesos que integran el Estado, y en los cuales éste se constituye como tal, podría decirse que la unidad del Estado ha de entenderse como una unidad de decisión actuante y eficaz, que ha conseguido formarse de modo real y concreto a través de una serie de procesos sociales. Estos procesos sociales aparecen condicionados en parte por factores naturales; más decisivamente influídos por otras ordenaciones colectivas; y configurados en definitiva y con precisión por los órganos estatales instituídos por el Derecho. Hay factores de la naturaleza que en algún modo pueden ejercer influjo sobre la configuración de las actividades humanas que integran el Estado. Y entre esos factores naturales, habría que mencionar especialmente los geográficos. Los elementos geográficos no son jamás determinantes unívocos de las estructuras sociales, pero en cambio pueden constituir condiciones (positivas o negativas) de determinadas contexturas sociológicas. Así, pues, tales factores geográficos de ninguna manera bastan ni para crear ni para explicar la unidad efectiva del Estado, ya que siendo el Estado una realidad humana, no puede ser nunca considerado como un fenómeno de la naturaleza; pero dichos elementos geográficos, pueden constituir condiciones que ejercen algún influjo en las actividades humanas; ya que, por ejemplo, la vecindad en un territorio cabe que estreche las relaciones sociales, las coordine, las homogeinice, y determine la adopción de determinados módulos de conducta frente al exterior. Los procesos y las situaciones propiamente sociales ejercen una influencia de mayor alcance en la formación de la unidad estatal; así, p. e., la entidad social de la nación, que constituye una forma de comunidad, la cual entraña ya en sí misma una unidad. Mas con la existencia de la nación no tenemos todavía el Estado. Para que surja el Estado precisa que se produzca la unidad del ordenamiento normativo, que se obtiene mediante la organización de las instancias estatales, según lo determinado en el sistema del Derecho. Pero, a su vez, la base fundamental del sistema del orden jurídico positivo hemos visto que mana y se apoya en una resultante de voluntad social. Adviértase que de ninguna manera hay que entender esa voluntad social predominante, como un fenómeno espiritual colectivo, como una voluntad independiente y aparte de las voluntades de los hombres que integran el Estado. Tal concepto constituiría un tremendo dislate, contra el cual he aducido ya en

este libro suficiente número de razones. No se trata en modo alguno de ésto; se trata de algo muy diverso, a saber: de que entre todas las voluntades de los hombres que integran el Estado—muchas veces diversas y contradictorias—, al contrastarse entre sí, se combinan, y de ello surge un proceso en el que se fragua una resultante real unitaria, que es la que se impone efectivamente. A través de todos los procesos que integran la realidad social del Estado, se va individualizando esa instancia decisiva, de la cual deriva la base fundamental del orden jurídico vigente y sobre el cual se apoya éste, lo mismo en su persistencia que en sus transformaciones. La voluntad de los sujetos que funcionan como órganos del Estado tienen el alcance y la significación de voluntad común, sólo porque y en tanto que puede contarse con que dispone de un modo regular del poder de los representados, los cuales la obedecerán habitualmente.

Ahora bien, nótese, que, desde el punto de vista sociológico, el hecho de que se obedezca ordinariamente al órgano del Estado es debido a que sus actos de imperio valen como resultantes de la voluntad común y son determinados positivamente por esta. Y esa voluntad común, aparece como una resultante sociológica efectiva, aun para aquellos individuos que se hallen en abierta oposición con la misma; porque si se limitan a repudiarla tan sólo interiormente, sin hacer otra cosa, resulta que, a pesar de su disentimiento interior, de hecho con su conducta contribuyen a apoyar dicha voluntad estatal; y si se revuelven activamente contra ella, entonces caben dos posibilidades: o lograrán imponer su rebeldía, con lo cual se habrá gestado una nueva voluntad común; o fracasarán, en cuyo caso quedará inutilizada esa voluntad oposicionista.[79]

Y el mismo orden jurídico creado por esa resultante unitaria de voluntad colectiva contribuye a individualizar las ulteriores manifestaciones de la misma, mediante la organización de instancias.

Así, pues,—en discrepancia con Kelsen—subrayo que para entender plenariamente el Estado, precisa darse cuenta de que su expresión normativa en el ordenamiento jurídico está fundada inicialmente, mantenida sucesivamente y condicionada en sus desarrrollos, por una realidad social, por unos hechos de vida humana colectiva. Esos hechos, a fuer de humanos tienen un sentido, es decir, una dimensión de finalidad—motivaciones vitales y fines propuestos—; y consiguientemente en ellos se albergan unas intencionalidades de valor. Cierto que desde el punto de vista estrictamente jurídico, el Estado se expresa tan solo como Derecho y a través de Derecho. Pero aun cuando aislemos mentalmente esta expresión norma-

tiva y de ese modo concibamos el Estado como el sistema del orden jurídico vigente, es de todo punto necesario no seccionarlo de manera radical y definitiva de la realidad social que lo produce y mantiene, ni de su relación con las ideas de valor, que le dan su peculiar sentido, a saber, un sentido político.

5. *Tipo de relación entre la dimensión jurídica del Estado y su realidad social*

En primer lugar, urge inquirir cuáles son los fenómenos sociales que pertenecen a la realidad del Estado. Pues ocurre, como es bien notorio, que el reino de los hechos sociales es muchísimo más extenso que la realidad estatal; es decir, que hay un sinnúmero de fenómenos de vida colectiva, que no pertenecen al Estado. ¿Cuáles son pues, los hechos sociales que constituyen la realidad del Estado? Pues bien, a esta pregunta contesto diciendo que pertenecen a la realidad estatal todas las relaciones, todas las situaciones y todos los procesos sociales, cuyo sentido intencional se refiere a lo jurídico. O dicho de otra manera, forma parte de la realidad estatal todo comportamiento que tiende a la creación de normas jurídicas, a su mantenimiento, a su modificación o a su derrocación. Así, por ejemplo, podemos decir que un puro movimiento colectivo, de una opinión artística o de una corriente científica, no está incluído dentro de la realidad estatal; pero, que, en cambio, pertenece notoriamente a ésta cualquier acto que influya o tienda a influir en la opinión pública acerca del gobierno, acerca de la conveniencia o inconveniencia de determinada institución jurídica; todo acto de cumplimiento o de incumplimiento del Derecho; todo propósito de conservar o de procurar la substitución de unas normas jurídicas, etc. Todos esos hechos y el sinnúmero de sus análogos tienen una dimensión estatal, precisamente en la medida en que apuntan hacia lo jurídico; porque son, en suma, ingredientes que influyen en la formación concreta del Derecho, en su mantenimiento, en su desarrollo o en su destrucción. Si se quiere, puede darse a estos hechos la calificación de *metajurídicos;* pero adviértase que esa calificación lejos de suponer una independencia absoluta frente a lo jurídico, implica por el contrario una referencia a ello. Y, así, esos factores metajurídicos serían aquellos elementos que, no perteneciendo estrictamente al orden normativo del Derecho, están, sin embargo, en contacto con él, engendrándolo, apoyándolo y dinamizándolo.

Ahora bien, para precisar las relaciones entre la pura teoría jurídica del Estado y el estudio metajurídico del mismo, hay que advertir lo siguiente: mientras que el estudio jurídico puede hacer abstracción de aquellos elementos reales que no hayan logrado una estricta expresión normativa, y hacer también abstracción de la crítica política, y elaborarse de tal suerte como doctrina jurídica; en cambio, la filosofía del Estado y también la teoría general del mismo, que lo considera en sus raíces metajurídicas, no podrá eludir en ningún momento la constante referencia al ordenamiento jurídico, porque este constituye el perímetro delimitador de su objeto; ya que algo pertenece a la realidad estatal tan sólo en la medida en que se refiere a la producción, a la conservación, a la realización y a la transformación del Derecho. Aunque la realidad efectiva del Estado abarque elementos metajurídicos, estos entran en el ámbito de lo estatal tan solo en tanto en cuanto se refieren intencionalmente al Derecho; por ejemplo: porque o son afanes sociales que se aspira a satisfacer mediante una ordenación jurídicá; o porque son programas para elaborar un Derecho futuro; o porque son fenómenos de opinión pública, que apoyan al Derecho existente o que se rebelan contra él, etc.

Queda, pues, claro, que aunque la realidad estatal y el ordenamiento jurídico no son entidades idénticas, sin embargo se implican mutuamente de modo esencial y necesario. No se puede pensar en el Estado sin pensar a la vez en el Derecho. Ni se puede tampoco concebir el Derecho sin referirnos al Estado, es decir, sin referirnos a una instancia de poder social, que imponga inexorablemente las normas jurídicas. Pues aunque la teoría jurídica pueda hacer abstracción de los elementos metajurídicos, habrá de contener siempre la mención de la instancia efectiva que sirva para imponer inexorablemente el Derecho. Y, en suma y esencialmente el Estado es esa instancia de poder que impone inexorablemente unas normas. Así, ocurre que al pensar en el Estado tenemos que referirnos al Derecho; pues sin este no sería posible concebir el Estado; y cuando pensamos en el Derecho positivo hemos de referirnos necesariamente al Estado, pues sin éste no sería propiamente Derecho.

CAPITULO XII

ESTIMATIVA JURIDICA

Sumario: *1. Planteamiento del problema de la Estimativa Jurídica.—2. Justificación del problema de la Estimativa Jurídica.—3. Articulación escalonada de los temas que condicionan la Estimativa Jurídica.—4. La raíz del conocimiento estimativo sobre el Derecho.—5. Objetividad del* a priori *estimativo.—6. La historicidad humana y los valores jurídicos. Planteamiento de la cuestión. Platón. Aristóteles. San Agustín. Filosofía escolástica, Francisco Suárez. La escuela clásica del Derecho Natural. Reusseau. El Romanticismo Jurídico o Escuela histórica del Derecho. Hegel. Comparación entre el pensamiento de la Escuela histórica y el de Hegel. El positivismo y el naturalismo. Carlos Marx. Stammler. La superación del formalismo.—7. Historicidad y valores jurídicos. La historicidad en la Estimativa Jurídica.—8. La idea de la justicia y la valoración jurídica.—9. La valoración de la persona humana para el Derecho.—10. Fundamentación del personalismo o humanismo.—11. Consecuencias del personalismo.—12. La certeza y seguridad.*

1. Planteamiento del problema de la Estimativa Jurídica

Bajo el título de Estimativa Jurídica, voy a tratar del problema sobre los criterios para el enjuiciamiento de las normas de Derecho positivo y para la reelaboración progresiva del mismo.

Prácticamente, en la organización suprema de la vida social y en la solución de los conflictos que ella plantee, la norma de Derecho positivo vigente constituye una decisión ejecutiva e inapelable. La solución dictada por los órganos del Derecho vigente es algo definitivo, que se impone irresistiblemente; constituye en la realidad de la vida social una última palabra, puesto que el Derecho es norma que por su propia esencia se impone inexorablemente, aniquilando toda resistencia y rebeldía. Pero esa solución decisiva y firme en la realidad de la vida, no es, en cambio una última palabra para el pensamiento. Y, así, ocurre que siempre cabe preguntarnos, ante una ley o ante una sentencia del Supremo Tribunal de Justicia, si la solución contenida en una u otra, respecto de determinado problema de

relaciones sociales, es una solución plenamente buena o, por lo menos, si es la mejor entre las efectivamente posibles. Es decir, cabe siempre que frente al precepto jurídico positivo planteemos la pregunta sobre su justificación intrínseca. Cabe que nos interroguemos sobre si ese precepto es acertado o si por el contrario es defectuoso o si representa un desatino; en suma, podemos siempre plantear la cuestión de si un precepto jurídico está o no intrínsecamente justificado. O dicho con otras palabras: las soluciones que ofrece la jurisprudencia positiva—que desde luego constituyen prácticamente una última palabra de forzosa aplicación—pueden ser sometidas por el pensamiento a una crítica, a cuya luz se inquieran sus títulos de justificación. Con esto, por así decirlo, hacemos comparecer al Derecho positivo ante una instancia ideal, filosófica, para examinar cuales sean sus títulos de justificación. Citamos a juicio al Derecho positivo, no ante un tribunal de Derecho, sino ante el foro de la conciencia, ante el enjuiciamiento de la reflexión filosófica; y planteamos la pregunta de si eso, que aquí y ahora, o allá y entonces, es o fué el Derecho vigente, presenta o no en regla sus títulos de justificación; y, con ello, al propio tiempo nos lanzamos a averiguar si cabría una reelaboración de los preceptos vigentes en un sentido de mayor justicia y de mayor beneficio común.

Ahora bien, este examen, como todo proceso de enjuiciamiento, tendrá que resolverse a la luz de algunas normas, las cuales en este caso ya no pueden ser normas positivas, sino que habrán de ser normas ideales, valores. Y propiamente la tarea de la Estimativa Jurídica, como una de las partes de la filosofía del Derecho, no consiste en llevar a la práctica el enjuiciamiento concreto de un determinado Derecho positivo, sino en averiguar cuáles sean los módulos según los cuales resulta posible dicha labor de crítica, de valoración, y, consiguientemente, de orientación. Con ello se suministrará la base para llevar a cabo los enjuiciamientos concretos del Derecho positivo, y, al mismo tiempo, la obtención de los criterios que deban inspirar al desarrollo del Derecho.

En suma, este es el problema que se ha conocido con las denominaciones de "derecho natural," "derecho racional," "idea de justicia," "fin supremo del Derecho," "Deontología Jurídica," "ideales jurídicos," "crítica ideal del Derecho," etc. Yo prefiero denominarlo *Estimativa Jurídica,* porque con esta expresión se denota con toda claridad la esencia del problema y no se prejuzga sobre la solución que se de al mismo. Y, de momento, antes de entrar en el ensayo de solución que se deba dar a este tema, interesa superlativa-

mente plantear el problema con toda pulcritud. Ante todo, lo que urge es cobrar clara conciencia del problema, sin incurrir en precipitaciones mentales que impliquen un prejuicio sobre su solución. Y, según expondré unas líneas más abajo, no basta solamente plantear el problema, sino que además será preciso justificarlo como tal problema, es decir, mostrar que tiene plenario sentido que nos planteemos tal cuestión.

Este tema de la justicia, del Derecho que debe ser, de los valores jurídicos, ha preocupado siempre y en todo momento, no sólo a la conciencia vital de los individuos y a la opinión pública de los pueblos, sino también de un modo central a la especulación filosófica.

Si contemplamos en perspectiva panorámica la historia del pensamiento, caeremos en la cuenta de que, salvo dos o tres ocasos escépticos, la filosofía ha vertido siempre amorosamente su atención sobre este asunto. Brota ya como tema predilecto en los trabajos de los pitagóricos. Se dibuja vigorosamente en Sócrates, en cuya obra de fundamentación de la moral late la preocupación sobre cómo deba ser el Estado—y, por tanto, sobre el perfil ideal del ordenamiento jurídico—. Y en Platón, su obra de mayor alcance, aquella en que culmina su Metafísica, es precisamente la consagrada al tema de la justicia, (al tema del Estado que *debe ser*), el diálogo de la *Politeia* (República). Y Aristóteles dedica a esta cuestión el Libro V de su Etica Nicomaquea y su tratado de la Política, dibujando la diferencia entre lo justo natural y lo justo civil. Y los estoicos elaboran el concepto de ley natural, que después será recibido en el pensamiento de la Patrística. Y ésta sigue ocupándose centralmente del problema de la justicia y de las normas para enjuiciar y orientar el Derecho positivo, al perfilar los conceptos de ley eterna y de ley ética natural. Y este tema ocupa preferente lugar en toda la filosofía escolástica de la Edad Media, y todavía más en el Renacimiento que de la misma se opera en la espléndida floración de los juristas y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII (Suarez, Victoria, Soto, Bañez, Molina, Alcazar, Vazquez de Menchaca, etc.). Y el pensamiento iusnaturalista del iluminismo (Altusio, Grocio, Tomasio, Puffendorf, Locke, Sidney, etc.) representa no tan solo el más vigoroso denominador común de las preocupaciones intelectuales de la época, sino, además, también el protagonista efectivo de la situación histórica, que va a culminar—pasando a través de la obra genial de Rousseau—en el magno acontecimiento de la Revolución Francesa, que bien pudiéramos definirla, desde este punto de vista, como la

apoteosis máxima y frenética del Derecho Natural. Y este mismo tema sigue afinándose y adquiriendo nuevas perspectivas en Kant. Y pervive y se desarrolla con fecundidad en Fichte—la genialidad de cuya obra se actualiza en nuestros días—; y en Schelling. Y en Hegel adquiere otras perspectivas, hasta el punto de que, por una parte desaparece como tema normativo y, por otra, la filosofía del Derecho se convierte en uno de los momentos capitales de su sistema. Y el tema iusnaturalista aparece con nuevas versiones en las páginas de Krause.

Este tema fué negado tan solo en algunos momentos escépticos de la antigüedad: en el pensamiento de los sofistas, centralmente preocupados por ésta cuestión, pero para negar todo criterio válido de justificación—animados de un travieso espíritu nihilista—; en la escepsis radical de Pirrón, que es pura suspensión de todo juicio, tanto teorético como práctico, plenaria abstención; y en la Filosofía de la Academia Media. De otra parte, brotan algunos ensayos de duda escéptica en el Renacimiento, con Charron y con Montaigne, que no llegan a cuajar en el pensamiento de su época. Y, finalmente, en el segundo tercio del siglo XIX, al advenir las corrientes naturalistas (materialismo, evolucionismo, etc.), de una parte, y el positivismo a ultranza de los segundones de esa escuela, por otra el pensamiento queda mutilado, la Filosofía es negada, y se instaura lo que certeramente se ha llamado la tiranía terrorista de los laboratorios, que obra sobre el campo de los estudios jurídicos suprimiendo toda Filosofía del Derecho. Pero ninguna de esas crisis escépticas fué definitiva ni consiguió instalarse permanentemente en el pensamiento. Antes bien, por el contrario, todas dieron lugar a nuevos florecimientos mucho más vigorosos y depurados de la filosofía general y de la teoría de los ideales jurídicos. Y, así, al escepticismo de los sofistas, sucede la ubérrima floración de los grandes sistemas filosóficos de la antigüedad: Sócrates, Platón, Aristóteles, el estoicismo, el epicureismo. Y, así, a los conatos de desesperanza de Charron y de Montaigne suceden los grandes sistemas de la escuela clásica del Derecho Natural de Grocio, Tomasio, Puffendorf, Locke, Sidney, etc. Y después de los regímenes positivistas de un lado y materialista de otro—que aun cuando contradictorios entre sí, tienen en el campo jurídico consecuencias análogas—sobreviene una restauración de la Filosofía en todos los campos, y con extraordinaria pujanza en este problema de la Estimativa Jurídica. Ya hacia el año 1880 empieza a entrar en crisis el positivismo: y a fines del siglo pasado ya se acentúa vertiginosamente su caducación, que

había de consumarse definitivamente en los primeros años de la centuria actual. Y un proceso análogo se registra respecto de las corrientes naturalistas (materialismo, evolucionismo, etc.), cuya dominación fué efímera, pues al llegar al siglo actual son desterradas no tan solo por la nueva filosofía, sino que también caen en profundo descrédito dentro de las avanzadas de las ciencias naturales, que antes las habían propiciado; y, desde luego, notoriamente en el sector de los estudios jurídicos. Y así, la Filosofía del Derecho, como teoría de los ideales jurídicos, después de ese eclipse positivista y naturalista, renace con renovado y más intenso vigor, en Cohen, Natorp, Stammler, Loening, Petrone, Giner, Posada, Ríos, Geny, Hauriou, Bonnecase, Petrazciski, Del Vecchio, Lask, Radbruch, Muench, Kantorovicz, Roscoe Pound, etc., etc. Ocurre, pues, que el pensamiento jurídico resurge pujante después de la purga escéptica que significó el positivismo; y no solo brota de nuevo con más fuerza, sino que también más depurado. Las crisis escépticas ni se producen por casualidad ni dejan de aportar resultados beneficiosos, aunque desde luego sean después superadas. Las crisis escépticas representan, cuando se producen, la necesidad de que la filosofía se depure de precipitaciones o de exageraciones en que había incurrido. Cuando se percibe esta urgencia se impone al pensamiento un régimen de purga, de depuración, de dieta; se impone el hacer un alto en la marcha, para someter a muy rigorosa revisión toda la labor precedente. Pero ésto significa nada más que un régimen transitorio, en el que la Filosofía se instala tan solo provisionalmente, para emprender después, ya purificada de viejos yerros, una nueva tarea de construcción.

Si de la historia de las doctrinas pasamos ahora a los anales de las convicciones individuales y sociales, podemos anotar que siempre la conciencia humana ha mantenido la creencia en unos ideales jurídicos que sirvan de norma para la crítica del Derecho positivo y de orientación para lograr su mejoramiento.

2. *Justificación del problema de la estimativa jurídica*

La comprobación de cómo en la historia de las ideas filosóficas —lo mismo que en la de las convicciones vitales—persiste siempre este pensamiento del ideal jurídico no deja de ser impresionante. Pero, sin embargo, no quiero fundar en dicha comprobación la justificación del tema estimativo. El sufragio, que tiene un valor decisivo para la decisión en los asuntos políticos, no constituye en

cambio una prueba concluyente en el campo de la investigación teórica. La verdad científica y filosófica no se funda democráticamente. Ni tampoco el sentido común constituye una plenaria garantía de verdad. En nuestra vida habitual y cotidiana y sobre todo en el trato con los demás y en los problemas prácticos de la colectividad, el sentido común, el buen sentido, suele constituir una de las normas más prudentes y seguras. Pero en la teoría pura no podemos entregarnos a él con demasiada confianza, pues hay que recordar que la historia de la ciencia y de la filosofía registra no pocas rectificaciones frente al sentido común. Por consiguiente, aunque nos impresione mucho la persistencia del tema sobre los criterios ideales respecto de lo jurídico, y nos predisponga a aceptar la justificación de este tema, sin embargo, con ello no tenemos todavía una prueba plenaria y suficiente. En el campo de la teoría hay que exigir a cada posición, para admitirla, que tenga sus títulos muy limpios, muy en regla. Y para lograr una construcción sólida hemos de proceder de manera que no admitamos sino que aquello que se ha mostrado con plenaria e irrebatible justificación. Por eso, habré de proceder, ante todo, a preguntarme con máximo rigor si el problema de inquirir criterios estimativos para el Derecho tiene sentido, es decir, si el problema está justificado en tanto que tal problema—sin entrar de momento en ningún aspecto de fondo en cuanto a su solución.—Máxime que todavía está relativamente reciente la negación que de este problema se produjo en la segunda mitad del siglo pasado. Por otro lado, adviértase que aparte de esa crisis escéptica—hoy ya superada—los momentos actuales son de honda y pavorosa crisis integral, a saber de profunda desorientación. Y en las condiciones de terrible azoramiento, que caracterizan a los días presentes, el deber urgente e ineludible para el intelectual es el de tratar de orientarse en la desorientación.

De momento se trata nada más que de plantear la cuestión sobre la licitud teórica de este tema de los ideales jurídicos. Es decir, se trata de preguntarnos si tiene o no sentido que nos embarquemos en la empresa de indagar directrices para el enjuiciamiento y para la reforma progresiva del Derecho. Yo compararía la situación que ahora planteo con aquella en que uno se encontrase cuando tratara de emprender un viaje para descubrir una tierra incógnita. Antes de comenzar el viaje hay que preguntar: ¿Pero existe esa tierra cuyo descubrimiento se pretende? Desde luego no sabemos como es; por eso tratamos de emprender un viaje para descubrirla; pero antes precisamos de un mínimo de certeza, que nos asegure que po-

demos empeñar todos nuestros esfuerzos en lograr ese descubrimiento, porque nos hemos cerciorado de que lo que buscamos existe, aunque de momento no sepamos como es. Ante todo, nada más que ésto. Una de las novedades que acaso pueda ofrecer en este tratado de Estimativa Jurídica consiste en separar con toda pulcritud una serie de cuestiones, que, en las doctrinas anteriores habían aparecido de ordinario involucradas y aun confundidas. Y, así, ahora, de momento, planteo nada más que el interrogante sobre la justificación de este problema en tanto que problema; es decir, vamos a inquirir si se trata de un problema auténtico o de un problema fantasma. El filósofo no puede aceptar como bueno nada que no haya pagado satisfactoria y plenariamente sus derechos de aduana intelectual; no puede aceptar nada que no se haya justificado cumplidamente por razones claras y firmes.

Así, pues, en este momento de la exposición, se trata de investigar si todo lo que puede decirse sobre los problemas de la vida social—que el Derecho pretende solucionar—está exclusivamente contenido en las normas positivas históricas; o si, por el contrario, cabe enjuiciar estos problemas desde un punto de vista distinto del Derecho positivo. ¿Hay en el mundo de los problemas jurídicos algo más que las normas del Derecho positivo? Advierta el lector, que, en este instante, no me pregunto si existe o no un supuesto Derecho natural, ni tampoco cuál sea la índole de sus preceptos, ni en qué consistan éstos. Ahora me limito a preguntarme: ¿hay algún otro criterio jurídico por encima de las normas positivas? En el caso en que se pueda contestar afirmativamente esta pregunta, entonces será el momento de plantear otros problemas, a saber, los que se refieren al método para conocer esos criterios, a la índole de los mismos, a cuales sean sus principios, a su modo de aplicación, etc.

¿Cuál es la situación mental en que nos encontramos? Como hemos prescindido de todo previo juicio—es decir, como dejamos a un lado la convicción vital e histórica de que hay ideas de justicia—, no sabemos si hay o no criterios orientadores para lo jurídico, porque esto es precisamente lo que nos estamos preguntando. Pero en cambio, parece indiscutible que sabemos que en el mundo hay algo que se llama Derecho positivo, al estudio de cuya esencia se han dedicado los capítulos anteriores. Pues bien, partamos única y exclusivamente de esto, que sabemos con toda certeza. Y tratemos de examinar esto que poseemos firmemente, en su misma entraña, en su misma estructura esencial. Ahora bien, al practicar este análisis del dato que poseemos—el Derecho positivo—caeremos en la cuenta

de que en éste, hallamos la huella o la mención de algo que ya no es Derecho positivo, sino punto de referencia ideal, en suma, de algo que es el testimonio del criterio por el cual nos preguntamos. O dicho con otras palabras: el análisis del concepto de Derecho positivo nos mostrará que en el mismo se postula necesariamente un ideal de justicia—independientemente de que lo encarne o no—. Si borrásemos la alusión a un ideal de justicia, el concepto de Derecho positivo resultaría irrealizable. Sin la referencia intencional a un principio de justicia no podría existir el Derecho positivo. Voy a mostrarlo con toda claridad y evidencia.

Recuérdese que el Derecho positivo es una forma de vida humana objetivada de carácter normativo. Ahora bien, ¿qué significa una forma normativa? Pues, sencillamente significa que entre las varias posibilidades de la conducta son elegidas algunas de ellas sobre las demás. Y son elegidas sobre las demás, porque se las prefiere en virtud de algo. Y esta preferencia se funda en un juicio de valor, en una estimación. Aunque la norma de Derecho positivo emane de un mandato, de un poder efectivo, no puede de ninguna manera ser entendida como un mero hecho, pues es un hecho humano, y, a fuer de tal, tiene sentido o significación. Y ese sentido consiste cabalmente en la referencia a un valor, en la pretensión de una justificación: se manda ésto y no aquello, porque quienes lo determinan creen que esto está justificado; creen que esto es preferible a lo demás, y, por ello, lo eligen entre todas las otras posibilidades concretas. O dicho de otra manera: la normatividad del Derecho positivo no tendría sentido si no se refiriese a un juicio de valor, que es el que la inspira. Se regula la conducta social de un determinado modo, porque se cree que éste es mejor que otras posibles regulaciones. Desde luego cabe que el Derecho positivo fracase en su intento; el panorama de la historia ofrece abundante repertorio de leyes y de costumbres injustas. Pero incluso en éstas late la intención de realizar un valor de justicia, aunque no lo consigan. Se trata entonces de una intención fracasada; pero, en tanto que intención, existe esencialmente como sentido de la norma. La mera noción del Derecho positivo, aunque no contiene dentro de sí el ideal jurídico, sin embargo lo presupone; es decir, postula su existencia; se refiere intencionalmente a él, aunque no acierte a realizarlo. No cabe entender el sentido de lo jurídico si prescindimos de la referencia a ideales de justicia. No es que la definición del Derecho los contenga en su seno; porque si fuese así, perdería su dimensión de universalidad. Pero si bien la definición del Derecho no

alberga dentro de sí los supremos valores jurídicos, sin embargo los menta, se refiere a ellos intencionalmente. Si borrásemos del Derecho positivo esa mención de principios no positivos, no nos quedaría de él nada más que un conglomerado caótico de puros hechos incomprensibles. La esencia del Derecho no es inteligible sino en función de una intencionalidad de realizar determinados valores. Toda normación supone que se ha elegido un determinado patrón entre otros posibles por considerarlo mejor que éstos; ahora bien, esta elección entraña una preferencia; y la preferencia supone una estimación, es decir, un criterio de valor. O, expresado de otro modo: una norma supone que entre las múltiples cosas que se puede hacer, hay algunas de ellas que deben ser hechas y otras que deben ser evitadas; supone, por lo tanto, un cribar el repertorio de las posibilidades, destacando lo debido, apartando lo prohibido y admitiendo lo permitido. Labor de criba, que consiste en una selección. Pero la selección tan sólo puede llevarse a cabo a condición de que se considere preferible lo que se elige. Y todo acto de preferencia implica una valoración; preferimos algo porque lo consideramos más valioso que lo otro, más bueno, más útil, más adecuado, más justo. Con lo cual queda demostrado que si no existiese algo por encima de la nuda realidad de las normas positivas, estas mismas normas positivas no podrían existir, ni, por ende, ser entendidas. Así, pues, en la misma existencia del Derecho positivo hallamos una especie de flecha orientadora que señala hacia unos criterios estimativos; hallamos el testimonio de una referencia a ideas de valor. En resumen: se puede afirmar categóricamente que hay criterios de valor para orientar—y consiguientemente para enjuiciar—el Derecho positivo, porque de lo contrario no podría existir la realidad de éste. Ahora bien, como es notorio que en el mundo hay Derecho positivo, de aquí hemos de concluir necesariamente que hay también criterios estimativos para lo jurídico. Con esto queda plenariamente justificado el tema de la investigación sobre las normas transempíricas para el enjuiciamiento sobre el Derecho positivo y para la orientación en la progresiva reelaboración del mismo.

Es posible llegar a idéntica conclusión por otra vía. En toda norma jurídica positiva—como en toda norma de cualquier clase que sea—descubrimos una estructura de finalidad: se propone, mediante la conducta que ordena, realizar un determinado fin. Ahora bien, para proponernos algo como fin, precisa que ese algo nos aparezca como valioso desde un cierto punto de vista. Con esto descubrimos la mención o referencia intencional de cada precepto jurí-

dico a la realización de una finalidad reputada como valiosa. Si en nuestra conciencia borramos la función estimativa, desaparece también la posibilidad de toda apreciación de finalidad.

Pero, además, debo añadir otra consideración. El fin concreto que persigue cada precepto jurídico o cada institución, de ordinario aparece como algo limitado e hipotético, es decir, como algo que representa a su vez un medio para conseguir otro fin; y de nuevo ocurre lo mismo con este otro fin; y, así, sucesivamente. Ahora bien, este proceso de ir inquiriendo la concatenación de los fines de las diversas normas jurídicas positivas nos conducirá por necesidad a un momento en que tengamos que preguntarnos por el fin del Derecho en su totalidad, o, lo que es lo mismo, por el fin último o supremo de lo jurídico. Y esta es precisamente la cuestión fundamental de la Estimativa Jurídica.

Así, pues, en suma, si eliminásemos esa referencia a los criterios estimativos del Derecho, el mismo Derecho positivo nos aparecería como imposible; y quedaría reducido a un puro fenómeno de fuerza bruta, análogo a los fenómenos de la naturaleza, con lo cual se habría evaporado por completo su esencia jurídica, es decir, lo que el Derecho tiene de Derecho.

Con todo lo expuesto hasta ahora, me he limitado a justificar el tema de la valoración jurídica con argumentos de absoluto rigor. Y lo he hecho sin complicar innecesariamente otros puntos de vista filosóficos—que desde luego podrían también suministrar un sólido fundamento para la Estimativa Jurídica—. Pero he querido dejar a un lado la referencia a la doctrina filosófica extrínseca a nuestro asunto, porque si me hubiese basado en ella, o bien habría tenido que derivar hacia las consideraciones que a su vez la justificasen, o bien habría debido suponer como demostrados algunos puntos de los que no me he ocupado aquí.

Después de lo dicho, queda perfectamente establecido que la empresa de preguntarse por los ideales jurídicos no es quimérica sino que tiene sentido; y que, por tanto, podemos embarcarnos justificadamente en ella.

3. *Articulación escalonada de los temas que condicionan la Estimativa Jurídica*

Resuelta esta primera cuestión sobre la justificación de la indagación estimativa en lo jurídico, hay que ir planteando escalonadamente cuatro cuestiones, que son las siguientes:

Primero: Determinar si el fundamento radical de la Estimativa Jurídica puede ser empírico, o si, por el contrario, ha de ser necesariamente *a priori.*

Segundo: En el caso de que la anterior cuestión se haya resuelto a favor de la tesis apriorista, habrá que preguntar si las ideas *a priori* para la estimación del Derecho son meras formas subjetivas, disposiciones o hábitos psicológicos, o si, por el contrario, constituyen ideas objetivas con validez necesaria.

Tercero: Determinar la respectiva intervención que en la elaboración de los ideales jurídicos tengan las ideas *a priori* y los elementos *a posteriori;* o sea, indagar cómo se combinen los valores jurídicos con el proceso de la historia.

Cuarto: En qué consiste la idea de justicia; y, además, si hay otros valores jurídicos; y, en este caso, cuáles sean dichos valores y qué relación guarden con la idea de justicia.

Atribuyo superlativa importancia a que se articule de manera rigorosamente escalonada estas cuestiones, de suerte que no se entre en la segunda sin haber despejado la primera, y así sucesivamente. Si examinamos la historia del pensamiento humano alrededor de estos asuntos, nos daremos cuenta de que casi siempre fueron planteados con precipitación y embarulladamente, saltando de una a otra cuestión sin ningún orden, por no darse cuenta de cómo cada una de ellas condiciona a las siguientes. De ordinario, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, muchos autores se lanzaban de buenas a primeras a una construcción de Derecho natural, sin haber resuelto antes una serie de cuestiones previas. Otros, en cambio, adoptaban una postura de escepticismo y exclamaban que no hay Derecho natural, el cual constituiría solamente una fantasía, inadmisible en el campo de la ciencia; pero esta postura la tomaban sin haber examinado todos los problemas que condicionan una Estimativa Jurídica, limitándose a combatir una determinada tesis—p. e. la del Derecho Natural de la Escuela Clásica—con lo cual daban ya por liquidado este problema en definitiva. Ahora bien, tanto los unos como los otros no fueron al tema con la debida pureza intelectual, ni examinaron seriamente todos los supuestos e implicaciones que este asunto lleva consigo.

Por eso, concedo un alcance decisivo a una correcta articulación metódica de todos los supuestos e implicaciones que tiene el tema de la Estimativa Jurídica. Antes de cobrar acceso a la región de los valores jurídicos, es menester que despejemos una serie de incóg-

nitas previas; pues de no solucionarlas a su tiempo, todo quehacer sobre estos temas vendría lastrado por una serie de deficiencias, que, a la postre, lo condenarían a un fracaso.

4. *La raíz del conocimiento estimativo sobre el Derecho*

Se plantea ahora la pregunta sobre la raíz del conocimiento estimativo respecto de lo jurídico. Es decir, nos interrogamos sobre cuáles sean los elementos que hayan de servir como cimentación radical de todo juicio estimativo sobre el Derecho. Se trata en suma de averiguar cuáles sean los ingredientes que componen los juicios de valor sobre lo jurídico.

En definitiva, esta cuestión constituye una proyección al campo de lo jurídico del problema filosófico general sobre el origen del conocimiento. Y, así, ocurre que en este punto de la Filosofía del Derecho se refleja, a lo largo de su historia, el diálogo secular entre el empirismo de un lado y el racionalismo y el apriorismo de otro.

Pero adviértase, ante todo, que el problema que se plantea aquí —lo mismo que la cuestión filosófica general sobre el origen del conocimiento—no es de índole psicológica, sino que es un tema de teoría del conocimiento. Es un tema de carácter estructural, que consiste en preguntarnos por la composición del conocimiento como producto, por sus leyes objetivas. No hacemos una biografía psicológica de los procesos mentales; no nos interrogamos por las vicisitudes y peripecias que haya pasado ésta o aquella mente para adquirir unas determinadas verdades; ni siquiera nos preguntamos tampoco por las leyes psicológicas de hecho que rijan los procesos del conocimiento. Antes bien, por el contrario, tomamos el conocimiento ya fabricado o constituído, para examinar cuáles son los ingredientes de que consta y cuál es el papel que corresponde a cada uno de ellos en el mismo, y de dónde han salido.

Este estudio es una consideración sobre el conocimiento ya elaborado, en cuanto a su validez, en cuanto a sus ingredientes, y en cuanto a su objeto. Una cosa es el hecho psicológico de cómo el niño descubre que la imagen suya en el espejo es tan solo imagen y no realidad y otra cosa muy diferente son las leyes objetivas de la refracción. El hecho anecdótico en la vida de Newton, de que al contemplar la caída de una manzana se le ocurriese la idea que le llevó a su teoría de la gravitación, nada tiene que ver con la justifica-

ción físico-matemática de la misma. Unos son los problemas psicológicos de origen, de gestación, de fabricación del conocimiento; y otros y muy diferentes son los problemas lógicos estructurales, es decir los problemas gnoseológicos. No nos preguntamos, pues, por ejemplo, quién ha fabricado un juguete ni cómo, sino que vamos a sacarle las tripas al juguete para ver de qué ingredientes consta, de dónde procede cada uno y cual es el papel que cada uno desempeña.

Así, pues, este problema sobre la raíz del conocimiento estimativo no es psicológico, sino que consiste en preguntar por el tipo de actos mentales en los cuales me es dada la cosa cuya idea tengo; o sea, consiste en analizar los elementos de que se compone el conocimiento ya elaborado y la conexión que se da entre ellos.

A lo largo de la historia de la filosofía general se produce una controversia entre el empirismo y el intelectualismo (en sus varias formas: racionalismo, innatismo, apriorismo, etc.).

En resumen puede decirse que el *empirismo* (representado por los cirenaicos, por los epicúreos, por Locke, por Hume, por los positivistas, etc.) sostiene que la fuente originaria de todas nuestras ideas es la experiencia. Según el empirismo, la conciencia sería una tabla rasa en la que nada hay escrito; de suerte que todo cuanto encontramos en ella habría venido de la experiencia; incluso las ideas aparentemente más abstractas, las cuales se habrían formado a través de la experiencia por vía de repetición y generalización de los datos de ella. Así, pues, según el empirismo todo conocimiento procedería de la experiencia; y también todos los ingredientes de él se derivarían de ella.

Frente a la tesis empirista, otra corriente filosófica, que corre a lo largo de más de dos milenios, afirma que si bien en el conocimiento hay una serie de ingredientes que vienen de fuera, a través de la percepción sensible, hay otros que no proceden de la experiencia; y que éstos son los más importantes y los decisivos. Así, por ejemplo, el conocimiento matemático no se basaría en la experiencia. El racionalismo entiende que el factor decisivo en el conocimiento es el intelecto. Si el ideal del conocimiento consiste en lograr universalidad y necesidad, esas dimensiones únicamente pueden dimanar del intelecto, pues la percepción sensible tan solo nos suministra un conocimiento de un aquí y de un ahora, de algo fortuito y contingente, y jamás de principios necesarios ni de leyes universales. Por otra parte, hay campos del conocimiento—precisamente aquellos más perfectos y logrados—en los cuales la experiencia no

desempeña ningún papel; verbigracia en la matemática. Y, finalmente, respecto de aquellos conocimientos en los cuales intervienen ingredientes de origen empírico, lo importante y lo decisivo no son esos datos, sino la reelaboración que de los mismos hace el intelecto. Ahora bien, esos elementos racionales o intelectivos, si no proceden de la experiencia ¿de dónde derivan? Descartes decía que del alma misma, del "tesoro de mi espíritu". Leibniz afina considerablemente esta doctrina: dice que se trata de verdades innatas, pero advierte enseguida, que por tales no debe entenderse unos conocimientos preformados en la conciencia con los que viniéramos a la vida, sino sencillamente aquellas ideas para cuya formación cuento siempre con las fuerzas necesarias, aunque de hecho no las conozca en un determinado momento y aunque no las llegue nunca a conocer. Y así dice Leibniz que también hemos de aprender a conocer las verdades innatas y ello nos exige a veces superlativo esfuerzo. Así, resulta que las verdades innatas no son ideas que tengamos preinsertas o preconfiguradas en nuestra mente, sino que a ellas puede llegar nuestra mente sin necesidad de emplear elementos de experiencia; y así, un ejemplo de verdad innata sería el cálculo infinitesimal, que Leibniz descubrió por vez primera—casi simultáneamente a Newton aunque con independencia de él—cálculo infinitesimal que la humanidad anterior había ignorado por completo. Pero, a pesar de ésto, se trata de una verdad innata, porque cuando la examinamos se pone de manifiesto que en ella no existen ingredientes de experiencia. Entiéndase bien: no existen elementos empíricos en la teoría ya constituída, aunque el matemático en su proceso mental haya sido tal vez estimulado por la experiencia. Pero a pesar de ésto, en tales verdades no se contienen componentes que procedan de la experiencia. Si se priva al geómetra de su lápiz y papel, probablemente no podrá seguir sus meditaciones; y, sin embargo, los teoremas que descubre no contienen ningún elemento empírico: él se valió del triángulo concreto que dibujó en el papel, pero la verdad que establece no se refiere a este triángulo singular, sino en absoluto a todos los triángulos, al triángulo pura y simplemente, que no es dado en la experiencia, en suma, al concepto universal de triángulo.

El apriorismo trascendental kantiano sostiene que el conocimiento es un proceso activo, una construcción que consta de dos elementos: un elemento *a priori*, esto es, independiente y previo a la experiencia, que es la forma (las intuiciones puras de espacio y de tiempo y las categorías) que constituye un factor configu-

rante y determinante; y un elemento *a posteriori*, a saber, la materia, o sea los datos sensibles. Para Kant, el mundo de las sensaciones es un caos, un desorden, un sin sentido, que solamente cobra figura de objetos, orden, sentido, en tanto en cuanto la mente humana lo organiza mediante sus intuiciones puras de espacio y tiempo y mediante las categorías; de tal suerte que el ser de los objetos consiste en una determinación del conocimiento, es decir, en el producto de ordenar mediante las categorías la masa informe de los datos.

Todas estas corrientes filosóficas han tenido su proyección en el campo de la Etica y de la Estimativa Jurídica. Fijémonos fundamentalmente en la última.

La tendencia empirista radical en el campo jurídico trata de reducir todo conocimiento sobre los problemas del Derecho a la observación de los datos que nos lleguen a través de la experiencia, en este caso de la experiencia histórica. De este modo limita el conocimiento jurídico al Derecho histórico, al que ha sido o es; y desemboca en la radical negación del problema estimativo, por lo tanto, en un radical escepticismo en cuanto al conocimiento de los valores. Este empirismo radical quedó ya desechado al mostrar la justificación de la Estimativa Jurídica y su posibilidad—mejor dicho, su necesidad—. Pero aunque sea falso, es sin embargo congruente consigo mismo, es fiel a sus premisas, pues si parte de la base (errónea) de que no hay más conocimiento que el de los datos empíricos, es lógico que niegue la posibilidad de aprehender lo que no sea dado en la experiencia.

Pero ocurre que se han producido una serie de manifestaciones de empirismo jurídico, que, a pesar de querer limitar el conocimiento a las fuentes de la experiencia, han sostenido la posibilidad de establecer una Estimativa basada en la experiencia. Entre los múltiples ejemplos que podrían citarse, acaso los más representativos sean el del filósofo inglés Spencer y el del jurista alemán Adolfo Merkel. Uno y otro son empiristas declarados; y, sin embargo, aspiran a construir una Estimativa Jurídica basada en la experiencia. Spencer trata de establecer un criterio valorador del Derecho fundado en los fines de la conservación del individuo y de la especie, según la ley de la evolución progresiva; y arguye de esta manera: hay en el mundo una ley de evolución progresiva; todo aquello que se verifique como funcionando al servicio de esta ley es valioso y debe ser; en tanto que, por el contrario, es antivalioso todo lo que se oponga a esa ley. Y Merkel propugna el establecimiento de criterios de valoración jurídica extraídos de la realidad misma; y dice: "En

cuanto consideremos lo que es como algo devenido históricamente, que lleva en sí el germen de lo que ha de devenir, reconocemos aquéllo que debe ser. Lo que ha de devenir y lo que debe ser son conceptos idénticos. Sólo el conocimiento sobre la tendencia de la evolución nos ilustra sobre lo que debe ser". Y así como la Medicina distingue entre procesos normales y desviaciones patológicas, así también la Sociología Jurídica subraya lo normal en la evolución de la vida colectiva frente a lo que ha de ser tildado de morboso.

Ahora bien, estas manifestaciones del empirismo jurídico, que tratan de establecer una Estimativa Jurídica basada en la experiencia incurren no solo en un error, sino en un absurdo, en una postura notoriamente incongruente. El mundo de los fenómenos pura y escuetamente, sin añadir a él ninguna otra cosa que no sea fenómeno, no puede suministrar jamás un criterio de preferencia ni de valoración. La diferencia entre Fisiología y Patología no es un dato de pura experiencia; no puede de ninguna manera basarse en un conocimiento estrictamente natural; pues desde el ángulo exclusivo de la ciencia de la naturaleza, tan natural es lo que llamamos salud como lo que denominamos enfermedad, ya que tanto la una como la otra son fenómenos que tienen sus causas. Al distinguir entre salud y enfermedad, lo que hacemos es comparar unos datos de experiencia con unas ideas de valor y de finalidad.

Resulta, pues, que el mundo de la pura naturaleza, el mundo de los fenómenos en tanto que tales y nada más que como tales, es ajeno a las apreciaciones de valor. El mundo de la pura experiencia, de los hechos, es ciego para toda valoración y desconoce los rangos y jerarquías. La perspectiva de rango y las preferencias no dimanan de la experiencia, sino del contraste de ésta con intuiciones de valores. En la pura experiencia encontramos lo que es, como es, y nada más. No hay fenómenos que sean más fenómenos que otros. El mundo de la experiencia es plano, sin jerarquías. La experiencia nos da exclusivamente aquello que *es;* a saber, nos da series de fenómenos producidos causalmente. Entre los fenómenos—en tanto que fenómenos—no podemos establecer diferencias de normalidad y anormalidad, de salud y enfermedad, de bondad y maldad, de justicia e injusticia. Los fenómenos, en cuanto a tales, tienen todos la misma consideración: todos proceden de causas suficientes. Las aludidas diferencias tan sólo pueden pronunciarse a la luz de una idea de finalidad o de valor, la cual no proviene ya de la experiencia, sino que es puesta por nuestro intelecto. La experiencia nos da exclusivamente el ser y jamás el deber ser. Aunque el deber ser, los fines y

los valores se presenten muchas veces encarnados en ciertas realidades, nosotros no los distinguimos ni los aprehendemos sacándolos de la experiencia, sino comparando lo dado en ésta, con una idea *a priori*, es decir, con una idea que no proviene de la experiencia. De una ley empírica de la realidad cabe buscar comprobación en la experiencia; pero el valor de una conducta no es susceptible de esa comprobación. Porque lo único que nos dará la experiencia, en algunos casos del valor de utilidad, es la adecuación o no adecuación de una obra a un fin, pero no nos dará el valor de ese fin, ni el deber de proponernos su consecución.

Cuando Spencer lleva a cabo una crítica de la realidad social y jurídica examinando si concuerda con la ley de la evolución progresiva, se funda en una idea de valor que no proviene ni puede provenir de la experiencia. Porque no podemos sacar de la experiencia el criterio de que la evolución *deba* producirse en un determinado sentido y no en otro. Evolución puede significar un especial ritmo o desarrollo de los fenómenos en el acontecer real. Pero cuando se habla de evolución *progresiva*, en este concepto va encapsulado un juicio de valor, que ya no puede provenir de la experiencia; porque se entiende que una determinada dirección en el devenir de los fenómenos, es buena, es valiosa, en tanto que se orienta hacia un fin que se considera estimable. La pura experiencia no sabe nada acerca de lo progresivo ni de lo regresivo.

Los valores jurídicos son ideas que no provienen de la experiencia, aunque puedan darse realizados en los hechos que captamos en la experiencia. Pero el que veamos como justo un Derecho, como convenientemente organizada una sociedad, como acertado un programa político, supone la intuición *a priori* de los valores que encarnan en esas realidades. Y, entonces, se ve que la conducta en cuestión concuerda con algo valioso. ¿Cómo podría algo parecerle justo al hombre, si no se produjese una apreciación independiente de la realidad de ese algo, que le diga que tiene valor? Se ama, se anhela, se desea, se estima, se prefiere, tan solo en méritos de valores intuídos primariamente.

Lo expuesto muestra con toda claridad cómo el empirismo jurídico es incapaz de fundar una Estimativa del Derecho. Toda Estimativa tiene su raíz y la condición de su posibilidad en ideas de valor, que son *a priori*, es decir, que no proceden de la experiencia, aunque a veces las intuyamos con ocasión de la experiencia.

Adviértase, una vez más, que la cuestión que examinamos no es un problema psicológico, sino el problema de la estructura del cono-

cimiento. No hacemos en este tema una historia del conocimiento, sino una teoría del mismo. Y lo dicho hasta aquí significa que los criterios para juzgar y para orientar el Derecho positivo tienen su fundamento radical no en la experiencia, sino en ideas de valor.

Pero ésto no significa que el hombre para descubrir esos criterios haya de aislarse de la experiencia social, y vivir exclusivamente concentrado con su propia mente para hacer de manar de ella tales ideas de valor. Seguramente, si hiciese ésto, no conseguiría descubrir tales normas estimativas. La mente humana metida dentro del vacío de una campana pneumática—por así decirlo—no llegaría a establecer sus conocimientos *a priori*. Aunque éstos no procedan de lo que es dado en la experiencia, la mayor parte de las veces se nos ocurren tan solo con ocasión de la experiencia. No los sacamos de ella; pero sí, gracias al estímulo de ella, los extraemos de las fuentes de nuestro propio intelecto. La experiencia, pues, no es la fuente de los conocimientos *a priori*; pero suele constituir la incitación y el aliciente para que nuestra mente los descubra. De suerte que el filósofo del Derecho lejos de aislarse de las realidades sociales, debe sumirse profundamente en ellas, observarlas cuidadosamente, vivirlas con intensidad. Sólo de esa manera, en íntimo contacto con la experiencia histórica, podrá alumbrar en su mente los juicios estimativos adecuados.

Por otra parte, urge advertir con toda precisión que hasta ahora lo único que he afirmado es que la raíz o fundamento primero de toda estimación es una idea *a priori*; pero que no he afirmado de ningún modo que en los juicios estimativos sobre el Derecho no intervengan otros ingredientes de origen empírico. Pues es notorio que para enjuiciar un Derecho histórico o para elaborar un ideal jurídico, no basta con las puras ideas de valor, sino que es preciso que éstas sean conjugadas con la experiencia de las realidades sobre las cuales van a ser proyectadas. Lo jurídico—como todas las funciones de la vida humana—se halla enraizado siempre en una circunstancia concreta de hecho y se refiere a unos determinados hombres. Lo jurídico—como todos los demás quehaceres humanos— es una forma de vida para satisfacer determinadas necesidades, las cuales, si bien tienen una constancia funcional, están concretamente condicionadas por las circunstancias especiales de realidad social, de tiempo, y de lugar; en suma, condicionadas por el concreto nivel histórico de que se trate. La raíz de lo estimativo es *a priori;* pero el Derecho que tratamos de articular en esos juicios estimativos deberá ofrecer una respuesta concreta a los problemas reales y definidos que se

plantean en una determinada colectividad, en un cierto momento de su historia; y, por lo tanto, habrá de contener una serie de elementos empíricos, que solamente la experiencia histórica puede suministrar. El Derecho trabaja sobre realidades empíricas, es decir, sobre hechos que le son dados en la experiencia. Ahora bien, sobre estos materiales que le ofrece la experiencia histórica, la Estimativa Jurídica proyecta sus juicios de valor para seleccionarlos, ordenarlos y articularlos al servicio de los fines, que se han reconocido como valiosos. Y, por consiguiente, la Estimativa Jurídica, que se funda en ideas puras, debe sin embargo trabajar además con una serie de factores reales, que solo en la experiencia pueden hallarse. Y dichos factores reales son transcritos de alguna manera en los juicios estimativos y en los programas jurídicos. Porque esos juicios y esos programas se refieren a realidades sociales concretas en la historia.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que el Derecho es una empresa de realización práctica. Por tanto, no basta conocer tan solo las necesidades que se trata de colmar y el criterio estimativo para hacerlo, según unos principios valiosos. Hay además un problema de *eficacia,* es decir, de saber elegir los medios adecuados de realización para las finalidades establecidas como valiosas. Las instituciones jurídicas no plantean solamente un problema de finalidad justa, sino también la cuestión de saber realizar eficiente y fructíferamente esta finalidad. Y, así, ocurre que, a lo largo de la historia jurídica, muchos de los cambios que van sufriendo las instituciones no significan una substitución de fin, sino una rectificación de medios para lograr más adecuadamente la misma finalidad; porque la experiencia ha ido mostrando que los medios que trataron de articularse al servicio de una finalidad se frustraron; y entonces hay que buscar nuevos medios, nuevas estructuras institucionales, para realizar con mayor eficacia aquella misma finalidad.

Por eso, aun cuando he mostrado que el empirismo jurídico, que pretende limitarse para una Estimativa Jurídica a puros datos de experiencia y nada más, es imposible, notoriamente erróneo, sin embargo, ha producido algunas incitaciones beneficiosas, a pesar de su yerro esencial. Sobre todo ha sido muy conveniente el subrayar la condicionalidad histórica del Derecho como producto de la vida humana en circunstancias varias y cambiantes; con lo cual el empirismo ha llamado certeramente la atención sobre la realidad concreta de la vida social, que, a fuer de tal realidad, no puede ser substituída por las construcciones de la mente. Y, así mismo, el empirismo ha prestado un buen servicio al subrayar que los problemas de eficacia

han de ser resueltos teniendo a la vista los datos de la experiencia. Tanto en el primero como en el segundo de los aspectos, que acabo de indicar, el empirismo representó una justificada reacción contra la escuela racionalista del Derecho natural, que pretendía determinar el ideal jurídico mediante puros procedimientos de razón abstracta y deductiva prescindiendo de toda consideración sobre la concreta realidad histórica. De otro lado, el empirismo ha contribuído a desarrollar una serie de estudios muy interesantes sobre la génesis biológica y psicológica de los sentimientos jurídicos y también sobre el desarrollo social de las ideas jurídicas y de las instituciones. Así, pues, el empirismo, a pesar de su error capital y sustantivo, no ha pasado en balde por la historia de las ideas jurídicas; antes bien ha dejado algunos residuos positivos muy estimables, con los que se lucra la teoría de la Estimativa.

Podemos decir, pues, que en este tema hemos superado a la vez el empirismo y el racionalismo puro. Superar es la función de todo científico, de todo filósofo, en suma, de todo intelectual. Superar significa rectificar, negar, pero a la vez también conservar. No se supera sino aquello que se digiere; no se supera sino aquello que en alguna manera se conserva, aunque también se rectifique.

5. *Objetividad del* a priori *Estimativo*

Se ha mostrado que la raíz de la Estimativa Jurídica es *a priori,* es decir, que no procede de la experiencia. Pero ahora tenemos que preguntar ¿de qué clase de *a priori* se trata? ¿Es un *a priori* subjetivo o es un *a priori* objetivo? *A prioridad* pura y simplemente no significa por fuerza objetividad. Al decir que los valores son *a priori,* predicamos de ellos que ni provienen de la experiencia, ni se fundan en ella. Ahora bien, puede tratarse de un *a priori* subjetivo o puede tratarse de un *a priori* objetivo. Por *a priori* subjetivo entenderíamos una especial configuración de la mente: algo sería *a priori* porque no provendría de la experiencia sino que estaría en mí realmente como una especie de aparato o de disposición psicológica, como una efectiva configuración de mi espíritu, que le forzaría a comportarse estimativamente de una determinada manera; y, entonces, resultaría que los juicios de valor consistirían en la proyección de esa peculiar estructura de mi alma y en nada más. En cambio, si ese *a priori* es objetivo, entonces, consistirá en unos principios ideales que tienen validez en sí mismos, independientemente del he-

cho fortuito de que yo los piense o no, o de que los piense correcta o incorrectamente; y, así, su verdad, su validez, no se fundaría en un hecho psicológico, sino que sería puramente ideal.

Pues bien, se trata ahora de inquirir si los valores jurídicos son el resultado de un mero mecanismo psicológico o si son entidades ideales con objetividad. En suma, nos preguntamos si ese *a priori* es subjetivo o es objetivo. ¿Es la justicia un puro sentimiento inserto en el corazón humano, una especie de ley que llevamos grabada en el fondo de nuestra conciencia, una especie de impulso de nuestra alma? ¿O, por el contrario es un principio ideal, que descubro con mi mente, perfecta o imperfectamente?

Esta cuestión tiene un enorme alcance; pues si resultase que toda la Estimativa Jurídica representara la proyección de unos mecanismos psicológicos y nada más, entonces los valores jurídicos no quedarían fundamentados, pues dependerían del hecho que unos hombres sintiesen de una u otra manera. Pero, si, por contra, los valores jurídicos tienen una entidad ideal, que no depende del hecho de nuestras representaciones, entonces, la Estimativa Jurídica contará con una sólida base.

Ocurre que con frecuencia y predilección se ha empleado para fundar la Estimativa Jurídica (el Derecho Natural) la referencia a los datos de la conciencia ética espontánea. Y, así, se ha hablado de un sentimiento natural de lo justo, de semillas de justicia enraizadas en el corazón humano, de un amor por la justicia innato en las almas. Ahora bien, mientras nos limitemos a registrar el hecho de que ordinariamente existe una tendencia o vocación subjetiva por lo justo, sin sacar de este fenómeno consecuencias de carácter lógico o metafísico, se procede correctamente. Pero la constatación de ese hecho no constituye en manera alguna la solución del problema de la Estimativa Jurídica; a lo sumo, es la puerta que nos abre el problema, el trampolín que nos lanza a preguntarnos si hay valores jurídicos. Porque si en la Estimativa Jurídica no hubiese nada más que éste fenómeno subjetivo, psicológico, entonces habríamos de concluir que no hay valores jurídicos, sino tan sólo especiales tendencias psíquicas, que nos producirían la vana ilusión de valores.

Este problema, que acabo de plantear, representa la proyección en el pensamiento jurídico de una fundamental cuestión filosófica que ha venido discutiéndose a lo largo de muchos siglos, y que se actualizó a fines de la centuria pasada y a comienzos de la presente. Se trata del diálogo entre el psicologismo y el objetivismo.

En sentido lato puede decirse que el psicologismo se ha mani-

festado desde muy antiguo en la historia de la filosofía. Se dibuja con extrema radicalidad y con alcance máximamente destructor en la afirmación del sofista Protágoras, de que la conciencia individual concreta del hombre es la medida de todas las cosas, con lo cual se desemboca en una actitud de plenario esceptismo nihilista. Pero en una acepción más estricta se habla de psicologismo, como de la corriente filosófica que tiene su origen en el filósofo inglés del siglo XVII Locke, según el cual las ideas son únicamente el fruto de la sedimentación de las sensaciones; y los sentimientos y los juicios morales son un mero hábito de precepciones internas de agrado o desagrado, tesis empirista, que da después lugar al desarrollo de una dirección psicologista. El psicologismo, propiamente, consiste en querer reducir todas las disciplinas de ideas o principios (Lógica, Etica, Estimativa Jurídica, etc.) a meros capítulos de la Psicología; porque se considera que los principios lógicos, los valores éticos y jurídicos, etc., son tan solo las leyes del mecanismo de nuestros pensamientos; es decir, se entiende que tales ideas son nada más que la expresión del modo real como funciona nuestra mente en sus juicios teóricos y prácticos. Para el psicologismo, por ejemplo, la ley lógica de contradicción sería nada más que la comprobación de un fenómeno real de nuestra mente, la expresión de un mecanismo o de un hábito de nuestra inteligencia, para lograr el estado de evidencia; y un principio moral o jurídico sería meramente la expresión de un modo real de nuestra conciencia al juzgar las cuestiones prácticas, bien en virtud de una especial predisposición, bien por virtud del hábito producido al repetirse unas reacciones sentimentales de agrado o desagrado. El sentimiento placentero producido por determinadas situaciones y reiterado a lo largo de varios casos configuraría nuestra conciencia en el sentido de valorar positivamente el obrar que produce esa emoción de agrado y de repudiar como antivaliosos los comportamientos que dan origen a una impresión de malestar o de inadaptación. Esta es la tesis del empirismo psicologista. Hay otras manifestaciones del psicologismo que sostienen la existencia de especiales predisposiciones psicológicas comunes a todos los hombres, y que constituyen especiales mecanismos psíquicos preinsertos en nuestra conciencia.

La tendencia psicologista últimamente mencionada, en sus manifestaciones en el campo moral y jurídico, hace depender la bondad y la justicia de la contextura real de la psique individual en sus dimensiones genéricas, comunes a todos los hombres. No se refiere ordinariamente a las concreciones particulares o individuales de

cada sujeto en singular—como lo hacía el psicologismo radical escéptico del sofista griego Protágoras—sino que parte del supuesto de que hay una estructura psíquica humana en general. En este sentido, el hombre sería la medida de todas las cosas; pero no en lo que cada hombre tiene de individual y concreto, sino en lo que tiene de común con los demás. Y este psicologismo—a diferencia del de Protágoras—quiere fundar puntos de vista normativos en Moral y en Derecho; pero se halla atacado en su misma raíz por una deficiencia que lo condena a desembocar en una postura escéptica, aunque este no sea de ninguna manera el propósito de sus autores. Pero a despecho del propósito que lo anima—que es el de fundar una Estimativa—, si este psicologismo es desenvuelto con rigor, tiene forzosamente que ir a parar al escepticismo.

Como manifestaciones de psicologismo ético y jurídico se puede citar: la escuela ética sentimental en Inglaterra (Shaftesbury, Cumberland, Hutcheson, Hume, Adam Smith, Ferguson, etc.), aunque desde otro punto de vista se pueda encontrar en estos autores un precedente (muy remoto y embrionario) de la filosofía fenomenológica de los valores—en tanto que subrayaron el carácter intuitivo del conocimiento moral—; también, la Moral de Schopenhauer, basada en el sentimiento de la compasión; algunas teorías del eminente jurista Ihering; y, en época más inmediata, los filósofos del Derecho Schlossmann y Loening.

Según la escuela inglesa de la ética sentimental, lo moral y lo justo se fundan en un sentimiento radical, y no pueden ser explicados intelectualmente de modo rigoroso. Nada hay que en sí tenga valor o que sea despreciable; todo depende del organismo humano, del sentimiento o de las pasiones. El último fin de toda actividad humana es la felicidad; y, en la aspiración hacia esa felicidad, lo mejor es dejarnos guiar por la naturaleza, que nos ha organizado sabiamente, pues es medida de la aprobación o de la reprobación moral el sentimiento de placer o de dolor que despierta en nosotros la obra que se ha de juzgar como buena o como mala. Este sentimiento de aprobación lo experimentamos aunque el acto no nos proporcione nuestro propio bienestar, y, en ciertos casos, incluso cuando es opuesto a él; porque, además de los sentimientos egoístas, existen los de simpatía, que nos hacen sentir, aunque de modo atenuado, la pena y la alegría de los demás, y de esta guisa colorcarnos, en general, en la situación de los otros hombres. Tan solo el sentimiento es lo que determina la moral—siguen diciendo los autores de esa escuela inglesa—; la razón nos muestra exclusivamente los me-

dios adecuados para este fin y saca de esta dirección sentimental, las consecuencias congruentes. Explican el sentimiento de lo justo y de lo injusto de la siguiente manera: primero nos damos cuenta de la situación de los demás, y, después, gracias a la simpatía, es decir, a poder sentir con los otros, a sentir concordemente con ellos, nos colocamos en su situación. Consideramos injustas y punibles las acciones que dañan a los demás. Cuanto mayor es el perjuicio inferido, tanto mayor es la cólera de la víctima, la indignación simpática del espectador y el sentimiento de responsabilidad del autor del hecho. Así, establecemos lo que es justo y lo que es injusto. Este juicio va formándose paulatinamente y se funda por completo en el sentimiento; la razón interviene tan solo en las generalizaciones de ese juicio. El sentimiento de justicia dimana del impulso fundamental de la igualdad social y se nutre del sentimiento de simpatía con el bien del prójimo. Tal es, en breve síntesis, la Estimativa moral y jurídica de la escuela sentimental inglesa, que puede servir como ejemplo de psicologismo. También para muchos otros—como p. e. Loening—el criterio de la justicia es de índole emotiva: la realización de la manera de obrar sentida como justa nos llena de satisfacción; mientras que su no cumplimiento o su contradicción nos produce malestar y, en determinados casos, hasta cólera e indignación.[80]

Así, pues, para los psicologistas, la justicia y los demás valores jurídicos se reducirían a un fenómeno de mecánica sentimental. Aunque el hombre se rija por sentimientos de egoísmo, posee también la peregrina aptitud de que los hechos que afectan a la vida ajena resuenen emotivamente en la suya propia. El dolor del prójimo resuena como un eco en mi propia vida; y, de esa suerte, al sentir con él, quedamos vinculados por una solidaridad.

Hasta aquí la exposición sucinta de la postura psicologista en sus consecuencias para la Estimativa Jurídica. Frente a la postura psicologista se ha mantenido la doctrina que podríamos llamar objetivista, que tiene representaciones varias en la historia de la Filosofía; pero que de un modo especial se perfila con vigor y se instala decisivamente gracias a la obra de Edmundo Husserl, publicada en 1900.[81] El objetivismo afirma que los principios de la lógica, de la moral, de la justicia, etc., son ideas con validez necesaria y objetiva, independientemente de los actos psíquicos en que trabamos contacto con ellas. En suma, se trata del fecundo descubrimiento del ser ideal, que constituye una de las mayores conquistas del pensamiento contemporáneo, y de lo cual he dado ya una exposición en el primer capítulo de este libro.

Ahora bien, aquí interesa examinar este tema en sus aplicaciones a la Estimativa Jurídica. Mas la fundamentación del objetivismo se realiza al hilo de la crítica frente al psicologismo.

Desde luego no voy a negar que en muchos casos—y aún podría decirse que habitualmente—hallamos en la conciencia humana eso que se llama sentimiento de justicia, que de un modo concreto tiende a indicar la solución correcta en los problemas de la vida social, de manera análoga a como suele darse un sentido moral espontáneo. Es muy vieja la observación de que para tener un barrunto de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto no hace falta haber estudiado Filosofía. Kant lo recuerda al comienzo de su "Fundamentación de la Metafísica de las costumbres", diciendo que un rústico distingue espontáneamente el bien del mal; y que lo que la Filosofía moral añade es la inteligencia de cuáles son las razones y el fundamento de este criterio. Acaso sea ciertamente más fácil conocer lo moral que los valores jurídicos, porque lo moral se refiere al reino de la conciencia, cuyos elementos a ordenar pueden ser más claramente abarcados, mientras que los valores jurídicos, como afectan a la arquitectura social objetiva y por tanto demandan la comprensión de elementos externos al sujeto, puedan resultar de más difícil aprehensión para una mente no disciplinada. Pero, con todo, parece que es habitual el hecho de que en la conciencia se dé espontáneamente un sentimiento de justicia. Cierto que las soluciones proporcionadas por este sentimiento de justicia pueden ser divergentes en los distintos individuos y según las diversas situaciones históricas; pero faltaría discriminar aquí qué influencia haya tenido la historia y el medio ambiente social en la concreción del sentimiento de justicia. Mas en todo caso, lo que sí parece un hecho regular es la vocación primaria y espontánea de la conciencia humana por la justicia—aparte de que ésta llegue o no a encarnarse correctamente—. Las opiniones, los testimonios concretos del sentimiento jurídico, pueden tener, según los casos, mayor o menor acierto; pero, de ordinario, hallamos siempre el hecho de un anhelo de justicia, el hecho de que la conciencia tiende hacia un ideal de Derecho. Pero no es ésto lo que se discute aquí, sino el saber si es posible fundar la Estimativa Jurídica sobre el puro hecho bruto de un sentimiento. Y hemos de reconocer que no es posible.

Si las apreciaciones estimativas se reducen pura y exclusivamente a hechos psicológicos, a sentimientos, a afectos, a instintos, a impulsos, entonces propiamente no tenemos unos valores, sino meros fenómenos y nada más. Ya empieza a mostrársenos que, en

el fondo, el psicologismo—aunque él no quiera—es escepticismo. El psicologista es un escéptico sin saberlo; y precisamente por eso, porque no lo sabe, es más fácil demostrar la falsedad de su postura. Si el psicologista se diese claramente cuenta de las consecuencias a que le lleva su actitud y las aceptase plenariamente con resignación, no haría falta la discusión, ni siquiera ésta tendría sentido, porque frente al escepticismo radical no cabe la posibilidad de controversia; porque el escéptico no contesta las preguntas que se le dirigen, sino que se limita a encogerse de hombros, en pura abstención de todo juicio ni positivo ni afirmativo. Pero, en cambio, frente a un escéptico relativo, se le puede conducir fácilmente al absurdo y, aún más, mostrarle que su doctrina contiene un contrasentido. Y esto es lo que se podrá hacer sin dificultad frente al psicologista, según mostraré más abajo.

En primer lugar, adviértase la insuficiencia de querer fundar la Estimativa Jurídica en el hecho psicológico de un sentimiento de justicia. Es preciso esclarecer el contenido de ese sentimiento. Basar, como hacen algunos, la Estimativa Jurídica en el honrado sentimiento de todo hombre justo es un burdo subterfugio, de todo punto inadmisible. Porque precisamente lo que debe indagar la Filosofía del Derecho es criterio que nos permita calificar de justo o de injusto un determinado sentir. Al hablar de una emoción de justicia, se supone que hay sentimientos que pueden ser calificados de justos frente a otros injustos. Ahora bien, ¿cuál será el criterio para esa separación o criba? ¿Por qué sentimos ciertos actos como justos y otros como injustos? El sentimiento de justicia constará de dos ingredentes: uno de ellos real, a saber, su mecanismo psicológico; y otro su calificación de justicia, la cual ya no es un hecho, sino que es la cualidad relativa que le nace a ese sentimiento cuando lo comparamos con una idea de valor. Lo que nos permite calificar de justo un sentimiento no es ningún componente real de él, sino que es un punto de vista valorativo.

Cierto que la estimación de justicia—y la de otros valores jurídicos—se revela en una especie de intuición matizada sentimentalmente. Pero debemos buscar, por debajo del hecho de ese sentimiento, la intuición de un valor ideal objetivo. Esto es lo que certeramente había presentido Pascal cuando hablaba de un "orden del corazón" o de una "lógica del corazón"; es decir, se trata de descubrir el *a priori* ideal de lo emocional. Y esto es lo que ha intentado Max Scheler:[82] la lógica de las apreciaciones estimativas.

La crítica que acabo de desarrollar se basa en el supuesto de

que efectivamente queramos y sea posible fundar una Estimativa Jurídica. Ahora bien, al comienzo de este capítulo justifiqué ya cumplidamente la tarea de la Estimativa Jurídica, rebatiendo de modo decisivo y terminante las actitudes escépticas. Y, ahora, se acaba de ver cómo no es posible fundar la Estimativa Jurídica sobre un puro hecho psicológico, ya que el sentimiento de justicia es tal, no por lo que tenga de realidad sentimental, sino por lo que tiene de coincidencia con un valor ideal. Quien intente encerrarse en el mero hecho de un sentimiento, sin trascenderlo, queda inexorablemente condenado a renunciar por entero a toda posibilidad de una Estimativa del Derecho; en suma, queda inevitablemente condenado al escepticismo, según mostraré enseguida.

Ahora bien, los psicologistas, cuya doctrina es en el fondo escepticismo, se empeñan en no ser escépticos y pretenden fundamentar una Estimativa Jurídica sobre unos escuetos hechos psicológicos.

Vamos a ver, a través de cuatro argumentos fundamentales, —cada uno suficiente para mostrar el error del psicologismo—cuáles son los absurdos a que conduce esa posición.[83]

Primero: Si la justicia consiste única y exclusivamente en un sentimiento, en un mecanismo de la psique, nos encontraríamos ante algo de todo punto incomprensible, a saber: que unos hechos, en tanto que hechos, y nada más que como hechos, tuviesen la pretensión de regular normativamente a otros hechos, como superiores en rango a éstos. Pero los hechos naturales, en tanto que hechos, como realidades y nada más que como realidades puras, sin referencia a otras zonas ontológicas, no tienen entre sí otro vínculo que el de la causalidad: un hecho es causa de otro o efecto de otro. En el puro mundo de los fenómenos, sin que a él le añadamos ninguna otra consideración extrafenoménica, no hay rangos ni jerarquías, no puede haber distinciones entre justicia e injusticia, entre bondad y maldad, entre conveniencia e inconveniencia. Sin salir del mero criterio fenoménico o causal, no es posible atribuir a unos hechos la pretensión de superioridad sobre otros. Un hecho o es causa de otro, o no lo es; pero carece de sentido predicar de él, en cuanto nudo hecho, la aspiración de tutelar normativamente otros hechos. Cuando predico de un hecho una dimensión normativa es que ya no me refiero a lo que este hecho tiene de hecho, sino que estoy metiendo en él algo que ya no es un hecho, sino que es una cualidad de coincidencia con un principio ideal. La ordenación jerárquica del mundo, las distinciones entre lo normal y lo patológico, entre lo bueno y lo

malo, entre lo justo y lo injusto, pueden fundarse únicamente en criterios de finalidad; y éstos, a su vez, se basan siempre necesariamente en ideas de valor. Precisamente una de las dimensiones de los valores—y también de los quehaceres de la vida humana impregnada de ellos—es que se dan en serie jerárquica. Mientras que los fenómenos son o no son, en cambio los valores—las cosas valiosas, y fundamentalmente los quehaceres de la vida humana—valen unos más que otros.

Segundo: Si los valores jurídicos—lo mismo que los morales y que los principios lógicos—fuesen única y exclusivamente mecanismos de nuestra organización psicológica, tendríamos que explicar por qué esas ideas ofrecen caracteres completamente diversos de los que son propios de las leyes psicológicas. Los principios de justicia —lo mismo que los lógicos y los éticos—se nos presentan con la pretensión de absolutez y universalidad, como criterios exactos y rigorosos—no se trata ahora de afirmar que la tengan, sino tan solo de que se ofrecen con tal carácter—. En cambio, las leyes psicológicas —por ejemplo, la de Fechner sobre la relación entre el aumento del excitante y la intensidad del resultado consciente en la sensación— se ofrecen tan solo como regularidades aproximadas, válidas únicamente dentro de ciertos límites y con fluctuaciones. Pues bien, cuando se trata de equiparar dos cosas que aparentemente son dispares y heterogéneas, no basta con que ésto se afirme porque sí, antes bien es preciso demostrar la homogeneidad de esas dos cosas que se presentan como divergentes; y, además, es menester explicar después el por qué a pesar de ser parejas nos aparecen como diferentes. Y nada de eso ha sido logrado por los psicologistas.

Tercero: El psicologismo aniquila todo el sentido de la Moral y del Derecho. Si los valores jurídicos y morales fuesen única y exclusivamente funciones del psiquismo, resultaría que la justicia tendría sentido y valdría tan solo para los hombres justos; pero, en cambio, carecería de sentido para quienes no tuviesen tales emociones, o para quienes las hubiesen sofocado con pasiones contrarias. ¿A qué título podríamos considerar obligados por valores jurídicos a quienes no tuviesen el sentimiento de justicia?

Cuarto: Si los valores jurídicos fuesen única y exclusivamente configuraciones estructurales de mi realidad psíquica y nada más que ésto, entonces, toda discusión sobre el Derecho carecería de sentido, y por tanto carecería también de sentido toda controversia política. Pues si la justicia y los demás valores jurídicos fuesen

meramente mecanismos reales del psiquismo, puras realidades psicológicas, resultaría que cuando dos hombres pensaran o sintieran de manera diversa o contraria con referencia a una cuestión determinada, cada uno de ellos se fundaría en el hecho de su propia conciencia subjetiva; y como no habría una instancia superior a ella, no podría fallarse la discrepancia a favor de ninguno, o mejor dicho habría que reconocer que cada uno de los dos estaría justificado en su opinión. Una discusión supone el conflicto u oposición entre dos opiniones; para poder juzgar si hay alguna verdadera y cuál sea ésta, urge acudir a un criterio independiente y objetivo; y examinar si alguna de las opiniones en polémica coincide con esta instancia. Si la justicia no es nada más que una realidad en mí y solamente eso, mi opinión corresponderá a esa manera como estoy constituído; y si otro sujeto opina de un modo distinto, será porque en él se dará una realidad psicológica diversa de la mía. Y no tendrá sentido que él y yo discutamos. Como no lo tendría que una persona alta, por serlo, discutiese con otra baja, porque ésta es baja; ni un rubio con un moreno. Cada cual es como es y no tendría sentido que tratase de imponer su propia realidad a las realidades divergentes de los demás. Pero es que cuando discutimos sobre temas de justicia—lo mismo que sobre cualquier otra cuestión axiológica—suponemos que además de los hechos psicológicos de la opinión de cada uno, hay una instancia o criterio objetivo, para juzgar. Y cada una de las opiniones pretende expresar lo determinado en esa instancia; mas para juzgar precisa comparar cada una de las opiniones con esa instancia, con esa objetividad, y ver si alguna coincide con ella, en cuyo caso ésta aparecerá como justificada, y en cambio las demás como injustificadas. Toda discusión supone el intento de apelación a algo que no es subjetivo, sino que es objetivo. De lo contrario carece de sentido. Respecto de ésto algunos psicologistas han dicho que ellos se refieren a una mente *razonable* y a una conciencia moral *recta;* ahora bien, con ésto queda ya superado el psicologismo. Porque una mente rezonable no puede sino significar una mente adaptada a la verdad objetiva; y por una conciencia moral recta no cabe sino entender una conciencia que refleje los valores éticos y jurídicos objetivos, valederos en sí, independientemente de quien los piense. Pero con ésto se ha abandonado ya el psicologismo y se ha entrado en una postura objetivista.

Así, pues, queda claramente de manifiesto que el psicologista jurídico confunde la justicia con el hecho de su conocimiento y de los sentimientos que la abonan. La conciencia de los principios de

justicia es ciertamente un hecho, situado en el tiempo y circunscrito al individuo que los piensa o siente. Pero la idea de justicia—así como los otros valores jurídicos—no es un hecho: constituye una esencia ideal, con validez objetiva, no dependiente de los hechos psicológicos en que se conciba.

Claro es que ineludiblemente el criterio de estimación jurídica se ha de revelar a través de la conciencia; pero de ninguna manera puede confundirse con ese puro fenómeno psíquico. La justicia y los demás valores jurídicos son calidades ideales que pueden residir en comportamientos reales y en organizaciones colectivas. Una conciencia, una conducta, o una estructura social, son realidades; pero esas realidades, además de sus componentes reales, poseen calidades de valor (positivo o negativo). Ahora bien, esas calidades de valor no consisten en ingredientes reales de la conciencia, de la conducta o de la sociedad, sino que son dimensiones ideales que encarnan en esas realidades. Es decir esas calidades consisten en la adecuación (o inadecuación, en caso negativo) de tales realidades con unas ideas de valor. La justicia de un sentimiento, de una conducta o de una relación social es la coincidencia entre esas realidades y un principio ideal. El criterio estimativo del Derecho, pues, no consiste en una realidad psicológica, sino en valores ideales.

Así pues, en esta indagación nos vemos lanzados a un reino de valores ideales, gracias al cual adquieren sentido las cosas que hacemos en nuestra vida, y, entre ellas, eso que llamamos Derecho. Y, a la luz de este tema, se confirma la especial índole de nuestra vida, que ya expuse en el capítulo primero de este libro. Nuestra vida se halla encajada y apoyada en un contorno, en realidades, entre las cuales, además del mundo en torno y de mi cuerpo, figuran los mecanismos psicológicos, con todo lo cual realizo mis quehaceres. Pero mis quehaceres son referidos intencionalmente a un reino de ideas axiológicas, esto es, a unas esencias de valor, las cuales no tienen realidad, sino validez objetiva. Mi vida limita a un lado con la Psicología y a través de ella con la Biología y con el mundo; y, por otro lado, confina con los valores, que son los que dan sentido a la estructura y a la función estimativa que mi vida es. Y mi vida es enlace y fusión íntima de realidad y valor a la vez: reino de funciones con sentido. Mi vida es tarea, quehacer; urgencia de vivir entre las cosas y con ellas y a la vez de ir determinándose a sí misma en una sucesión de estimaciones. Mi vida es, pues, la articulación de realidad y valor; y es, al propio tiempo, la realidad profunda y radical en la que se dan todos los demás seres (tanto los reales como los ideales),

pues a todos los encuentro formando parte de mi vida y como ingredientes de ella. Ahora bien, por eso, repito aquí la advertencia que ya hice en el capítulo primero, al ocuparme en general de los valores e introducir en la filosofía de Scheler y Hartmann sobre los mismos la siguiente rectificación: al afirmar que los valores son objetivos se debe significar con ésto que no son subjetivos, es decir, que no constituyen una proyección de mi psiquismo, que su validez es independiente de mi conocimiento y adhesión; pero no se debe entender que los valores sean entidades más allá de la vida humana, puesto que ésta es la realidad radical en la que se dan todos los seres. Por consiguiente, la objetividad de los valores es intravital, en lo cual no hay ninguna contradicción, porque la vida no es la subjetividad, antes bien, es la inescindible articulación entre el sujeto y los objetos, entre el yo y el Universo, en situación de correlativa compresencia.

6. *La historicidad humana y los valores jurídicos*

Planteamiento de la cuestión. Nos preguntamos ahora: ¿Nos suministra la Estimativa Jurídica unos criterios rígidos, inmóviles, válidos para todas las sociedades en todas las circunstancias, en todas las situaciones históricas, en cualquier estado de cultura y en cualquier momento del tiempo? ¿O, por el contrario, los ideales jurídicos deben tomar cuenta y razón del carácter variable de la existencia humana, de la diversidad de las circunstancias y situaciones, de las necesidades concretas de cada momento, en suma, de la variedad multiforme y abigarrada de la historia? En estas preguntas va implícito el problema de la historicidad del Derecho, de las mutaciones y diversidad de las regulaciones jurídicas. No se trata solamente ahora de registrar el hecho de que los regímenes jurídicos son múltiples y variantes en la historia, con contenidos muy diversos; sino, además, de preguntarnos por si esa variedad y ese cambio histórico del Derecho tiene una justificación; y en caso positivo se tratará de inquirir cual sea esa justificación, lo cual nos obligará a preguntarnos entonces por el modo cómo los valores jurídicos puedan y deban articularse en el proceso histórico. En suma, enfocamos la cuestión de saber si el ideal jurídico puede ser tan solo un único tipo de ordenación con validez absoluta, universal e inmutable; o si, por el contrario, debe ser relativo a las condiciones de época, lugar, desarrollo histórico y necesidades concretas.

Este es el tema central de la Filosofía del Derecho a lo largo de todo su desarrollo, desde los presocráticos hasta nuestros días. Es la cuestión clásica por excelencia; la que siempre ha preocupado de un modo preferente. Pero además, este tema cobra una máxima actualidad y un máximo grado de madurez a la luz de las especulaciones de nuestro tiempo sobre la dimensión histórica de lo humano. Y así, hoy, estamos en condiciones de enfocar esta cuestión de la historia en el Derecho a la luz de la historicidad de lo humano; por tanto, en un plano mucho más profundo y radical de lo que se hizo en las doctrinas pretéritas. Y ello es así, porque caracteriza la filosofía de nuestros días el haber descubierto la realidad de la vida humana en tanto que histórica, es decir, poseyendo la historicidad como un de sus dimensiones esenciales.

El pensamiento que se desarrolla desde el Renacimiento hasta el siglo XIX se embarcó en una empresa de razón pura, abstracta, matemática, de aquello que Max Scheler ha llamado certeramente logomanía. Se vió en la matemática no solo una ciencia ilustre, con egregia historia y resultados maduros, sino que además se la tomó como ejemplar o prototipo de todo conocimiento científico. Y, así, se tomó como ejemplo para todas las ciencias el método matemático, queriendo aplicarlo a todas las disciplinas y entre ellas a la Etica y a la Filosofía del Derecho, lo cual se expresa en el título de la obra de Spinoza *Etica more geometrico demonstrata.* Y, de tal suerte, florecen las doctrinas de Derecho natural como conocimiento puramente racionalista y educativo. Empresa que fracasó, porque lo humano en tanto que humano se escapaba de la razón matemática como el agua a través de una red.

Salvo la anticipación genial de Juan Bautista Vico, podemos decir que fué en el siglo XIX cuando se cobró conciencia de lo histórico. Y ello en gran parte fué debido tanto al impulso del Romanticismo, como del pensamiento hegeliano; y, después, como floración de la Sociología positivista. Pero con la Historia, el Romanticismo realizó una labor que fundamentalmente fué mística (alma nacional, adoración reverente de la tradición, etc.) Y Hegel, en lugar de acercarse a la historia para descubrir lo que en ella hay y el secreto de sus resortes efectivos, más bien trató de inventarla, substituyendo su autenticidad real por una construcción sistemática. Y, después, caídas en el descrédito tanto la tendencia romántica como la hegeliana, quedó la conciencia de lo histórico en el positivismo, sobre todo como idea de relatividad, de azar, de contingencia. Y, entonces, el espectáculo vario y cambiante de la historia constituyó

la fuente principal de un sentido relativista con ribetes escépticos. Al hallarse ante ese espectáculo cuyos contenidos y perspectivas son diferentes en los varios pueblos, y cambian y se suceden, la conciencia se sintió azorada y se limitó a registrar las mutaciones, sin más; y, a lo sumo, a establecer las regularidades de coordinación y de sucesión de los acontecimientos; pero renunciando a toda indagación sobre la índole de la realidad histórica. Y, así, de la conciencia de lo histórico viene a quedar, en la segunda mitad del siglo XIX, nada más que un sentido de relativismo.

Pero al entrar en el siglo XX, se dibujan en la Filosofía ensayos para capturar la esencia de lo histórico; para descubrir el secreto de la variedad y de los cambios; y sobre todo el pensamiento de los últimos lustros ha comenzado ya a dominar mentalmente este problema y a encauzar de modo certero su solución, cuando ha descubierto la historicidad en la misma estructura esencial de lo humano. Mientras la historia aparecía tan solo como un espectáculo de variedad y de cambios, sin que se conociese ni el por qué ni el sentido de esos cambios, ni por tanto las leyes de su conexión, representaba únicamente el estímulo para una actitud relativista—y aun próxima al escepticismo, al menos en materia de Estimativa—. Pero en el momento en que la mente se apodera de la esencia de lo histórico y lo entiende no como puro azar, sino como algo lleno de sentido, y cuando se descubre el secreto del cambio y de la variedad, entonces, la historia deja ya de azorarnos, porque estamos en condiciones de comprenderla, y, por tanto, de dominarla.

Ahora bien, antes de exponer este tema a la altura que ha conseguido el pensamiento de nuestra época, es preciso que relate las principales viscitudes que ha pasado en el decurso de la filosofía de otros tiempos. Porque el pensamiento actual, que en muchas de sus dimensiones ofrece horizontes de radical renovación, no es algo que se haya producido por génesis espontánea, fortuitamente, sino que representa una etapa de superación, que ha podido ser lograda, porque una serie de pensadores recorrieron a lo largo de los siglos el camino que hacía falta para llegar hasta la doctrina hoy conseguida. Me limitaré a relatar las posiciones típicas más importantes en la historia de este tema.

Dicho tema se nos aparece a lo largo de la Filosofía, como una especie de conflicto o drama entre la Razón y la Historia, sobre sus respectivos papeles en la formación de los ideales jurídicos, y por tanto en la Estimativa del Derecho. En algunos momentos doctrinales, este pleito se falla a favor exclusivamente de la Razón, des-

pojando de todo título de intervención a la Historia (p. e. en Platón, en la escuela clásica iusnaturalista del Iluminismo, etc.) En otras teorías, se intenta barrer por entero la razón y se concede un derecho exclusivo a la Historia (como ocurre p. e. en el romanticismo y también en algunas manifestaciones del positivismo). Pero, las más de las veces, estuvo presente en la conciencia filosófica el pensamiento (concebido más o menos claramente) de que si bien hay criterios ideales de justicia, sin embargo, éstos no bastan para la elaboración de un programa concreto de Derecho; que hay que tener en cuenta puntos de vista relativos a las circunstancias especiales de pueblo, lugar, época y situación histórica. Y, así, se registra, en todos los momentos, expresiones como éstas: las necesidades de los tiempos, las circunstancias especiales, los quehaceres urgentes del instante, la altura de la época, la adecuación al medio, la manera efectiva de ser un pueblo, las posibilidades prácticamente viables, etc., etc.; expresiones, en las cuales apunta la idea de que el Derecho está condicionado históricamente, no sólo en su realidad positiva, sino que debe estarlo también en cuanto a los criterios estimativos. Ahora bien, no basta con tener el barrunto de que probablemente los ideales jurídicos no pueden elaborarse con el puro intelecto, mediante criterios rigorosamente geométricos, con pretensiones de universal aplicación, sino que además hay que insertar también perspectivas históricas. Es necesario averiguar, con todo rigor, de qué manera se deban articular esos dos elementos, las ideas de valor y la trasmutación histórica.

Platón. Para Platón la justicia auténtica no consiste en los ordenamientos empíricos que registra la historia. Ellos (como todo el mundo de lo sensible) no constituyen el verdadero ser. Este, el ser verdadero de cada cosa, consiste en la idea pura de la misma. El Derecho en su versión positiva, en el perfil histórico de las instituciones, es, como todo el resto del mundo sensible o de la experiencia, algo fantasmal, confuso, contradictorio, y miserable. El esquema de lo auténticamente justo se contiene tan solo en la pura idea de justicia. Y para lograr un Derecho justo, precisará traducir con toda exactitud y pureza la estructura de la idea de la justicia y cumplir rigorosamente sus exigencias. Y, así, Platón dedica su diálogo titulado *La República* (*Politeia*) a como hay que organizar el Estado sirviendo estrictamente a la idea pura de justicia, sin concesiones a lo empírico, sin compromisos con la experiencia, sin admitir condicionalidades históricas. En este sentido Platón encarna un exacerbado intelectualismo. Pero, después, en su diálogo *Las leyes* toma

cuenta y razón de los elementos empíricos e históricos. En *Las leyes* trata de acomodar los principios expuestos en *La República* a las posibilidades de las circunstancias reales en su época y en su pueblo. Pero, al hacerlo así, Platón no explica justificadamente ni el por qué de esa concesión a los elementos empíricos, ni la manera cómo éstos se conectan con los principios ideales. Parece como si cuando trata de aplicar a la concreta realidad social de su tiempo los principios ideales, éstos tropezasen con una magnitud que no se dejara modelar dócilmente por la idea; chocan brutalmente con unos hechos que imponen limitaciones a las exigencias de la idea pura. Pero no se nos explica ni por qué ni cómo. Con ello hallamos tan solo el testimonio de que el mismo Platón hubo de reconocer que no era posible elaborar un programa jurídico con puros ingredientes ideales, sino que era forzoso atenerse en alguna medida a las circunstancias y a las posibilidades de la realidad social del momento.

Aristóteles. En Aristótoles, este mismo tema se presenta con un propósito de conciliación. Lo absoluto y lo histórico, lo fijo y lo mudable, ya no entablan querella, antes bien tratan de armonizarse. Ambos ingredientes obtienen una consideración más cabal. Y Aristóteles barrunta ya que el criterio de lo justo natural, al ser aplicado a circunstancias varias, produce normas de diverso contenido, a pesar de estar todas inspiradas en la misma idea.

San Agustín. En la obra de San Agustín, encontramos una huella profunda y dramática de la experiencia de una realidad bruta que está ahí, limitando las posibilidades de la razón pura. No es tanto el problema de la historia, sino más bien la experiencia de lo que en el hombre hay de realidad empírica lo que aparece en la obra agustiniana. Se examina el problema de saber si el Derecho Natural es uno sólo, único, absoluto y perenne, o si, por el contrario, tolera concesiones a las circunstancias y admite cambios al compás de éstas. Y esta cuestión es tratada a la luz de una serie de consideraciones, que, en parte, son filosóficas y en parte son teológicas. Si la naturaleza del hombre fuese pura y exclusivamente racional, si la realidad humana fuese pleno trasunto de principios racionales y no contuviera ningún factor que contradijese a estos principios, la ley de la conducta—y con ella el Derecho—podría ser expresión plenaria de ideas absolutas. Tal era la situación del hombre en estado de gracia, en el paraíso. Pero cuando la naturaleza humana fué corrompida por el pecado original, quedó lastrada por factores que resisten al imperio absoluto de la idea racional pura. Y, así, ocurre

que la naturaleza humana, que en parte es razón, es a la vez también apetito, concupiscencia, egoísmo, ambición; en suma, se halla corrompida por tendencias pecaminosas. Individualmente, el sentido religioso y moral de la vida consiste en sofocar este legado del infierno y luchar por el triunfo del bien. Pero de hecho, y en general, hay que registrar que el hombre es pecador. Y, por eso, es forzoso, cuando se enfoca el tema de la organización social, atender a la naturaleza humana, tal y como ella es, naturaleza corrompida por el pecado; y estudiar, sobre dicha base, las posibilidades de la idea de justicia respecto de ella. Y, así, el orden jurídico tomará en cuenta la efectiva manera de ser del hombre, con sus pasiones, con sus limitaciones, y tratará de reducir al menor mal ese aspecto corrompido de la naturaleza humana; es decir, tratará de sacar el mejor partido posible de la manera real de ser de los hombres buscando el mayor número de viabilidades de bondad y de justicia. De ésto se deriva la concepción agustiniana de un doble Derecho Natural: el primario y el secundario. El primario es un Derecho Natural absoluto: el que correspondería a la naturaleza humana en estado de gracia. El Derecho Natural secundario es el único al que puede aspirar la criatura humana después de su caída, lastrada por bajas pasiones. Por eso, el Derecho Natural secundario no es ya una mera textura racional, sino que contiene elementos empíricos, organizados racionalmente, en lo que cabe. En un estado de gracia perfecta, la naturaleza empírica no desempeñaría ningún papel en la determinación de los ideales de justicia; porque entonces la vida humana sería algo empapado de racionalidad, y, por tanto, íntegramente moldeable por la Razón; y la ordenación adecuada sería la del Derecho Natural primario—que ordena la comunión de bienes, la eliminación de las armas, etc.— Pero sobre la otra base de hecho—la naturaleza humana corrompida—se debe tomar en cuenta las exigencias de ésta, y sacar de ellas el mejor partido posible, que es lo que hace el Derecho Natural secundario. Así, pues, la naturaleza real de los hombres aparece frente a la Razón, no como un hecho indiferente, sino como un momento del pecado, que se reputa irremediable. En este aspecto, no es tanto la historia con sus diversidades la que se opone a la Razón, cuanto más bien una naturaleza humana degenerada. Aunque apunta también en el pensamiento de San Agustín la idea de que las variaciones del Derecho pueden encontrar justificación en la misma ley eterna, la cual exige que distintas circunstancias sean reguladas congruentemente por normas de contenido diverso; pues esa variedad de circunstancias se

halla de antemano prevista en la ley eterna; con lo cual la ley eterna, por imperativo de sí misma, se adapta al dinamismo de la vida.

Filosofía escolástica. Francisco Suárez. Este tema de las relaciones entre las diversas circunstancias sociales y los principios racionales de lo jurídico es tratado de modo más detenido y profundo en la Filosofía escolástica, cuyo momento más maduro en esta doctrina lo hallamos en la obra de Francisco Suárez. La doctrina de éste, con relación al pensamiento anterior, constituye un notorio progreso. Cierto que las directrices de su doctrina las hallamos ya en la obra de Santo Tomás; pero Suárez las lleva a un plenario desarrollo, con formidable agudeza y con originalidad. Suárez se ocupa de este tema al preguntarse si la ley natural es inmutable o no; y aun cuando formula la primera tesis—la de la inmutabilidad—sin embargo, al explicarla y desenvolverla, muestra que a pesar de que la raíz del Derecho Natural es invariable, los preceptos que de él se derivan cambian a tenor de la diversidad de circunstancias y al ritmo del desarrollo histórico. Es decir, lo que hace es fundamentar un Derecho Natural de raíz perenne y absoluta pero de contenido variable. Su labor, en cierto modo, viene preparada por el casuismo moral de los penitenciarios, el cual se apoya sobre el supuesto de que en el precepto ético deben hallar expresión las circunstancias concretas de la vida. Y, así, el Derecho Natural de Suárez se presenta con un sentido de articulación histórica.[85]

Suárez dice que hay principios racionales eternos, de valor absoluto para toda conducta. Pero esos principios tienen el carácter de directrices generalísimas, que, por sí solas, no constituyen todavía normas directamente aplicables a la regulación efectiva de una sociedad. Para que obtengamos normas conducentes a la regulación de la vida social, es preciso referir esas directrices a las realidades que se trata de normar; y fabricar con dichos criterios racionales, combinados con la vida, las normas específicas. De ese modo, los principios generales del Derecho natural acogen en su seno la noción de los elementos reales concretos y producen la norma jurídica natural para cada situación.

Según Suárez, cuando los principios generales se aplican a la esencia moral del hombre—que es común a todos—producen normas invariables; pero cuando se proyectan sobre una materia social variable, producen normas cuya validez está condicionada a la existencia de determinadas situaciones concretas; y, así, con el mudar de éstas, cambian también las normas de Derecho Natural. He aquí, pues, cómo se dibuja un ensayo de justificada articulación

de los criterios estimativos ideales y objetivos con los cambios de la realidad social. La materia social es algo vario y mudadizo; y, así, ocurre que, aun cuando los primeros principios de Derecho Natural sean inmutables, al ser aplicados a esa materia social, que es diferente aquí de la de allá y que se transforma al correr del tiempo, dan lugar a normas también diversas. Y esas normas, derivadas de la conjugación de los principios con una determinada realidad social, son también normas de Derecho Natural, si bien su validez está condicionada por la presencia de unos determinados supuestos de hecho, los cuales al cambiar pueden dar lugar a que también cambie la norma de Derecho Natural.

Pero la doctrina de Suárez no se limita a lo que he expuesto, sino que llega además a un análisis mucho más fino todavía. Se pregunta por qué y cómo cambian las situaciones sociales; y contesta que la materia social se diversifica y transforma en algunos aspectos, de dos maneras, o por dos procedimientos: a) Por virtud de un complejo de circunstancias y factores múltiples, que constituyen una complicadísima combinación de causas, que no responden a un plan que de antemano se hayan trazado unos hombres; es decir, se viene a reconocer, con ésto, que hay una realidad social con leyes propias de desarrollo, en las que no siempre interviene de modo decisivo un propósito deliberado de los hombres. b) Merced a una acción reflexiva e intencionada de los hombres que rigen la sociedad; es decir, cabe una modificación de la materia social llevada a cabo libremente por el hombre. Esto último plantea el problema de cuáles sean las facultades lícitas de los hombres en punto a la estructuración de la realidad social; o dicho con otras palabras, plantea la cuestión acerca de lo que los hombres puedan determinar libremente, autorizados por el Derecho Natural, y que sea por el contrario aquello en lo cual no tengan facultad de decisión, por haber un precepto absoluto que lo impida. Hay materias sobre las cuales el Derecho Natural impone taxativamente una única solución, sin permitir ninguna opción—como serían por ejemplo, las que afectan a la dignidad humana y a la libertad que de la misma se desprende—. Pero hay, en cambio, otras materias respecto de las cuales el Derecho Natural adopta una actitud que podríamos llamar abstencionista, que consiste en que ni manda ni prohibe soluciones determinadas, sino que admite un cierto número de ellas, todas igualmente lícitas en principio; y deja a los hombres una amplia esfera de libertad para que elijan la solución que estimen más útil, conveniente y oportuna, a la vista de sus necesidades y de las circuns-

tancias concretas de la realidad social. El hombre, a tenor de las circunstancias y según esa apreciación de utilidad colectiva, se decidirá a llevar a cabo una u otra posibilidad, articulará esta o aquella institución, y la moldeará de uno u otro modo. Ahora bien, creada y articulada ya por los hombres una de esas instituciones (ni prohibidas ni mandadas, sino sencillamente admitidas), entonces, los principios generalísimos del Derecho Natural, partiendo del hecho de la decisión humana (que produce un determinado estado de cosas) engendrarán preceptos de Derecho Natural congruentes con la estructura concreta de esa materia social (configurada por los hombres), pero que no exigirán la perduración de la misma, de un modo absoluto. La fórmula lógica de esos preceptos sería: si la circunstancia es *a* (situación creada libremente por los hombres dentro de la franquía que les concede el Derecho Natural), entonces necesariamente regirá el precepto *m*. Ahora bien, no hay ningún precepto de Derecho Natural que imponga necesariamente *a*, antes bien las conveniencias pueden aconsejar que se elija *b*, o *c*, o *d*, etc.; a las cuales correspondería entonces de modo necesario respectivamente las normas, *n*, *o*, *p*, etc. Los primeros principios de Derecho Natural no varían; lo que ocurre es que esos principios, al conjugarse con la realidad social concreta dan lugar a preceptos que rigen solamente para esa realidad y no para otra. Al variar ese estado de cosas, por virtud de una libre decisión humana, (en cuanto que su mudanza está admitida por el Derecho Natural, porque éste no la regula ni preceptiva ni prohibitivamente, sino tan solo de modo permisivo), los preceptos iusnaturalistas que correspondan a las nuevas situaciones tendrán un contenido diverso. El Derecho Natural en sí no muda, porque es esencialmente inherente a su sentido la idea de que estados de cosas diversos exigen regulaciones diversas.

Suárez desarrolla como ejemplo de esos preceptos concretos de Derecho Natural—que parten del supuesto de un determinado estado de cosas (el cual sin ofensa a la ley racional podría ser otro)—, los que hacen referencia al derecho de propiedad. Presupuesta la división de las cosas y organizada la sociedad sobre tal base, hay una serie de preceptos de Derecho Natural que articulan y protegen la propiedad. Ahora bien, partiendo de un estado de cosas diverso, por ejemplo, de aquel en que las cosas fueran comunes, entonces los imperativos del Derecho Natural serían otros muy diferentes. Pero el Derecho Natural no exige necesariamente que haya un régimen de propiedad privada, ni tampoco impone uno de comunidad; sino que en términos generales deja que los hombres decidan el régimen más

conveniente y útil para sus necesidades, según las circunstancias concretas en que vivan. Claro que no es del todo indiferente al Derecho Natural la elección que hagan los hombres; pues éstos, al escoger entre el repertorio de posibilidades, deberán guiarse por consideraciones inspiradas en el bien común, en la utilidad general, a la vista de las concretas circunstancias de cada situación. Ahora bien, una vez que la sociedad ha determinado el régimen que estima más conveniente, entonces, de ello se deriva una serie de preceptos concretos de Derecho Natural, los cuales serían otros de haberse elegido un régimen diferente.

En consecuencia, Suárez distingue dos clases de preceptos de Derecho Natural: a) aquellos cuyo contenido tiene carácter necesario, independientemente de toda previa determinación humana, a los cuales llama "Derecho Natural preceptivo"; y b) aquellos cuya validez se apoya en una libre decisión humana (respecto de los supuestos de los mismos), decisión tomada entre una serie de posibilidades igualmente lícitas en principios, habida cuenta de motivos de conveniencia y oportunidad; y tales preceptos son llamados "Derecho Natural dominativo", porque pertenece al libre dominio y prudente elección de los hombres el adoptar determinadas formas jurídicas, entre las varias que el Derecho Natural reconoce como admisibles. Esta teoría sobre el papel que desempeña el arbitrio humano en la configuración de las normas jurídicas y sobre el condicionamiento por las diversas situaciones de la realidad social, nos muestra una de las funciones del Derecho positivo, a saber: la elección unívoca entre las posibilidades admitidas por el Derecho Natural, a cuya determinación éste liga después las consecuencias de justicia, que de ella se desprenden.

Así, pues, aunque la raíz ideal del Derecho Natural es absoluta e inmutable, en cambio las especificaciones concretas del mismo son varias y cambiantes. Suárez condensa ésto diciendo en forma de ejemplo: "así como la medicina da unas reglas para los enfermos y otras para los sanos, y unas para los fuertes y otras para los débiles, y no obstante no varían por eso las reglas de la Medicina, sino que se multiplican y unas sirven ahora y otras después, así el Derecho Natural, permaneciendo el mismo manda una cosa en tal ocasión, y algo distinto en otra, y ésto obliga ahora y no antes o después".[86]

Esta misma tendencia de Suárez se manifiesta contemporáneamente en la obra del neoescolástico Georges Renard,[87] quien dice que el Derecho Natural para el jurista es como la noción de lo bello

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO 305

para el artista; lo bello no es una receta para fabricar obras maestras; es, al igual que lo justo, un principio de discriminación... De diez casos, en nueve, el Derecho Natural no tiene solución alguna que proponer; se limita a juzgar las soluciones que se le proponen"; con lo cual se acentúa además el criterio de prudencia electiva aludido en Suárez.

La teoría de Suárez constituye una de las más interesantes sobre este tema. Aun cuando la consideremos como necesitada de superación—en la forma en que más adelante expondré—hay que reconocer que las pretensiones de los dos factores no se resuelven ni en la negación de unos de ellos, ni en su admisión a regañadientes, ni en una transacción penosa, antes bien, en una concordia armónica. Lo que pasa es que Suárez no tenía desarrollado el sentido de lo histórico; y, aunque teóricamente da alojamiento a las exigencias derivadas de la variedad de las transformaciones, en cambio, prácticamente esta doctrina encuentra escasos desarrollos concretos en su obra. Por otra parte, parece que sin perjuicio de esta teoría, Suárez está dominado por el pensamiento de que las exigencias de la realidad no constituyen un repertorio indefinido de posibilidades, sino que toda la variedad se da desde un fondo de común permanencia.

La escuela clásica del Derecho Natural. El hombre moderno, a partir del Renacimiento, da un viraje a la concepción del mundo y de la vida. Descubre su conciencia racional, como instancia reguladora de toda teoría y de toda norma para la conducta práctica. Al realismo de la antigüedad y de la Edad Media, va a suceder el régimen del pensamiento idealista, que caracterizará toda la Edad Moderna. En la filosofía teórica, el hombre se vuelve de espaldas a la experiencia—que es lo confuso, lo dudoso, lo problemático—para fundamentar el universo sobre su propia conciencia; pues el pensamiento es la única realidad firme e indubitable. Parejamente, en la meditación sobre los problemas jurídicos, trata de elaborar un esquema de Derecho fundado única y exclusivamente en la reflexión racional pura, volviendo la espalda a la historia. La multiformidad histórica del Derecho positivo es sólo el testimonio de los fracasos y de las aberraciones del hombre. El auténtico Derecho es el Derecho Natural, aquel que descubre la razón pura. La historia del Derecho tan solo puede tener sentido como progresivo movimiento de aproximación cada vez mayor a las normas absolutas del Derecho Natural, cuya integral implantación positiva constituye la meta a que se debe aspirar. Así, pues, el Derecho positivo recibido históricamente debe ceder su lugar al imperio del au-

téntico Derecho, que es el Derecho Natural. Para encontrar el Derecho Natural es preciso hallar lo auténticamente humano, en estado de pureza. Se cree que el proceso histórico ha degenerado y deformado al hombre; y, por consiguiente, hay que buscar al hombre en su pristino estado, antes de que la historia haya puesto sus pecadoras manos sobre él, es decir, hay que buscarlo en *estado de naturaleza.* Por donde ocurre que ese pensamiento racionalista del movimiento llamado del Iluminismo, o de la Ilustración, tiende a confundir lo que se proyecta como ideal, con una supuesta situación prehistórica, en que el hombre no había sido todavía deformado. Los autores de la escuela clásica del Derecho Natural—Grocio, Tomasio, Puffendorf, Wolff, etc.—de una parte representan el *pathos* racionalista que rechaza lo histórico y quiere sustituirlo por los esquemas puros de la razón. Pero, de otro lado, consideran que el mundo natural está henchido de racionalidad. Y, al buscar el fundamento del ideal jurídico en la naturaleza humana, van a concebirla no como una esencia normativa, sino como un ser, como un hecho, como el hecho de lo humano *puro,* no estropeado por la historia.

Y, así, buscan la naturaleza humana pura, para que sin ningún aditamento artificial sirva de base al Derecho. Y para Grocio, el atributo esencial de esa naturaleza humana es el *apetitus societatis* (la tendencia de sociabilidad), sobre el cual se basa todo el Derecho, como consecuencias racionales de este fundamento. Para Puffendorf, ese atributo esencial consiste en la *imbecilitas* o sentimiento de debilidad o desvalimiento, que impulsa al hombre a coordinarse racionalmente con sus semejantes. Y para Tomasio, es el afán de dicha. Es decir, para los tres, se trata de un hecho psicológico, de un fenómento real, que es absolutizado hasta el punto de convertirlo en base de un sistema normativo. He aquí la paradoja que ofrecen estos tres autores: representando una máxima intención de racionalismo, fundan, sin embargo, el Derecho Natural en una consideración empírica. Esto trae consigo que en su Derecho Natural la razón ande a veces confundida con un concepto equívoco de naturaleza. Se emplea la palabra naturaleza confusamente, en un dúplice y diverso sentido: a la vez como lo que *es* y como lo que *debe ser.* Pero, en fin de cuentas, este iusnaturalismo, aunque implica una racionalización confusa de elementos reales, representa en todo caso la negación absoluta de fueros al factor histórico. Ahora bien, este antihistoricismo presenta todavía otras paradojas—y sumamente graves—: habiendo negado toda beligerancia a lo histórico y pretendiendo construir intelectualmente un minucioso sistema jurí-

dico, no obstante, se sufre muchas veces el engaño de tomar por puro producto racional lo que en el fondo no era sino un mero dato histórico contingente. Y, así, dichos autores absolutizan, como si se tratase de puras construcciones racionales, lo que es tan solo una institución de su tiempo.

Rousseau. No se puede catalogar a Rousseau en la pura continuación del iusnaturalismo iluminista; pues si bien en muchos puntos representa Rousseau la maduración y la depuración de muchos de los temas del iusnaturalismo clásico, purgándolo de no pocas confusiones, que lo habían lastrado en los autores precedentes; en cambio, por otra parte, Rousseau aporta radicales novedades. Y, así, el ideal jurídico fundado en el contrato social—que no es un hecho, pues, según dice explícitamente Rousseau, jamás existió, sino que es una idea regulativa de la razón—[88] no pretende ya constituir un código racional repleto de contenido, sino una directriz orientadora; y, por otra parte, recuérdese que Rousseau pone su pensamiento certeramente en la entraña de la historicidad como dimensión esencial del hombre—cuando califica a éste como sujeto que, por poder entender a los demás semejantes, aprende de ellos y es por ende progresivo—.

El Romanticismo Jurídico o Escuela histórica del Derecho. Ya en el primer tercio del siglo XIX, las tendencias racionalistas—y con ellas los sistemas iusnaturalistas—sufren una grave crisis, en cuya producción intervienen múltiples factores. Uno de ellos es el Romanticismo.

El Romanticismo no es solamente un asunto artístico, sino que constituye una concepción integral del mundo y de la vida. Y, por consiguiente, se proyecta sobre todos los sectores de la cultura humana: en la ciencia y en la filosofía; en la política y en el derecho, en el arte y en la religión. Muy difícil—sino imposible—es una definición del Romanticismo. Y ésto es así, por causa de la misma índole del Romanticismo, que pretende esencialmente ser una tendencia antiracionalista, no se deja apresar en los perfiles rigorosos de un concepto. Pero trataré de ofrecer una caracterización descriptiva de los principales rasgos del Romanticismo.

Hay en el Romanticismo un sentido orgánico y totalitario, en el que se trata de superar y disolver todas las antítesis. Quiere incluir todos los objetos en la idea de una suprema substancia total y orgánica. Política, Religión, Arte, Derecho, Costumbres, Idioma, etc., son los productos de las funciones de esa substancia total; son sus emanaciones. Ello lleva aparejado una exaltación de lo irracional y de lo

irreductiblemente individual. Es la exaltación de la vida en sus azares incalculables, en sus misteriosas concreciones, como poder espontáneo y sagrado, como fuerza de arcanos orígenes, que no puede reducirse a fórmulas racionales. De ahí, su orientación historicista y tradicionalista. La historia es el desarrollo orgánico del espíritu, que en ella reina de modo inmanente y arcano. El romántico es partidario de la tradición en todos los terrenos. Lo tradicional es siempre el exponente del espíritu madurado en el seno arcano del tiempo. Lo tradicional vale porque no es obra de la razón individual—siempre fría, estática y limitada—; vale porque es exteriorización de una fuerza vital infinita, que actúa recónditamente. Por eso, el Romanticismo venera todo lo que tiene un origen inconscio, lo que se ha fraguado en estratos radicales de la vida, velados a toda penetración racional. Y, por ello, también siente predilección por lo irreductiblemente individual; y siente respeto hacia el abigarramiento del mundo con toda la complejidad de sus tipos singulares. Y ve en la comunidad nacional la realización concreta de una inefable individualidad histórica, dotada de propio espíritu. Y ese espíritu nacional es concebido como una auténtica realidad psíquica, bien que misteriosa y arcana. Y se supervalora todas las manifestaciones espontáneas del espíritu popular, como expresión de su más íntima autenticidad. Y, así, propugna frente a las fórmulas matemáticas, las formas orgánicas; frente a lo mecánico, lo vivo; frente al intelecto racional, el sentimiento y la intuición; frente al concepto, la sensibilidad; frente al ideal construído racionalmente, la majestad de la historia; frente a lo fabricado reflexivamente, el producto de la evolución espontánea; frente a la regla rígida, la fluencia de las fuerzas creadoras en el proceso vivo; frente a lo general abstracto, lo individual concreto; frente al cosmopolitismo, la nacionalidad; frente a la centralización, la autonomía de los cuerpos sociales; frente a la revolución, el desarrollo continuo según la misteriosa biología de las naciones; frente a la innovación propuesta por el pensamiento, la línea de lo tradicional.

Aquí sería preciso insistir en algunos de los rasgos esbozados del Romanticismo, los cuales ciertamente no agotan su esencia, pero subrayan los aspectos que más interesan al tema que estoy tratando.

Habría que destacar, en primer lugar, el afán de unificar todas las oposiciones, de superar todos los dualismos, de fundir todas las divergencias en una suprema categoría: así el Romanticismo tiende a salvar el dualismo entre Dios y el mundo—Dios no estaría frente al mundo, sino inserto en él—; también entre el sujeto y el

objeto—que se fundirían recíprocamente—; entre la materia y el espíritu—pues la materia estaría también animada y todo espíritu cobraría expresiones materiales—; entre lo inorgánico y lo orgánico. Y, sobre todo, se quiere salvar los abismos hendidos entre el ser y el deber, entre la vida y la cultura, entre la historia y la razón. Los ideales no pueden conocerse elevando la vista hacia una región de abstracción racional, sino auscultando atenta y reverentemente las palpitaciones de la historia. El ideal no está más allá de la realidad, sino que hay que buscarlo en los senos entrañables del proceso histórico.

Y ésto se relaciona directamente, respecto del tema que me ocupa, con otro de los más notorios caracteres del Romanticismo: con su tendencia antiracionalista y exaltadora del sentimiento y de las actitudes místicas de creencia—no de creencia dogmática, sino poética o romántica—. Para el Romanticismo no es posible apoderarse de la realidad del mundo, ni tampoco inquirir normas de conducta especulando abstractamente con conceptos puros de razón, sino tan solo extravasándonos sentimentalmente sobre las cosas, para penetrar en la entrañable intimidad de las mismas. La razón, que, desde Sócrates, había venido siendo considerada como principio esencial de todas las cosas, y también como norma suprema del obrar, y que en lo político y jurídico acababa de obtener su magna apoteosis en la Revolución Francesa, es considerada por el Romanticismo como algo mezquino, que resulta incapaz para captar la esencia del mundo y de la vida. Frente a la razón—fría, limitada, ilusa, cadavérica, estática—son exaltadas las posiciones emotivas, vitales, síntesis de la suprema sabiduría. Esta no es reductible a esquemas racionales, sino que consiste en una creencia viva, inserta en el proceso del mundo y de la historia. El valor y el ideal no se hallan en una esfera trascendente situada por encima de la realidad, sino que se encuentran sumergidos en ésta, como espíritu animador y vivificador de la misma.

Y, así, en tercer lugar, hay que advertir que el Romanticismo tiende a la justificación de lo individual, de lo concreto, de toda particularidad vital e histórica. En términos generales, la Filosofía, desde su nacimiento en Grecia, y más acentuadamente todavía en los siglos XVI, XVII y XVIII, había desdeñado todo aquello que no pudiese expresarse en un concepto general. Para el romántico ocurre precisamente todo lo contrario: lo único, lo irrepetible, lo concreto, lo singularísimo es lo esencialmente entrañable de cada cosa y, al mismo tiempo, la fuente de los valores. Por muy antirománticos que hoy seamos, es forzoso reconocer que el romanticismo pone al pensa-

miento en condiciones de descubrir la intimidad. El Renacimiento aportó el descubrimiento de la subjetividad; pero se trataba de una subjetividad abstracta, geométrica,—la conciencia pura, después el yo trascendental en Kant—; pero no se fijó en lo que el individuo tiene de radicalmente individual, de único, de singular, de irrepetible. Ahora bien, el Romanticismo que puso la mano sobre este tema tan fecundo—cuyo estudio ha emprendido fertilmente el pensamiento contemporáneo—quedó frustrado en esta empresa; porque en lugar de embarcarse en lo individual del sujeto humano, atendió a la individualidad histórica de los grupos nacionales, esto es, a lo propio y diferencial de cada pueblo.

Finalmente, hagamos notar que el Romanticismo, que pretende constituir una concepción integral del mundo y de la vida, no es Filosofía. La Filosofía es también la apetencia de una concepción del mundo y de la vida—concepción autónoma y pantónoma—, pero *justificada intelectualmente*. En cambio, el Romanticismo se funda en una actitud mística de creencia poética, en una confesión primaria del espíritu. Mientras que el filósofo está guiado siempre por el deseo de claridad meridiana, por el contrario, el romántico experimenta la voluptuosidad en el misterio.

La concepción romántica da lugar en el campo del pensamiento jurídico a la Escuela Histórica del Derecho, de la que fué principal portavoz Savigny. Cierto que la tendencia historicista tenía antecedentes. Dejando aparte los remotos, habría que recordar entre los más próximos a Juan B. Vico,[89] a Herder,[90] a Burke,[91] a Möser[92] y Hugo,[93] (el primer iniciador de la escuela que culminó con Savigny).

Para Savigny, no tiene sentido querer oponer al Derecho histórico un supuesto Derecho Natural, construído con la razón abstracta. La única autenticidad del Derecho hemos de buscarla en la historia. Y los ideales jurídicos no podemos construírlos intelectualmente, sino recogerlos de la realidad de la conciencia nacional espontánea. El Derecho no puede idearse en un gabinete de especulaciones racionales, sino que es el producto del espíritu colectivo de cada pueblo. No hay otro Derecho que el positivo; ni otro ideal de justicia que el de la conciencia popular histórica. Será oportuno notar aquí algo que suele olvidarse con frecuencia: la Escuela Histórica no niega la posibilidad y aún la necesidad de una estimativa jurídica; no incurre en un escepticismo absoluto respecto del problema valorativo del Derecho, antes bien está saturada de un criterio apreciador; pero ese criterio de enjuiciamiento y de orientación hay que

buscarlo en la autenticidad del alma nacional, que se expresa en la conciencia histórica. La Escuela Histórica contiene toda una Filosofía estimativa del Derecho; pero sostiene que los criterios estimativos no pueden ser descubiertos intelectivamente como ideas, ni construídos racionalmente, sino descubiertos en las manifestaciones espontáneas de la conciencia jurídica popular, que es una de las revelaciones del alma nacional. Y esas manifestaciones espontáneas se hallan principalmente en el Derecho consuetudinario, que constituye el testimonio fehaciente y no adulterado de la convicción jurídica popular. Y el papel del soberano debe consistir en hacer valer las costumbres jurídicas, y, a lo más, traducirlas fielmente en leyes —si bien no sea conveniente extender demasiado el ámbito de la legislación, porque ésta es algo rígido que fosiliza la regla viva y entorpece su desarrollo—. Savigny entiende, pues, que hay ideales jurídicos, pero que éstos son inasequibles a la mente teórica y a los métodos intelectuales, ya que la única expresión de los mismos podemos encontrarla solamente en la conciencia nacional histórica, en cada momento y en cada lugar. Consiguientemente no cabe una valoración racional del Derecho positivo; pero sí cabe una valoración crítica en sentido histórico, que mida hasta qué punto un determinado ordenamiento expresa con autenticidad la íntima convicción popular. Y, así, deberá reputarse justo el Derecho espontáneo expresado en las costumbres jurídicas; también las leyes—aunque menos convenientes—que se hayan limitado a traducir con estricta fidelidad los datos de la conciencia popular histórica. Aquí se ha sacrificado, pues, la razón a la realidad, la idea a la historia; pero se ha hecho así, por la creencia romántica de que es en los procesos reales de la historia donde está implícita la razón. En suma, se cree en una razón inmanente al proceso evolutivo de la historia; y se condena todo intento de querer formar racionalmente la sociedad histórica; y, sobre todo, se abomina de todo propósito revolucionario. En cierto aspecto, la escuela histórica es un esfuerzo para negar justificación a la Revolución Francesa—expresión del iusnaturalismo ideal—, a la que se opone, sosteniendo que el Derecho se desarrolla por un proceso de gestación tradicional.

Hegel. El pensamiento de Hegel, que es una de las doctrinas de mayor calibre sobre este tema, representa otra modalidad del historicismo, pero no romántico sino filosófico. Mientras que el romanticismo es embriaguez emotiva, Hegel representa el paroxismo de la dialéctica. Aunque son muchas las diferencias y oposiciones que separan a Hegel frente a la concepción romántica,—que expondré

más adelante—sin embargo, hay algún paralelismo entre ambas doctrinas.

El Derecho natural anterior a Hegel representaba un idealismo dualista, es decir, la escisión entre una realidad ciega e ignorante de valores y una normatividad racional trascendente a ella. Mientras que en la filosofía teorética kantiana hay una relación entre las categorías de la razón y los materiales empíricos, en tanto en cuanto que éstos son informados por aquellos, y su conjunción constituye el mundo de los objetos o fenómenos, esto no ocurre con la filosofía moral y jurídica, sino que en ella sucede todo lo contrario. La filosofía moral y jurídica de Kant—al igual que la del Iluminismo—se ocupa exclusivamente de unas normas racionales abstractas; y, en cambio, desdeña la realidad efectiva de la vida moral y jurídica en su desarrollo histórico, como si en ella no hubiese nada más que contingencia, capricho y azar. Comentando ese tipo de pensamiento—especialmente el de Kant—dice Hegel, que esa filosofía admitía que debía conocer la naturaleza tal y como es, pero creía además que en la naturaleza se halla inserta una racionalidad, la cual ha de ser investigada y aprehendida como su ley inmanente; mas, en cambio, creía que el mundo ético consiste en una racionalidad fuera del ser real, como algo trascendente a él y con pretensiones normativas sobre él; y así según esa filosofía de Kant ocurre que el mundo del espíritu, el mundo ético, en su desenvolvimiento real y efectivo, está librado al azar y a la arbitrariedad, como abandonado por Dios, pues su verdad no se halla en su realidad, sino fuera de ella. Hegel se enfrenta contra ese dualismo entre norma ideal y hechos; y afirma que en el mundo del espíritu ético, esto es, en la realidad del Estado, reina una razón objetiva y una regularidad. Para Hegel—lo mismo que para Schelling—la separación entre lo ideal y lo real representa un punto de vista lógico ya superado. Hegel entiende todo lo real como un proceso espiritual, como un sistema de pensamiento dialéctico, que se revela en el cosmos. Y, en su Filosofía del Derecho, dice Hegel, que hay que comprender y explicar el Estado como algo racional en sí; esto es, no se ocupa de cómo debe ser el Estado de cómo debe construírsele, sino tan solo de conocerlo como un universo moral. "Lo que es racional es real; lo que es real es racional". He aquí la famosa frase que resume el panlogismo de Hegel y que figura en el prólogo de su *Filosofía del Derecho*. Lo racional es la idea o el espíritu conociéndose a sí mismo; y nada hay que sea más real. Y la realidad es siempre revelación del espíritu, del proceso dialéctico del pensamiento. La realidad única, universal, ab-

soluta, es lo que Hegel denomina espíritu. Mas para entender lo que significa espíritu en Hegel, tal vez conviniese mejor llamar a esto mente o pensamiento. Hegel brota de la tradición filosófica del idealismo, según la cual no tiene sentido hablar de la realidad de una cosa, sino en cuanto está en el pensamiento. Sólo como pensadas son en verdad las cosas. El pensamiento consiste en darse cuenta de sí mismo. Ahora bien, será preciso que todo lo demás que no parece pensamiento, que todo lo pensado, pueda ser comprendido como un medio de que el pensamiento necesita para darse cuenta de sí mismo. Y, así, el pensamiento se desarrolla dialécticamente, en un complicado proceso en que va buscándose a sí mismo. El pensamiento comienza por pensarse a sí mismo como naturaleza, como infinita reversión cósmica. Luego perfecciona su idea y se descubre como vida orgánica, como animal que es ya una concentración frente a la reversión de lo material. En medio de la naturaleza animal se descubre al hombre, que es el sujeto que se da ya cuenta de sí mismo. Pero el sujeto individual, (el espíritu subjetivo, como lo llama Hegel) no es una idea suficiente del pensamiento, porque cada uno de nosotros se da cuenta de sí mismo en cuanto elemento del contorno natural y de los demás hombres; yo me veo como pensamiento, pero todo lo demás me parece como no siendo pensamiento, como limitación y determinación. Mientras el pensamiento se deje algo fuera de sí, que no entienda como propio de sí mismo, no se tiene una idea adecuada del espíritu. La individualidad del sujeto es una idea insuficiente, parcial. El espíritu tiene que avanzar sobre ella a otra más completa y más adecuada con su realidad. Cada uno de nosotros consiste en sí mismo, pero nuestras ideas, preferencias, deseos, normas, nos vienen en su inmensa mayoría impuestas por el contorno social. Pero entonces resulta que nuestro *yo* está menos que en nosotros en nuestro pueblo, es decir, en el conjunto de normas y modalidades intelectuales que ejercen presión sobre nosotros. Fuera de cada individuo hay una realidad, que no es material, sino que es espiritual, y que, por otra parte, no es de ningún sujeto individual: es el Espíritu Objetivo, maximamente realizado en el Estado. Cada pueblo, cada Estado, es un espíritu objetivo, es decir, un sistema de ideas jurídicas, morales, artísticas, etc., en el cual viven y se informan los individuos; de suerte que éstos no están en sí mismo, sino en el espíritu de su pueblo que lo envuelve. Y cada gran pueblo es una nueva interpretación que el espíritu universal va formándose a través de la historia para llegar a comprenderse a sí mismo como realidad absoluta. La varia serie de los pueblos a lo lar-

go de la historia, no es una serie de azar, sino que es un proceso dialéctico rigoroso, el proceso sacro del Espíritu Universal, que se diversifica en esas varias interpretaciones que va dándose a sí mismo, para conquistar la plena y adecuada idea de sí mismo, como realidad absouta. La historia es, pues, el proceso de autorevelación del espíritu. Y, así, se ve con claridad que no tiene sentido querer oponer a lo histórico que es, algo distinto como "debiendo ser"; porque el espíritu halla su autorevelación en la historia. La historia es el proceso rigoroso de los estadios que el espíritu recorre para cobrar posesión de sí mismo como realidad absoluta.

Resulta, pues, que el problema planteado—de la articulación de los valores en la historia—pierde el carácter de tal problema en ese monismo hegeliano, que identifica lo real con lo racional y el devenir cósmico e histórico con el proceso dialéctico. Más bien que decir que el problema queda resuelto a favor de uno u otro de los extremos, o zanjado por transacción, podría decirse que el problema queda disuelto en tanto que tal problema, esto es, desaparece: Razón e Historia ya no son dos personajes distintos que pretendan intervenir en la configuración del Derecho y que puedan caer en conflicto, sino que son una única y misma cosa. Y con esto ya no hay posibilidad de conflicto; y tampoco ha lugar a practicarse una labor de deslinde y de distribución de competencias, porque Razón e Historia son lo mismo; porque realidad y proceso dialéctico del pensamiento coinciden.

Comparación entre el pensamiento de la escuela histórica y el de Hegel. Podría decirse que entre el historicismo romántico de la escuela histórica y el sistema de Hegel se dan a la vez abismales diferencias y notorios paralelismos. Aunque el problema de la relación entre la Razón y la Historia se resuelva para ambas doctrinas en unas consecuencias análogas, nos hallamos ante dos tipos diversos de pensamiento. Tanto es así que Hegel y Savigny se despreciaban recíprocamente. Hegel consideraba que la adoración que Savigny profesaba al Derecho consuetudinario y su *pathos* anticodificador constituían el mayor insulto que se pueda inferir a una nación civilizada y a los juristas. Y los historicistas románticos motejaban el pensamiento hegeliano de filosofía frívola. Cierto que ambas posiciones son monistas; que ambas elevan lo real a la categoría de valor; que ambas reducen a cero la distancia entre la historia y el ideal. Mas para el antiracionalismo romántico de la Escuela Histórica, la identificación del hecho real con el ideal jurídico es fruto de una creencia mística, de la creencia de que la historia (lo mismo que la

naturaleza) está empapada de algo sacro. En cambio, para Hegel, la indentificación de lo real con lo racional se expresa y trata de justificarse en el método dialéctico. Mientras que en Savigny se da un *pathos* antiracionalista, por el contrario en Hegel se ofrece la apoteosis de la razón, del espíritu como desarrollo dialéctico, constituyendo la realidad absoluta: el desenvolvimiento de la historia es el proceso racional del espíritu desdoblándose a sí mismo dialécticamente. Cierto que en Hegel no sólo se respeta la historia, sino que ésta queda divinizada; pero la historia es textura racional, es sistema de ideas. Mientras que, en cambio, para Savigny, la historia es la revelación de una realidad arcana y misteriosa, que no es posible apresar en ideas de razón. Esa realidad, llamada alma nacional o espíritu popular, no es agente de actos racionales sino de instintos y de sentimientos infalibles.

Y, sin embargo, a pesar de las diferencias que acabo de señalar, se tiene la impresión de que hay un paralelismo entre Hegel y Savigny. Aun cuando Hegel no puede ser llamado propiamente romántico, porque el romanticismo es condena contra la razón y exaltación de lo antiracional, en tanto que por el contrario Hegel representa el frenesí máximo de la razón, hay un notorio rasgo romántico en Hegel, a saber, su frenesí, aunque éste sea racional. El romanticismo es una especie de estado de embriaguez o de paroxismo. Pues bien, en Hegel se da también esa situación de embriaguez frenética, bien que sea una borrachera de ideas. Además, ocurre que, bien que por senderos no solo diversos sino antagónicos, Savigny y Hegel se encaminan a la misma meta, a la divinificación de lo histórico. Y cuando tratamos de preguntarnos qué sea el alma nacional de Savigny, se nos antoja que es algo así como el espíritu objetivo de Hegel que se ha escapado de la cadena dialéctica y anda flotando sin encontrar acomodo. Y, viceversa, el espíritu objetivo de Hegel, encarnado en el Estado, sería como la racionalización del alma popular de Savigny. En suma, aunque Hegel no sea romántico—porque su filosofía es la exacerbación del pensamiento racional—trata de hacer por métodos racionales lo mismo que pretende el Romanticismo; y, de tal suerte, nos aparecería como la culminación del mismo espíritu romántico, pero superándose a sí mismo, en tanto que se expresa en nuevas fórmulas racionales, en las de la dialéctica.

El positivismo y el naturalismo. Hacia la segunda mitad del siglo XIX se instalan predominantemente en el pensamiento la actitud positivista y las corrientes naturalistas, que se proyectan tam-

bién sobre la Filosofía del Derecho, como actitud negadora de la Estimativa Jurídica.

Al positivismo he hecho ya alusión al comienzo de este capítulo, con ocasión del planteamiento de la justificación del problema de la Estimativa Jurídica. Cuando el positivismo fué congruente con sus propias premisas representó una postura escéptica en cuanto a la Estimativa Jurídica. Y cuando algunos positivistas quisieron fundar una Estimativa—siendo infieles a los supuestos del positivismo—pretendieron hacerlo mediante métodos empíricos—cosa que ya se vió que es imposible. Y, en términos generales, podría resumirse el denominador común del positivismo, respecto del Derecho, en la afirmación de que sobre éste cabe única y exclusivamente la consideración de sus manifestaciones empíricas, que pueden ser estudiadas bien como dogmática jurídica—exposición del ordenamiento vigente—, bien como historia del Derecho, bien desde el punto de vista sociólogico—esto es, como uno de los factores de la vida colectiva, considerando las leyes de su gestación, de su desarrollo y de su influjo—.

En esa misma época del tercer cuarto del siglo XIX, se desarrollan también una serie de direcciones, que en conjunto podríamos comprender bajo el nombre de naturalismo, a pesar de que medien entre ellas múltiples diferencias. Me refiero al materialismo, al evolucionismo, etc. Aunque esas direcciones no sólo difieren sino que se contraponen radicalmente a los supuestos del positivismo, coinciden no obstante con éste en muchas de sus consecuencias, y notoriamente en las que afectan a los estudios jurídicos. Digo que entre esas direcciones y el positivismo media una oposición, por lo siguiente: mientras que el positivismo niega la posibilidad de toda metafísica, por el contrario el materialismo lleva larvada toda una metafísica, como es la que supone identificar la categoría de substancia con la materia. Piénsase que jamás podrá constituir un dato de experiencia que todo ser substancial es material, sino que esto constituye una hipótesis metafísica—hipótesis por otra parte indemostrada e indemostrable—. Mas a pesar de dicha antítesis entre positivismo y materialismo, éste coincide con aquél en negar toda instancia de valoración ideal. Con respecto a los llamados programas e ideales del mundo jurídico, ambos se proponen exclusivamente la explicación de su existencia, como fenómenos psicológicos o sociales, es decir, la explicación causal de su génesis; y de ese modo, pierden toda dimensión de valores y quedan reducidos a meros fenómenos naturales, ajenos a toda estimación crítica. Esto es, los llamados ideales que-

dan reducidos a meros hechos que se producen en la conciencia de las gentes y en los movimientos sociales, hechos que se trata de explicar desde el punto de vista causativo. Y, por consiguiente, el problema acerca de la relación entre la Razón y la Historia para elaborar el ideal jurídico queda por entero negado; sencillamente porque se entiende que no se podría hablar con rigor científico de que haya criterios de justicia con consistencia ideal; pues los que reciben tal nombre serían meros fantasmas y espejismos subjetivos.

Sería un error identificar la tesis del positivismo (y del naturalismo) con la doctrina de la Escuela Histórica. Mientras que esas corrientes del positivismo y naturalismo niegan el problema valorativo sobre el Derecho, recuérdese que, por el contrario, Savigny profesa una Estimativa Jurídica, si bien esta no sea racional ni ideal, sino inspirada en el criterio de autencidad histórica (será justo el Derecho producido genuinamente por la conciencia popular y no lo será aquel que construya abstractamente el legislador o que dibuje el filósofo racionalista). Por otra parte, la Escuela Histórica profesa una concepción integral del mundo y de la vida (la transcripción romántica de la metafísica), mientras que el positivismo se abstiene de plantearse todo problema sobre lo que haya más allá o por debajo de la pura experiencia.

Según el evolucionismo, tanto las categorías teóricas como los valores son producto del desarrollo lento de la evolución, logrado de un modo puramente natural y mecánico. El problema de cómo un proceso evolutivo puramente natural, puede, sin embargo, producir una situación en que dominen determinadas representaciones de valores culturales, obliga a la mayor parte de las teorías evolucionistas a admitir ciertas directrices del proceso evolutivo, que quiebran, en algún momento, el desarrollo sistemático y que son contradicciones de las premisas naturalistas.[94] Recuérdese lo que dije en páginas anteriores sobre el concepto de la evolución progresiva en Spencer: la evolución desde el puro punto de vista exclusivo de la naturaleza no es ni progresiva ni regresiva; y cuando la calificamos de progresiva, entonces lo hacemos rebasando el campo de la pura ciencia natural y acudiendo a criterios de valor.

Carlos Marx. La concepción económica de la historia de Carlos Marx es una doctrina esencialmente metafísica. Para darse cuenta de ello, basta con recordar el papel que en la misma juega la idea de sustancia social, representada por la producción económica; y también con recordar el empleo del método dialéctico, que en ningún caso ni de ninguna manera puede ser resultado de la experien-

cia, sino principio *a priori* de la razón. Ahora bien, parejamente a lo que ocurre con el evolucionismo, la tesis de Marx da lugar, en parte, a consecuencias negadoras de valoración jurídica, aunque de otra parte aliente a la obra de Marx—y sobre todo más que a la obra a su vida de político—, un *pathos* de redención y de reforma, cuando no de algo más, a saber, de revolución. Pero esta es la contradicción hasta ahora inzanjada—e inexorablemente insalvable—entre un movimiento animado por un afán de justicia social, y de caracteres casi mesiánicos, con una doctrina filosófica que extirpa toda noción de ideal, todo concepto de deber ser y todo principio de valor. Contradicción siempre presente e inevitable, que no puede ser eliminada por las meras cabriolas de lenguaje o por las metáforas brillantes, que algunos de sus discípulos intentaron. En el hombre Marx hay un impulso ideal de justicia social, un sentido redentorista y apostólico, que anhela un mundo mejor. En su dialéctica económica de la historia, hay una nota de frío fatalismo, de dura concepción mecánica y naturalista—ignorante de toda idea de valor—de dureza prusiana. Y no se diga que está previsto que el hombre pueda actuar en la historia reformando su cauce y acelerando sus procesos y aun orientándolos; porque, en el momento en que se diga ésto se ha abandonado ya la dialéctica económica. Según ésta, el auténtico protagonista de la historia es la economía. Carlos Marx cree haber hallado la substancia de la sociedad y la explicación de la historia en la economía. La última y radical realidad de cada etapa histórica consiste en la situación del proceso de la producción económica. Cada nueva forma de éstas suscita una nueva forma de organización social, suscita una clase social propietaria de los instrumentos y otras sometidas a ésta. Las ideas, la moral, el derecho, el arte, no son más que reacciones de cada clase social según su puesto en la jerarquía colectiva económica. Ni las ideas, ni la moral, ni el derecho, ni el arte, son fuerzas de la historia, ni lo es tampoco el hombre, sino que por el contrario, esas ideas y también la manera de actuar de los hombres son el resultado de la realidad económica. Así, pues, en el momento en que se hable de que el hombre puede por su propia iniciativa y por sus propias fuerzas actuar sobre el proceso de la historia, reformadora o revolucionariamente, en este momento se ha abandonado la tesis monista del puro materialismo social, porque entonces el hombre, de mero agente o vehículo de las fuerzas económicas, pasa a ser instancia actuante por su propia cuenta en la historia. Pero entonces, ya no es la economía la substancia de la sociedad y la protagonista de la historia, pues tiene que compartir su acción

con la política, la cual ya no sería únicamente su sierva, sino que podría actuar a su vez sobre ella. En suma, cuando se admite la colaboración del hombre, se ha abandonado en el monismo economista.

Marx expone que, cuando varía la constelación de los procesos económicos, tiene que variar también forzosamente la superestructura política y jurídica. A veces, el cambio sobreviene con un cierto retraso por la pervivencia fosilizada de las formas jurídicas de la anterior situación. Pero a la postre, cuando el grado de tensión o discrepancia entre la nueva substancia económica y la vieja forma jurídica—correspondiente a la pasada situación económica—es muy grande, entonces esa vieja estructura salta en pedazos al impulso de la nueva realidad económica. Así ocurre que sobre la economía contemporánea—que es plenamente cooperativa—perdura todavía un Derecho individualista inadecuado, el del régimen capitalista. Y Marx anuncia como previsión, descubierta por las leyes de su dialéctica económico-social, que el capitalismo se arruinará por sí mismo, dando paso a una nueva organización de la producción, que determinará *forzosamente* el derrumbamiento del sistema jurídico burgués y la formación de un sistema jurídico congruente, es decir, socialista. Pero dentro del rigoroso margen de la dialéctica económica, es presentado esto como un acontecimiento que forzosamente ocurrirá y no como un programa de justicia, como un ideal, como un deber ser. Esto es, pura y simplemente previsto como un suceso que por fuerza tendrá que producirse, a virtud de la superación dialéctica del régimen capitalista. Y, por tanto, no tiene sentido dentro de la pura dialéctica de la substancia económica, como único agente efectivo de la historia, el plantearse problemas de estimativa jurídica, o de crítica valorativa de una determinada realidad social, pues ésta es algo que se desarrolla autónomamente, por las propias leyes de su médula. A lo sumo, lo único que puede hacerse en períodos de transición de una estructura económica en trance de superación dialéctica a otra nueva, es predecir que sobrevendrá también un cambio congruente de las instituciones jurídicas; y cuando éste se retrasa por la persistencia inerte de las viejas formas jurídicas, puede subrayarse el desacuerdo, y cooperar al parto del nuevo régimen jurídico, que ya es llevado en su vientre por la nueva situación económica. Pero para que se pueda hacer tal cosa, es menester que se haya cumplido ya en la entraña de la economía la gestación del nuevo régimen, puesto que no son los hombres quienes pueden crear sistemas jurídicos a su albedrío, sino que estos pueden ser engendrados únicamente por la substancia económica

entrañable de la historia. Los hombres lo más que podrán hacer será desempeñar el papel de comadrones para el alumbramiento del nuevo régimen, gestado en el proceso de la dialéctica económica.

Por consiguiente, en el pensamiento de Marx, el problema que nos ocupa, trata de resolverse erigiendo en único criterio la historia, concebida como expresión del juego dialéctico de las fuerzas económicas. Marx puso del revés el sistema hegeliano. Este, por la identidad que establece entre la idea y la realidad, se halla expuesto a transformarse en naturalismo, en realismo, tan pronto como se acentúe el elemento real frente al ideal. La dialéctica hegeliana convirtió las categorías lógicas en sujetos del mundo espiritual e histórico, de suerte que respecto de ellos los hombres quedaban reducidos a meros predicados, a simples vehículos o medios. El materialismo histórico de Marx—que sería mejor denominarlo realismo histórico—adoptó la posición inversa, en cuanto que considera que la realidad económica es la substancia activa de la historia y la productora (en su proceso dialéctico) del mundo espiritual y de sus formas; pero en la tesis de Marx, el hombre sigue también desposeído de toda capacidad actuante decisiva en la historia, pues es sólo el utensilio movido por las fuerzas económicas.

Esta es en puridad, en su autenticidad, la tesis del economismo dialéctico de Marx, tal y como aparece en su obra teórica. Ahora bien, acaso no sea lícito olvidar aquel *pathos* político que animaba a Marx para la redención de las clases proletarias; y que, en suma, a despecho de toda la dialéctica económica, constituye un afán de justicia social. Y, así, uno de los más destacados pensadores socialistas de nuestro tiempo, Hermann Heller, ha creído ver en la obra de Marx una nueva manifestación camuflada de la creencia en un Derecho natural, en dinámica transformación, entendido como un orden inmanente a la sociedad, orden que no sólo sería un hecho, sino que además sería valorado como algo bueno y justo.[95]

Stammler. Cuando Stammler[96] emprende la tarea de restaurar la Filosofía del Derecho, que había sido proscrita durante la tiranía del positivismo y del naturalismo, se encuentra con que antes de ese régimen devastador, había dos tipos de posiciones doctrinales: de un lado, las diversas expresiones del racionalismo, (que negaban beligerancia a la historia), notoriamente, el Derecho Natural del Iluminismo; y, de otra parte, el historicismo romántico, el historicismo hegeliano, y el naturalismo, los cuales aunque diferentes entre sí, coincidían en rechazar como imposible, o por lo menos

como ociosa e inútil toda estimativa ideal o racional. Y los dos tipos de doctrinas aparecían justamente desacreditadas.

El iusnaturalismo clásico racionalista había mostrado su fracaso, porque, teniendo la pretensión de elaborar una pura construcción racional, había metido indebidamente en su seno elementos históricos que habían sido absolutizados como supuestas construcciones *a priori*—cuando en verdad se trataba de perfiles institucionales limitados y contingentes, es decir, de productos históricos—. Así, pues, el iusnaturalismo racionalista se mostraba incurriendo en el espejismo de considerar como puramente racionales y de validez universal y absoluta, una serie de normas que eran nada más que creación histórica condicionada. Pero, de otra parte, el Derecho Natural del Iluminismo quiso suplantar al Derecho positivo, colocarse en su lugar, anular el Derecho recibido históricamente y substituírlo por un Derecho absoluto y eterno; ahora bien, las construcciones elaboradas a este fin resultaban entecas e insuficientes para cumplirlo; eran demasiado poco para servir como ordenamiento jurídico aplicable en la práctica, en la que la vida social iba planteando nuevos problemas insospechados. Y esa doble falla había justamente determinado el descrédito del iusnaturalismo racionalista.

Por otro lado, ya a fin de siglo, el positivismo había entrado en franca descomposición, y desde su mismo seno pregonaba su fracaso. Y algo parecido sucedía ya también con las corrientes naturalistas (materialismo, evolucionismo, etc.) que habían comenzado a derrumbarse. Pero, sin embargo, unas y otras doctrinas—racionalismo, historicismo y naturalismo—habían dado lecciones, que era preciso no olvidar. En el racionalismo se subrayaba una verdad perdurable, a saber, que una ordenación normativa se basa necesariamente en criterios transempíricos. En el historicismo, lo mismo que en el positivismo y el naturalismo, se había acentuado la conciencia de que existe una realidad social, como magnitud efectiva, como dato histórico, que no puede ser substituída por construcciones de la razón.

El problema, por consiguiente, consiste en indagar qué es lo que corresponde a la razón y qué es lo que competa a la historia en la elaboración de los programas jurídicos. Y, así, se le ofrece a Stammler este problema. El Derecho es una ordenación de la conducta, ordenación con especiales características (social, autárquica e inviolable, que no es preciso examinar aquí; pues he definido ya, en este libro, la esencia de lo jurídico en un plano de superación de la teoría de Stammler sobre este tema del concepto). Ahora bien, cuando

se trata de una labor de ordenación, hay que distinguir entre *lo que* se ordena y el *método según* el cual se ordena; o sea, hay que distinguir entre el contenido que se ordena y la forma de ordenarlo. Lo que se ordena, el contenido o materia, está constituído por los elementos de la vida social, en la realidad dada de un determinado momento a saber: por un conjunto de hombres concretos, con determinadas necesidades y afanes, todo lo cual es algo que encontramos en la experiencia histórica. Y se trata de ordenar estos materiales, que son varios en cada lugar, momento y pueblo, según un criterio absolutamente válido de ordenación, esto es, según un criterio necesario y universal. Pues bien, resulta claro, al comprender esto, que no tiene sentido que la Razón y la Historia luchen antagónicamente por eliminarse la una a la otra en la elaboración de los ideales jurídicos, pues cada una de ellas desempeña un papel perfectamente determinado. A la historia le corresponde suministrar en cada momento el contenido o materia, es decir, la realidad de la vida social que se va ordenar, la cual no puede ser inventada ni construída por la mente, sino que es dada de un modo concreto y singular. A la razón le compete suministrar la forma de ordenar aquella materia social. Y, así, la idea de la justicia es la forma universalmente válida y absoluta para ordenar jurídicamente cualquier situación real de la vida colectiva. La justicia es un puro criterio formal, un mero principio ordenador de materiales contingentes y variables (históricos). La razón, pues, ofrece la forma de ordenar, a saber: la idea de la justicia; la historia proporciona los contenidos concretos, la materia social. La forma de la justicia, como idea racional, es única e invariable, *a priori;* el contenido de cada Derecho es mudable y viene condicionado históricamente. Y como los ideales jurídicos son el producto de ordenar un contenido social histórico con arreglo al criterio formal de justicia, de aquí que la variedad de posibles *Derechos justos* sea ilimitada; y, así, a cada situación histórica corresponderá un especial ideal jurídico, es decir, un esquema propio de Derecho justo: aquel que resulta de ordenar, según el criterio formal de la idea de justicia, la concreta realidad de que se trate.

Este es, en brevísima síntesis, el esquema de la solución stammleriana, que viene a establecer un Derecho natural de contenido variable. Pero convendrá exponer con algún mayor detenimiento el desarrollo del pensamiento de Stammler, en cuanto a la justificación que intenta dar al formalismo y en cuanto al criterio de justicia.

Stammler, en su investigación sobre la justicia, se pregunta por

un criterio universal, necesario, absolutamente válido para la ordenación jurídica. Esto es, un criterio jurídico que valga por sí y en sí, incondicionadamente, y, por tanto, que sea aplicable a todas las situaciones que en el mundo han sido, son o puedan ser. Ahora bien, si cobramos plena conciencia de la enunciación del tema, hallaremos fácilmente la directriz para resolverlo. Si buscamos algo absoluto, necesario y universal—dice Stammler— entonces es claro que ese criterio no podrá contener ningún elemento que sea condicionado, contingente, particular ni concreto.

Pero este reconocimiento equivale a mostrar que dicho criterio de justicia, que buscamos, no puede albergar dentro de sí ningún contenido histórico, ninguna referencia a situaciones concretas, ninguna mención de materia especial, ninguna norma de carácter particular. En suma, este criterio de justicia debe carecer de todo contenido concreto, de toda materia especial; o, lo que es lo mismo, deberá ser puramente formal.

Un Derecho Natural que contuviese la regulación de finalidades concretas, es decir, que formulase normas con contenido especial, *v. g.* que incluyera orientaciones sobre la propiedad, el usufructo, la sucesión, el parlamento, los alcaldes, etc., no podría de ninguna manera tener validez para todos los tiempos y pueblos. Tal Derecho Natural vendría lastrado por elementos singulares y contingentes; estaría condicionado a determinadas situaciones concretas; se referiría a unos particulares afanes humanos. Ahora bien, como quiera que la materia de esos afanes se contrae a unas determinadas necesidades (limitadas) y a los medios relativos para satisfacerlas, por eso es forzosamente algo condicionado y sometido a cambio constante. Por eso, no cabe establecer un precepto jurídico con contenido concreto, como algo absolutamente justo para todos los tiempos y lugares. Querer otorgar validez universal e incondicionada a una modalidad particular de vida humana representaría una contradicción *in adjecto;* pues es claro que algo limitado y concreto, algo condicionado particularmente, no puede valer como criterio general e incondicionado.

Así, pues, si tratamos de encontrar algo absoluto no podemos meter dentro de ello elementos relativos. Si buscamos un principio incondicionado, no podemos admitir como tal las máximas cuyo contenido está condicionado a unos supuestos concretos, a un determinado tiempo, a un determinado lugar y a unas especiales necesidades. Lo único, por consiguiente, que puede constituir un criterio universal y necesario (esto es, absoluto) es un puro método for-

mal de ordenación unitaria. Si, por ejemplo, deseo ordenar papeles, no tomaré como criterio uno de ellos, sino que deberé adoptar un método que me sirva para ordenar cualquiera clase de papeles de que se trate. En este sentido, forma y método significan lo mismo.

La justicia, pues, dice Stammler, no puede consistir en ningún contenido concreto, sino en una forma universalmente válida para ordenar todos los contenidos habidos y por haber; esto es, un método que represente una armonía absoluta e incondicionada de todas las materias sociales (reales o posibles).

Stammler afirma que la representación de una tal armonía absoluta es una idea, entendida esta palabra en sentido kantiano. Stammler—siguiendo a Kant—distingue entre concepto e idea. Tanto el uno como la otra son puras formas; pero se diferencian en que el concepto es la determinación unitaria y común de una serie de objetos análogos; mientras que la idea, en cambio, significa la representación de la unidad armónica de todos los objetos posibles. El concepto da las notas genéricas de los objetos en cuestión: esto es, la representación común de todos ellos; y, por lo tanto, el concepto se halla realizado o cumplido plenamente en cada uno de los objetos que abarca. En cambio, la idea trata de articular, en un sistema armónico, la totalidad de las experiencias sensibles si se refiere a la naturaleza, y la totalidad de los afanes (es decir, de los fines) si se refiere al mundo de la acción; y, por ende, la idea no puede encontrarse manifiesta en ningún objeto empírico, en ningún elemento singular, ni tampoco podemos esperar su realización en la experiencia limitada; pues lo que la idea constituye es un punto de orientación, un criterio regulativo, que no resulta asequible en plenitud, sino que es tan solo una guía. Por eso, dice Stammler, se ha comparado metafóricamente la función de la idea con la de la estrella polar, que sirve para dirigir a los navegantes, pero en la que jamás se desembarca. Pues bien, hay una idea de la *rectitud* que cumple esa función de ordenar armónicamente todos los humanos afanes, es decir, todas las finalidades humanas. Si esa idea de la rectitud se aplica al mundo íntimo de la conciencia produce el criterio moral. Si la proyectamos sobre el mundo de la textura social, constituye la idea de la justicia.

Stammler expresó primero la idea de la justicia como "comunidad de hombres librevolentes". ¿Qué significa eso de librevolentes? Pues con ésto se denota que la organización jurídica debe ser de tal modo que no mande en ella ninguna voluntad particular determinada por móviles singulares o egoístas, nigún afan singular,

sino una voluntad puramente racional, libre de cualquier singularidad, como ley universal. En esa fórmula de la comunidad de hombres librevolentes, que quieren con voluntad libre, o, mejor dicho, liberada de motivos sensibles, late la resonancia de la idea de la *voluntad general* de Rousseau, que no significa la voluntad real de todos, sino la voluntad que no contiene motivos singulares, que es una voluntad puramente racional, esto es, universal. Y más próximamente percibimos el recuerdo de la idea de *voluntad pura* de la moral kantiana, es decir, voluntad depurada de toda determinación sensible y apetitiva y de todo elemento singular, que obedece tan solo a una forma lógica de universalidad. En sus últimas obras, Stammler substituyó esa fórmula de "comunidad de hombres librevolentes", por la de la "armonía permanente y absoluta" de la ordenación social, en todas sus posibilidades habidas y por haber. Todas las manifestaciones de la vida del hombre, tanto las de su conciencia como las de las relaciones sociales, pueden ser dirigidas u ordenadas de dos maneras: a) partiendo del sujeto; o b) dejándose guiar por un criterio objetivo. En el primer caso, se toma como ley suprema el yo empírico, el azar o contingencia del deseo de cada instante, con lo cual se llega tan solo a proposiciones desordenadas y confusas. En el segundo caso, partimos de la idea de una armonía absoluta entre todas las pretensiones y afanes particulares, y, a tenor de esa idea, se trata de encuadrar sin contradicción alguna todos esos elementos empíricos individuales en la representación de una totalidad ideal, que articula unitariamente todos los fines habidos y por haber. La idea de la justicia consiste, pues, en una absoluta armonía, conforme a la cual ordenamos la materia jurídica. Esta ordenación según la idea de la absoluta armonía da lugar a la *comunidad pura.* es decir, de los hombres librevolentes. Una comunidad pura es el enlace de los fines de los hombres que la componen, no tomando jamás como criterio un afán que sólo tenga validez subjetiva. Conforme a esta idea, los hombres se ligarán recíprocamente, conservando cada uno de ellos en todo momento el carácter de fin autónomo, es decir, de suerte que ninguno sea tomado nunca como mero medio para otro, sino que todos conserven siempre su calidad de personas morales. Querer una tal armonía representa querer libremente, es decir, haber eliminado del ordenamiento jurídico toda motivación individual y concreta.

La idea de la justicia es, pues, una idea pura, un método formal, para ordenar las finalidades sociales empíricas, concibiéndolas

en la totalidad de sus posibilidades conforme a una armonía absoluta.

Hay, pues, una sola y única idea de justicia, con valor absoluto y universal, la cual, aplicada a los diversos contenidos de la vida social de los múltiples pueblos y momentos históricos, engendra ideales jurídicos diferentes. Cada uno de esos ideales, que tiene tan solo un valor relativo—relativo al tiempo, al pueblo y a las circunstancias en vista de los cuales fué elaborado—constituye lo que Stammler llama *Derecho justo*. Puede haber y se puede pensar, por consiguiente, una cantidad ilimitada de Derechos justos, a tenor del sinnúmero de circunstancias de hecho a regular. El método de ordenación es uno e invariable; pero como los materiales a ordenar pueden ser diversos en cada pueblo, tiempo y circunstancias, de aquí se desprende que también serán diversos los ideales jurídicos (o programas de Derecho justo), que resulten como producto de la aplicación de la idea invariable de justicia en cada situación social.

Stammler advierte que no vale seguir suponiendo que la idea formal sea algo vacío. Tiene en verdad un contenido; pero un contenido de validez absoluta, precisamente porque es formal, es decir, porque carece de toda determinación concreta, de todo dato empírico, de toda representación parcial, de todo elemento limitado y contingente.

La superación del formalismo. Frente a la obra de Stammler ha ocurrido que, aún apreciando las dimensiones geniales de la misma y el mérito que le corresponde como restauradora de la Filosofía del Derecho, y aun reconociendo así mismo que en ella hay *Leitmotive* certeros, al transcurrir algunos años después de publicada, las avanzadas del pensamiento filosófico-jurídico comenzaron a experimentar una especie de desasosiego teorético: la impresión de que en el sistema stammleriano hay algo que no está en orden y que lo hace insuficientemente para una Estimativa Jurídica.

Primeramente, se dirigió contra la doctrina stammleriana de la justicia una crítica inmanente. Se le reprochó, y con razón, que ha sufrido una ilusión formalista; que los resultados a que llega no son puramente formales, sino que se fundan en una idea axiológica material, en una esencia de valor con contenido, a saber, en la idea ética de la personalidad humana como autofin (como un fin en sí misma). Y también otras veces ocurre que en sus pensamientos se introduce de modo subrepticio y súbito, como una especie de *deus ex machina*, un conjunto de ideas de valor con contenido concreto.

Por otra parte, se objetó a Stammler también, que había trasladado indebidamente al campo de la filosofía moral y jurídica la filosofía del conocimiento de la realidad, de la *Crítica de la razón pura* de Kant; y así como ésta indaga las formas *a priori* de la ciencia de los objetos reales, esto es, de los fenómenos, y a la vez de la contextura de éstos, análogamente Stammler pretende determinar las formas *a priori* del ideal jurídico, mediante un método parecido Esto es inadmisible, porque la lógica de las ciencias de la naturaleza no es transvasable al mundo de lo ético y de lo histórico. Y si bien algo de esa objeción valdría también contra Kant, se acentúa mucho más contra Stammler; puesto que en Kant el universo moral, a pesar del logicismo,[97] conserva una autonomía y le corresponde además el primado, en tanto que en Stammler han desaparecido los caracteres específicos de la *razón práctica.*

Pero, aun estando justificadas todas esas objeciones, ninguna de ellas había acertado a dar con la falla principal que aqueja a la doctrina stammleriana. Con el formalismo de la justicia de Stammler ocurría algo parejo de lo que venía pasando desde mucho antes con el formalismo moral de Kant. Al correr del siglo XIX se había ido acentuando la convicción de que en la moral formalista y rigorista de Kant había algo que no estaba en regla. Se dirigieron contra ella muchas objeciones, todas ellas impresionantes y bien orientadas; pero ninguna de ellas lograba descubrir donde reside la falla fundamental del sistema.

La falla fundamental del formalismo ético kantiano se descubre decisivamente por Max Scheler en el tercer lustro de nuestro siglo. [98] Y la crítica que Max Scheler desarrolla contra el formalismo moral de Kant puede, de igual manera—aunque él no lo haga—aplicarse al formalismo de la justicia de Stammler. Para Stammler—lo mismo que para Kant—lo *a priori,* es decir, lo absoluto y necesario, tiene que ser inevitablemente algo genérico y abstracto y jamás algo con contenido concreto o individual. Y es cabalmente este supuesto el que ha hecho quiebra a virtud de los descubrimientos de la filosofía fenomenológica de Husserl y de la teoría de los valores de Scheler. Husserl y Scheler han mostrado que hay ideas y esencias materiales, esto es, repletas de contenido y que, sin embargo tienen validez *a priori,* esto es, validez en sí y por sí; validez que ni deriva de la experiencia, ni se funda en ella, ni puede por ella ser contradicha. La fenomenología ha ampliado el mundo de lo *a priori* que había establecido el idealismo trascendental kantiano y neo-kantiano. Para éste, lo *a prori* era un conjunto de unas cuantas categorías

concebidas como funciones subjetivas y como formas lógicas vacías, que formaban un sistema limitado y funcional. La fenomenología de Husserl ha descubierto el ser ideal como objetividad con validez en sí; y ha mostrado también que las categorías son objetos ideales. Y, además, ha descubierto las esencias como objetos ideales: ha descubierto que los fenómenos, que son contingentes en cuanto a su existencia real en *un aquí y un ahora*, por esencia pudieron existir igualmente en otro momento, hallarse en otro lugar y tener otra forma o contenido. Y como esta caracterización de los hechos no es posible sin apelar, como se vé, a su esencia, resulta que todo hecho supone, pues, una esencia; y las esencias se presentan como objetos ideales, porque son *a priori*, esto es, necesarias, independientes (en cuanto a su consistencia ideal) de los hechos en que se realizan. Son proposiciones *a priori*, porque en su mismo sentido implican el no derivar de la experiencia, el no hallar en ella ni su fundamentación, ni su confirmación, ni su refutación. Resulta, pues, que la fenomenología ha ampliado considerablemente el mundo de lo *a priori*. Y las esencias son captables por intuición intelectiva, por intuiciones en las que los objetos ideales se nos presentan de modo inmediato.[99]

Pero partiendo de la base fenomenológica, lo que ha evidenciado claramente donde radicaba la falla capital del formalismo moral kantiano—y por ende también del formalismo de la justicia de Stammler—ha sido el señalar el grave error que supone identificar lo *a priori* con lo formal y lo *a posteriori* con lo material. La filosofía kantiana ha equiparado la opsición *formal—material* con la oposición *a priori— a posteriori*. Consideró la filosofía kantiana que lo que es absoluto, necesario, evidente, *a priori*, es forzosamente formal; y que lo material (lo que posee contenido) es siempre contingente, empírico, *a posteriori*. Kant—agudizando un prejuicio que ya era tradicional en la filosofía desde la época de Aristóteles en favor de la forma y en contra de la materia—, partía, sobre la base de su subjetivismo trascendental, de que todo principio *a priori* tiene necesariamente que ser formal; y viceversa, que los contenidos, la materia—tanto del conocimiento, como de las máximas del obrar—tiene que ser algo forzosamente contingente, *a posteriori*. Y esto es precisamente un gran error, el gran error que vicia radicalmente todo el sistema; porque los dos pares de opuestos, *formal—material* y *a priori—a posteriori* no coinciden en manera alguna ni tienen que ver el uno con el otro. Adviértase, en primer lugar, que la diferencia o contraposición entre lo *a priori* y lo *a posteriori* es absoluta, radical e inzanjable, sin que sea posible un término medio entre esos

dos extremos. Por el contrario, la oposición entre lo formal y lo material es tan solo una diferencia relativa, en la que cabe un sinnúmero de grados. La diferencia entre formal y material se refiere al grado de mayor y menor generalidad respectivamente entre dos proposiciones; es decir, considérase como formal la que es más general con respecto a la otra, que, en comparación con ella, resulta más concreta. Así, por ejemplo, los principios y leyes de la lógica pura son formales con respecto a los de la matemática, los cuales por referencia a aquellos resultan materiales. Y, sin embargo, la matemática, lo mismo que la lógica, es *a priori*. También, pues, en el ámbito de lo *a priori* se da la oposición o mejor dicho la diferencia entre lo formal y lo material; porque esta diferencia es tan solo una distinción en cuanto al mayor y menor grado de generalidad. Y así ocurre que los valores éticos y jurídicos—y las normas que en ellos se fundan—pueden tener, y tienen ciertamente, una materia, esto es, un contenido concreto, sin que por ello sufra de ninguna manera su *aprioridad*, esto es, su validez necesaria. Todo lo *a priori* es absoluta y necesariamente válido; pero no hay que entender esa necesidad como generalidad formal, sino como necesidad dentro de su propia esfera—en este caso dentro de la esfera determinada por la misma esencia del valor—.

Al deshacer este error del pensamiento kantiano, queda mortalmente herido el formalismo moral—y también, consiguientemente, el formalismo de la justicia de Stammler—.

Pero aneja a la rectificación anteriormente explicada hay todavía otra, que viene a despejar una segunda confusión del pensamiento de raíz kantiana. Se trata de que el kantismo también había identificado—indebidamente—de un lado lo formal *a priori* con lo *racional*, y de otro lado lo *material* con lo *sensible*. Es inexacta la afirmación kantiana de que toda voluntad que esté determinada por una materia, es decir, por un principio lleno de contenido concreto, por esa sola razón ya no está determinada *a priori* sino que lo está forzosamente por motivos sensibles, fortuitos y contingentes. Podemos y debemos afirmar lo contrario: la voluntad puede determinarse por acentos ideales de valor, objetivos, necesarios, *a priori*, y, sin embargo, llenos de contenido; así, pues, por principios materiales *a priori*, que nada tiene que ver con las motivaciones de la sensibilidad, ni con las tendencias subjetivas de placer, ni con los meros apetitos. Y claro está que si hay principios y determinaciones materiales (concretas) que nada tienen que ver con el mundo de la sensibilidad y de los apetitos, sino que por el contrario son *a priori* y que

sin embargo no son leyes racionales, sino esencias de valor—captables por una intuición intelectual—, resulta notoriamente que es inexacta la coincidencia que el kantismo predicaba entre lo *a priori* y lo racional. Lejos de coincidir totalmente el area del conocimiento racional (por conceptos, juicios e inferencias) con los linderos de lo *a priori,* resulta que hay un gran sector de éste, hay una gran parte del campo de lo *a priori*—y ciertamente la fundamental—que no es determinable por procesos racionales, antes bien es tan solo aprehensible por una intuición intelectiva. Y a este sector pertenecen los valores en general, y por ende también los valores éticos y jurídicos, aprehensibles por una singular especie de intuición estimativa, que constituye la intuición de un *a priori,* es decir, de algo que ni dimana de la experiencia ni está fundado en ella. Así, pues, al quedar desvanecido también el prejuicio de creer que todo lo *a priori* es racional (discursivo) y que todo lo que no es racional tenía que ser *a posteriori,* quedó destruído otro de los puntales del formalismo. Y, así, se ha descubierto que hay un copioso reino de esencias ideales, rigorosamente *a priori,* que no son cognoscibles racionalmente, sino por intuición intelectual; entre las cuales figuran los valores llenos de contenido, con sentidos perfectamente determinados y concretos; y que, por consiguiente, las normas o las conductas orientadas hacia esos valores no pueden considerarse como determinadas por factores sensibles *a posteriori,* sino que por el contrario lo están los elementos puros, *a priori.* Entre ese reino de valores, se han descubierto los de carácter ético, en gran número, p. e.: lealtad, pureza, abnegación, etc., etc.; y también los jurídicos, con los cuales trataremos aquí de entablar contacto.

Con los antecedentes expuestos podemos ya enfocar con éxito, a la altura de nuestro tiempo, el problema de las relaciones entre los valores y lo histórico. El relato de doctrinas pretéritas que he hecho preceder a la consideración sistemática de este problema servirá muy eficazmente para que se evite la recaída en posiciones que han sido ya superadas; y servirá también para poder apreciar el grado de progreso y aún de madurez de la solución que propongo. Ha convenido dedicar la atención a todos los antecedentes que he expuesto, porque todas esas doctrinas, hoy superadas, han dejado un residuo positivo de enseñanzas, gracias a las cuales es posible ahora plantear más correctamente la cuestión y resolverla de modo más certero.

7. Historicidad y valores jurídicos. La historicidad de la Estimativa Jurídica

Lo que he expuesto sobre los valores, como objetos ideales con validez *a priori*, esto es, necesaria, acaso haya producido al lector la impresión de que la historicidad corría peligro de naufragar en esa teoría de los valores, puesto que los valores constituyen esencias puras, ajenas al tiempo. Y, sin embargo, el lector verá que no es así; verá como sin mengua de esa dimensión ideal de los valores, cabe perfectamente una justificada articulación de los mismos en el proceso variante de la historia. Y, para mostrarlo, voy a ofrecer, a continuación, el resumen de mis trabajos dedicados a la solución de este tema.

En primer lugar adviértase bien, con toda precisión, cuál es nuestro tema. Se trata de averiguar los criterios de valor para enjuiciar el Derecho y para orientar su producción y su reelaboración progresiva. Pero, según se ha visto en el capítulo primero de este libro, el Derecho no es valor puro, sino que es obra humana, quehacer del hombre, orientado hacia valores. Esto supone que los valores orientadores de la función jurídica de la vida humana deben ser realizados. Pero ¿dónde se realizan los valores? En nuestra vida; y por lo que se refiere a los jurídicos, en la organización social. Pero nuestra vida es la conjugación de un contorno (de un mundo concreto, en el que estamos enmarcados) con un destino, con el proyecto de existencia que somos; y, además, nuestra vida la construímos nosotros mismos concretamente con los materiales de que disponemos y según lo que sabemos—según lo que nos enseñó la experiencia histórica y hemos aprendido nosotros—. La mera enumeración de esas dimensiones de la vida humana nos pone de manifiesto una serie de problemas referentes a la realización de los valores en ella. Problemas que no afectan a la esencia de los valores, sino a la manera de cumplirlos o encarnarlos en nuestra vida.

Los valores jurídicos deben ser realizados por los hombres en su vida. Ahora bien, su vida está encajada en una circunstancia o sea en un mundo concreto, del que forma parte el mundo social. Y, por tanto, los valores jurídicos deben obtener encarnación en ese mundo social determinado; deben ser realizados en una materia con caracteres especiales, que es la constituída por las circunstancias de la vida social en cada momento. Pero adviértase que esa materia social es diversa en cada pueblo, en cada situación y en cada etapa histórica. Y, sobre todo, nótese esto último, a saber, que esa materia

social, cuya organización debe inspirarse en los valores jurídicos, cambia y se transmuta al correr de la historia. El mundo en que vivimos varía de formas y de contenido, se abre o se cierra en mayor o menor número de posibilidades concretas; y, consiguientemente, cambian también las necesidades de la vida humana, las tareas que el hombre tiene urgencia de llenar.

Pues bien, la diversidad de materias sociales, su modificación en el proceso histórico, y los consiguientes cambios que experimenta la vida humana, todo ello afecta forzosamente al problema de la realización de los valores jurídicos. Cuando se trata de realizar un valor, no sólo viene en cuestión la esencia de ese valor, sino también las condiciones de la materia, la cual y con la cual se tiene que cumplir. Un ejemplo tomado del campo artístico evidenciará con toda claridad este pensamiento. Un mismo valor estético—e incluso la aplicación de él en un determinado estilo—puede ser encarnardo en arquitectura, en escultura, en pintura, en música y en poesía. Pues bien, aunque se trate de un mismo valor—o de la aplicación de él a un mismo estilo—cobrará una diversa figura de realización en cada una de esas artes. Pero aún hay más, dentro de cada una de esas artes, variará la realización según cuales sean los materiales y la técnica de que se disponga; y, así, una misma concepción escultórica, por ejemplo, no se llevará a cabo de igual manera en mármol, que en bronce, que en barro, o que en cemento; tampoco se cumplirá de idéntico modo en miniatura que en dimensiones colosales, etc. De tal suerte, la materia condiciona la realización de los valores; y la variedad de la materia da lugar a una variedad de obras; y el cambio de la materia impone una trasmutación en esa labor de cumplimiento de los valores. Ahora bien, queda claro, pues, que, a pesar de ser los valores como ideas puras algo con validez *a priori* en cambio, su realización tiene que ser varia por virtud de la diversidad de materias; y ha de cambiar al tenor de la modificación de éstas. Y, así, en lo jurídico, aún tratándose de un mismo valor, será muy diferente tenerlo que realizar en una sociedad de pequeñas dimensiones que en una nación de muchos millones de habitantes; será también muy diferente tenerlo que aplicar a un pueblo culto que a una comunidad atrasada; será también muy diferente tenerlo que realizar en gentes laboriosas, dinámicas, activas, con crecientes necesidades y afán de progreso, que sobre gentes perezosas, quietistas, conformistas y decadentes; será muy distinto aplicarlo a una comunidad pastoril

que a una sociedad industrial. Con ésto nos damos clara cuenta de una de las fuentes de variedad y de trasmutación de los ideales jurídicos.

En segundo lugar, hay que notar otra fuente de variedad y de cambio en los programas estimativos jurídicos, que también se relaciona con los problemas de realización de los valores. Y es la que se deriva de las necesidades concretas de cada momento histórico. Lo que el hombre hace, orientándose hacia los valores jurídicos, es construir con una determinada materia social una institución, para lograr las finalidades fundadas en aquella idea de valor. Por consiguiente, el Derecho positivo que articula, esto es, las instituciones jurídicas que fabrica, constituyen un medio para la realización de los fines fundados en unos valores. Ahora bien, la índole de esos medios que fragua viene determinada no sólo por la naturaleza del valor, sino por la naturaleza de las cosas que hay que hacer y de los obstáculos que hay que vencer para realizar el fin propuesto. Ocurre pues, que, aun siendo uno mismo el fin fundado en un valor, según las circunstancias, esto es, según cuales sean los obstáculos que hay que despejar, tendrá necesariamente que variar el medio que se ponga en práctica. Un ejemplo lo ilustrará con toda claridad. Cuando en el siglo XVIII se trata de convertir en realidad efectiva el valor jurídico libertad, se plantea el problema de vencer eficazmente las fuerzas que se oponían a ella, y de evitar que puedan conspirar para la anulación de esa conquista civil y política. Esas fuerzas eran la Corona, la nobleza y el clero (ocupándose de asuntos de Estado); y, congruentemente, al articular las instituciones jurídicas que debían proteger la libertad y garantizarla, dominaba la prudente preocupación de crear barreras inzanjables a esos elementos adversarios de la libertad. Hoy puede y debe inspirarnos un mismo fin de libertad —fundado en el valor de la dignidad humana—; pero nos encontramos con que en el mundo de hoy en día la libertad no corre tanto peligro por ataques de aquellos elementos tradicionalistas—ya en derrota y en decadencia—sino principalmente de lado de unas masas embriagadas por mitos, en rebelión contra la cultura, y bárbaramente ensoberbecidas por el poder del número, las cuales pueden tender a realizar su voluntad sin limitaciones, sin detenerse ante el lindero sagrado del supremo respeto debido a la persona individual, —respeto que debe ser supremo, porque es suprema la norma que exige la autonomía de la conciencia—. Y, entonces, resultará que las instituciones que hoy debamos articular como consagración y salvaguardia de la libertad, habrán de ser de tal modo que constituyan me-

dios eficaces para vencer ese nuevo peligro. De manera que cabe perfectamente que siendo un mismo el valor y también uno mismo el fin en él fundado, sin embargo, deban cambiar los medios, esto es, las instituciones para realizarlo. Así, por ejemplo, podríamos decir, que la crisis contemporánea del Estado, en la figura que éste tenía en el próximo pretérito, no afecta a los valores que lo inspiraban—libertad, democracia, bien común y justicia social—sino a las instituciones que antaño fueron fabricadas al servicio de tales valores. Los valores siguen valiendo; y donde siga habiendo hombres civilizados que no hayan enloquecido, deberán persistir los fines que esos valores inspiran; pero, en cambio, es posible que deba variar la estructura de las instituciones que se fabrique como medio para realizar esos valores y fines, prácticamente, de modo eficaz y en la circunstancia de nuestro tiempo.

En tercer lugar, debemos registrar otra fuente de cambio y de variedad—en suma de historicidad—. Se refiere, al igual que las dos anteriores, también a una fuente de variedad y transmutación con relación a la puesta en práctica de un mismo valor jurídico. Consiste en lo siguiente: en las modificaciones que manan del aleccionamiento que nos suministra la experiencia práctica, respecto de todas las tareas humanas, y, por tanto también, respecto de las jurídicas. Ocurre que los hombres, orientados por un valor jurídico, se proponen una determinada finalidad; y para lograrla idean unos determinados medios, unas instituciones, que creen que habrán de llenar ese fin. Pero después, al ser éstas llevadas a la práctica, surgen factores imprevistos que hacen fracasar o funcionar imperfectamente dichas instituciones. En tales casos, el fin no ha variado; pero la experiencia práctica aconseja que se busque otros medios para realizar con mayor eficiencia el mismo propósito. La historia del Derecho ofrece múltiples ejemplos de esto en el desarrollo de casi todas las instituciones jurídicas.

En suma, tanto la segunda como la tercera fuente de historicidad de la Estimativa Jurídica—tal y como las he descubierto—son dos manifestaciones o consecuencias de la razón histórica. Ya expuse que lo esencial de la naturaleza del hombre consiste en que el hombre no es naturaleza, sino que es historia; porque mientras que los demás seres del universo tienen su ser ya dado o la trayectoria inexorable para adquirirlo, en cambio, el hombre tiene que estar fabricando su propia vida cada instante, decidiendo sobre ella; y el hombre para decidir sobre las varias posibilidades que le ofrece

la circunstancia necesita forjarse una interpretación de ella. El hombre, al despuntar a la conciencia, recibe del nivel histórico de su época, esa interpretación; sobre este nivel el hombre aportará su propia labor de adición o de rectificación. Por tanto, ningún hombre estrena su ser humano, sino que inicialmente le recibe con la configuración que le dieron las generaciones históricas pasadas; y sobre ese trasfondo de la razón histórica, es decir, de las acumulaciones de experiencias de los otros hombres, cada uno va a añadir sus propias experiencia (que es lo que constituye lo que se llama razón vital).[100] De manera que el hombre tiene, por así decirlo, una doble historia: la ajena que lleva a cuestas, que es la que propiamente se llama razón histórica; y la propia, su biografía, que es la que se llama razón vital, según certeramente ha señalado Ortega y Gasset y también Spranger.[101] Cuando hablamos aquí de experiencia como acervo de la razón histórica y de la razón vital, se emplea esta palabra experiencia, no en el sentido en que la usa la ciencia y la filosofía, no como sinónimo de *empirie,* sino en la aacepción que tiene en el lenguaje habitual y cotidiano, a saber: como registro vital de aciertos y de fracasos en las empresas de nuestra existencia y como conjunto de lecciones sacadas de lo vivido. Ahora bien, al descubrir la razón histórica y la razón vital, se deshace el viejo prejuicio de que la razón y la historia eran inconexas y hasta antagónicas; pues se cae en la cuenta de que la razón abstracta no es toda la razón; se ha caído en la cuenta de que hay una razón vital e histórica, que rige y explica la estructura de la vida humana como incluyendo el pasado de los demás y el pasado propio, y desarrollándose a partir de ese nivel, en cada instante. Al encontrar el hombre a la sociedad como anterior a él y como algo que le sobrevivirá, encuentra en ella y con ella un conjunto de representaciones acumuladas en anteriores experiencias, desde cuyo nivel empieza a vivir; y, después, a lo largo de nuestra vida, vamos modificando ese nivel con el caudal de nuestras propias experiencias.

En cuarto lugar, he de señalar otra fuente de historicidad de la Estimativa Jurídica. Y esta cuarta fuente no deriva de problemas de realización, ni de cuestiones de eficacia, sino que tiene su raíz en la varia multiplicidad de los valores mismos.

Antes de que surgiese la filosofía de los valores, Nietsche, a través de lo tormentoso y deslabazado de su obra genial, refiriéndose a los valores como algo sobreentendido dijo, entre otras muchas cosas interesantísimas, que los valores son muchísimos, en número in-

contable, y que estamos muy lejos de conocerlos todos. Pues bien, la filosofía contemporánea de los valores, sobre todo en la obra de Max Scheler y en la de Nikolai Hartmann, ha puesto de manifiesto que el conjunto de los valores es numerosísimo y que no estamos todavía en posibilidad de haber agotado su exploración. Todos los valores son objetos ideales con validez en sí y por sí. Es decir, su validez no depende del agrado que nos produzcan, ni del deseo que les dediquemos; no depende de nuestra subjetividad; no dependen de la experiencia ni en su fundamentación ni en su confirmación. Son esencias ideales objetivas—bien entendido, añado yo, según expuse, son objetivos en la inmanencia de nuestra vida, pues todo *es* en nuestra vida y no fuera de ella—. Pero la objetividad de los valores en nada se menoscaba por la dimensión que los valores tienen de referirse en su misma materia esencial a una determinada situación y no a otra. Es decir, los valores, en su mismo contenido esencial, ideal, contienen la referencia a las situaciones concretas de la vida, para las que fundan determinadas normas. Lo cual lleva consigo que cada una de las situaciones de nuestra vida sea el supuesto para el deber de realizar un determinado valor y no otro. Esto es, la presencia real de una determinada situación en un cierto sujeto suscita una norma particular, derivada del valor correspondiente a esa situación; porque en la misma materia del valor se contiene una referencia a las realidades para las que origina una norma. Y esto es así, sin mengua ninguna de la objetividad de los valores, ni de su validez en sí y por sí. Pues esos valores que valen en sí y por sí—es decir, cuya validez ideal no depende de mí, ni de ninguna experiencia—dan lugar a normas que deben cumplirse, no por la generalidad de todos los sujetos en todo momento, sino acaso tan solo por algunos sujetos en una determinada situación, y no por otros, ni tampoco en otras circunstancias.[102] Recuérdese que expuse ya esta doctrina de Scheler al tratar el tema de la persona humana.

Hay valores éticos y jurídicos que fundan normas de carácter general para todos los hombres y para todas las sociedades respectivamente. Pero, hay, en cambio, otros valores que, teniendo validez ideal, en sí y por sí, implican en su propia materia o contenido una indicación o destino particular a una persona, a una nación, o a una situación histórica. Y tan solo respecto de esa persona, de esa colectividad o de ese momento histórico (que funcionan como destinatarios de los deberes que funde el valor) surge la vinculación normativa ideal. Y, así, en este sentido, cabe decir que hay valores morales que constituyen una bondad en sí, pero bondad en sí que

crea un deber de realización solamente para determinados sujetos y en un cierto momento, y no para otros o en tiempo diverso. Del mismo modo hay valores sociales y jurídicos, que, siendo objetivamente tales valores, se refieren tan solo a determinadas situaciones, y únicamente con respecto a ellas crean el deber de su realización. Y esto no afecta a la dimensión de validez ideal de tales valores, porque pertenece a su mismo contenido ideal-objetivo esa indicación de destinatario y de substrato en que deben cumplirse.

Para cobrar plena conciencia del alcance que ha de tener para la Estimativa Jurídica este descubrimiento de los valores vocacionales, convendrá que paremos la atención un momento sobre las consecuencias que ha operado en la filosofía moral. A la luz de este descubrimiento de un paisaje riquísimo de valores éticos—relativos a situaciones particulares—se patentiza la penuria que padecen lo mismo el formalismo moral de Kant, que el formalismo jurídico stammleriano. Si tomamos el imperativo categórico de Kant ("Obra de tal manera que la máxima de tu conducta pueda servir de ley universal para todo ser de razón") y lo examinamos en sus consecuencias, en su aplicación práctica, veremos que se limita a señalar un mínimo de conducta, sobre todo negativo: lo que no debemos hacer, la moral común del no matar, del no mentir, etc., que a todos abarca por igual; pero no ofrece criterios de orientación positiva para dar a la vida de cada cual una misión afirmativa, un contenido que signifique el cumplimiento de un propio destino ético. A esa moral kantiana del imperativo categórico, mera forma lógica de generalización de la conducta, se le escapan los diversos repertorios ideales de acciones positivas, de deberes intransferibles de cada tipo humano, de las diferentes vocaciones; queda extramuros la moral vocacional, la moral de las situaciones particulares irreductibles a toda generalización, la moral de propio destino o misión que es la que más dramáticos e importantes conflictos plantea. Hoy se ha descubierto—o mejor diríamos redescubierto[103]—que la moral no es solamente un sistema de prohibiciones y de deberes genéricos, el mismo para todos los individuos. Es ciertamente ésto, pero es también algo más: es también un inmenso repertorio de valores, que, teniendo validez en sí, no se refieren todos ellos con pretensión de cumplimiento a todos los individuos, sino que en cada caso y para cada persona entran en actualización de *deber ser* unos u otros. Hay desde luego una moral común, genérica, que comprende a todos por un igual, y que constituye como el mínimo indispensable para todos, aquello sin lo cual nadie puede ser moral. Pero con esos

valores genéricos, que determinan modalidades comunes de conducta, no se tiene un criterio de orientación sobre lo que positivamente debe realizar cada cual en su vida. Hay, pues, una moral genérica que es el común denominador para todos; pero sobre ella hay después una serie de morales vocacionales y de las situaciones concretas e individuales, que lejos de contradecir ni menoscabar a aquella general la complementan: las morales de las edades, de cada sexo, de los temperamentos, de las vocaciones, de las situaciones, etc. Hay la moral del hombre y la de la mujer; la moral del niño, la del adulto y la del anciano; hay la moral del poder (que afecta al gobernante, al industrial, etc.), la moral del Derecho (que se actualiza en el juez y en el ciudadano), la moral del amor (que sobre todo dice relación al sacerdote); hay la moral del trabajo, la moral de la modestia y de la templanza; hay la moral activa (del político, del hombre de negocios) y la moral contemplativa (del intelectual); la moral de la lucha (que obliga por ejemplo al gendarme) y la moral de la compasión (que profesa la hermana de la caridad); hay la moral de la sumisión ciega (propia del militar) y la moral del descubrimiento de nuevos valores (que inspira al revolucionario); etc. La actualización de los deberes de cada una de esas morales viene condicionada por las situaciones particulares, por el carácter y la vocación de cada cual. Y ésto no implica en manera alguna ni relativismo ni anarquía, porque cada una de esas morales complementarias (complementarias de la general humana) no se funda ni en caprichos ni en contingencias, sino que se funda en valores en sí; pero en valores en sí, cuya estructura lleva como una especie de flecha indicadora de una situación concreta y de un destinatario de los correspondientes deberes.

De la misma manera que hay vocaciones individuales—las cuales son el resultado de la articulación de un sujeto concreto con un contorno también concreto—hay también vocaciones para las colectividades. A la multiplicidad y diversidad de los tipos históricos y nacionales corresponde una serie de valores jurídicos congruentes, a realizar por cada uno de ellos. Cada situación de un proceso histórico representa la posibilidad de conocimiento y el deber de realización de tareas y misiones fundados en valores singulares, cuya coyuntura no es transferible y acaso no se repita. Hay pues, vocaciones colectivas e históricas, que pueden ser diversas con relación a los distintos pueblos y en las varias épocas, de modo análogo a como hay vocaciones individuales. Y, así como desde el punto de vista moral podríamos decir que cada individuo tiene el deber de ser au-

téntico, de ser fiel a sí mismo, a su vocación, a la tarea que el destino le ha deparado, de la misma manera podríamos decir que a cada época histórica y a cada pueblo le corresponde el cumplimiento de peculiares destinos.

Y a este respecto puede traerse a colación una doctrina de José Ortega y Gasset, a saber, el *perspectivismo,* que si bien fué elaborada fundamentalmente a la vista de la teoría del conocimiento, puede tener importantes resonancias para nuestro tema. El pensamiento moderno subrayaba desde Descartes la dependencia en que el conocimiento está del sujeto—lo cual es verdad innegable—; pero muchas veces quiso interpretar esa dependencia como deformación o como creación. Ortega supera el subjetivismo relativista—sin reincidir en las tosquedades del viejo realismo—mostrando como la dependencia en que las cosas están de los sujetos que las contemplan, no significa pura anarquía ni relativismo. El sujeto no es un medio transparente que refleje la realidad, sino que la impone su modo propio de ser; pero esta configuración de la realidad por parte del sujeto no implica de ningún modo una deformación o falseamiento de ella. Cuando interponemos en la corriente de un río, una red de pescar o alambrada, selecciona ésta algunos de los elementos que la corriente traía consigo. Esta es la función que cada hombre y que cada época realiza con la realidad y con los valores que le circundan. De la infinitud de elementos que integran la realidad, el sujeto capta un cierto número de ellos, cuya forma y contenido coinciden con la malla de sus intereses y preferencias. Cada conciencia aprehende la realidad desde un punto de vista, que le es privativo. Cuando varios hombres contemplan desde puntos de vista diversos el mismo paisaje, éste se organiza ante sus respectivos ojos de diversa manera; pero ello no supone que tales visiones diferentes sean falsas o ilusorias: cada una de ellas responde a una perspectiva y es legítima. Toda vida es un punto de vista, una perspectiva sobre el universo. Lo falso sería que cada perspectiva pretendiera ser ella la única verdadera. Pues bien, inspirándonos en esta doctrina, se puede decir que, al igual que todo individuo, también cada colectividad tiene su puesto determinado en la serie histórica; y que no debe aspirar a salirse de ella, porque esto equivaldría a convertirse en un ente abstracto con íntegra renuncia a su existencia. Cada vida es un punto de vista sobre el mundo. En rigor, lo que ella vé y lo que ella puede hacer, otra no lo puede ver ni lo puede hacer exactamente igual. Cada individuo—persona, pueblo, época—es un órgano insustituible para la conquista de la verdad, del bien, de la

justicia, de la belleza. Y, así, los valores, que como ideas son ajenos a las variaciones históricas, adquieren una dimensión vital, insertándose en la corriente de la historia en cuanto a la actualización de su cumplimiento.[104]

Ahora bien, la comprobación de que hay esos múltiples valores, cuyo deber de cumplimiento va articulándose en la serie histórica, no contradice ni ha de hacernos olvidar que hay valores jurídicos generales, que dan lugar a normas ideales, las cuales imperan para todas las colectividades, para todos los momentos y para todas las situaciones. Y esos valores deben tener en todo caso necesaria preferencia de previa realización a todos los demás. Por ejemplo, las normas que se derivan de la idea de la dignidad humana: las normas de libertad de conciencia, de autonomía del sujeto para cumplir su propio destino moral—que determinan un máximo respeto ante la persona individual—deben tener necesaria e ineludiblemente una realización preferente. Y no puede haber destino histórico singular, ni conveniencia nacional, ni vocación concreta, que pueda anteponerse al cumplimiento de esas normas. Porque todas las particularidades y todas las misiones concretas se dan en vidas humanas; y, por tanto, tan solo pueden tener sentido y justificación sobre la base de que respeten lo que es éticamente esencial al hombre, a saber su dignidad, y los corolarios normativos de libertad que de ella se desprenden. A las normas fundadas en esos supremos valores jurídicos no se les puede interferir pertubadoramente ninguna pretensión basada en situaciones concretas, ninguna apelación a destinos nacionales, ningún pretexto fundado en el sacrificio de la generación de hoy para que la de mañana obtenga un beneficio mayor. Todos los valores concretos, conjugados con especiales situaciones históricas, son inferiores en rango a los valores que fundan la dignidad ética del hombre, y, por tanto, inferiores a las normas de libertad individual que de estos se derivan. La realización de los valores situacionales concretos, suscitada por la particularidad de cada tiempo histórico, tan solo puede ser legítima sobre la base de que estén previamente cumplidos los valores fundamentales genéricos: los valores que se refieren o todo Derecho. Es por ejemplo de todo punto inadmisible que se niegue la libertad íntima y la autodeterminación de la vida de cada uno a pretexto de querer formar una gran nación poderosa y fuerte; porque una nación integrada por esclavos o por hombres deshumanizados es algo despreciable. Es también inadmisible, por ejemplo, que se niegue la realización de los supremos valores jurídicos a las gentes de hoy, a pretexto de que las que nazcan mañana

encuentren un mundo mejor. El sacrificio individual, espontáneo y libre en este sentido será un título de sublime heroísmo; pero el tratar de imponerlo a una colectividad coercitivamente es monstruoso y abominable. La vida de cada hombre es algo intransferible y propio, sobre la cual debe tener él mismo el derecho de decidir; y jamás, jamás, debe el hombre ser tomado como mero material para una construcción social futura, en la que él no vaya a participar.

Ahora bien, esos valores jurídicos que dan lugar a normas generales de necesario imperio ideal en todos los ordenamientos—y cuya realización es debida en todo caso, y es previa y más importante que cualquier otra tarea—no constituye el criterio suficiente para orientar estimativamente todas las instituciones del Derecho. Por ejemplo, las supremas normas ideales de la dignidad humana y de la autodeterminación individual no bastan para saber como debemos orientar una legislación sanitaria, o una regulación bancaria, o una empresa de colonización agrícola, o un reglamento de la Universidad, etc., etc. Porque cada uno de esos temas suscita la necesidad de atender a valores y finalidades concretas—de carácter intelectual, técnico, económico—, que vienen en cuestión para orientar esas tareas. Tampoco los valores jurídicos generales y supremos son suficientes para esclarecer la misión preferente que un pueblo debe realizar en determinado momento, y que se deriva de la especial coyuntura histórica en que halle situado.

Pues, sin menoscabo de los valores jurídicos generales—de preferente y primordial realización—la situación concreta de cada pueblo, las especiales condiciones de su vida, las exigencias del momento histórico en que se halle, las urgencias y oportunidades del mismo, suscitan el deber de realizar unos determinados valores particulares y no otros.

Lo dicho nos lleva a la necesidad de subrayar el hecho de que las colectividades históricas son realidades que tienen leyes propias efectivas—sociológicas—que el legislador debe tener en cuenta. El legislador debe orientar su tarea hacia los valores ideales; pero su tarea tiene que realizarla en y con unos materiales sociales concretos, es decir, en y con unos hombres determinados, que poseen especiales características—caractersíticas biológicas, psicológicas, culturales—; que tienen unas ciertas necesidades y unas ciertas aptitudes; que viven en grupos sociales especialmente configurados. Todas esas realidades constituyen magnitudes efectivas con leyes propias, que pueden no resultar enteramente dóciles a los propósitos del legislador, que pueden no ser fácilmente moldeables por éste. Por lo tan-

to, la contextura especial de la realidad social y las leyes dinámicas de ésta tienen que ser tomadas en consideración por el legislador, y, en suma, por todo el que pretenda formular programas jurídicos. Pues de lo contrario se corre el inminente peligro que la obra del legislador o quede reducida a pura letra muerta, o produzca una catástrofe al chocar con una realidad que se le resista por su íntima contextura. Pero, además, debe tenerse en cuenta que esa realidad social concreta es algo vivo y no un conjunto de materiales inertes, Por lo cual el legislador—y, en suma, el proyectista de reformas jurídicas—debe proceder no en forma análoga a como trabaja el arquitecto o el ingeniero, sino de modo similar a como opera el médico y el higienista. El ingeniero o el arquitecto maneja materiales inertes, y con ellos, mientras tome en consideración sus leyes físico-químicas, puede tajar, combinar y construir a su albedrío. En cambio, el médico y el higienista trabajan con cuerpos vivos, que no pueden moldear como barro o tajar como sillares, a su albedrío, sino que lo más que pueden hacer es actuar sobre esos cuerpos para que en la biología los mismos se produzcan las reacciones que se apetecen. La labor del legislador—y en general la del político—debe asemejarse más a la del médico e higienista que a la del arquitecto, porque trabajan sobre algo vivo como son los hombres que componen una sociedad, la cual tiene también leyes propias de dinamismo; y, por tanto, en lugar de pretender construir una obra acabada y de perfiles tajantes, tiene que actuar sobre la realidad colectiva en aquella forma que facilite la producción de las reacciones que conduzcan a los resultados propuestos.

8. *La idea de la justicia y la valoración jurídica*

Ha sido tradicional ver en la justicia el valor jurídico por excelencia y principal. Hasta el punto de que, las más de las veces, el problema de la Estimativa Jurídica ha sido rotulado como investigación sobre la justicia. Y desde luego no vamos a rectificar ese papel presidencial que a la justicia corresponde en la Estimativa Jurídica; si bien veremos cómo un atento examen de la misma nos lanzará a la consideración de una serie de valores concretos, que necesariamente resultan implicados por la idea de la justicia, aunque no estén contenidos en ella.

Si repasamos la historia del pensamiento humano en todos sus períodos, respecto del tema de la justicia, advertiremos una gran

paradoja. De un lado caeremos en la cuenta, asombrados, de que este tema ha conservado una identidad radical a través de todas las escuelas: acaso en toda la historia del pensamiento científico y filosófico no haya otro tema en el que se haya conservado tal unanimidad esencial. Pero, de otra parte, la historia ofrece, en cuanto a los problemas de aplicación práctica de la idea de justicia, las más arduas controversias teóricas y las más sangrientas luchas políticas. Este contraste, en verdad azorante, nos hace sospechar, ya de momento, que los graves problemas de la Estimativa Jurídica no radican en la idea de justicia—sobre cuyo tema parece que reina fundamental coincidencia—sino en algo que está más allá de este tema, aunque relacionado con él. A saber, la dificultad, como se verá, estriba no en la idea de justicia, sino en una serie de supuestos, de referencias y de implicaciones que ella nos plantea. Y aquí es donde comienza y se desarrolla la discrepancia y la discusión.

Desde los pitagóricos, en la etapa de la filosofía presocrática, hasta nuestros días, se ha definido similarmente la idea de la justicia. Lo mismo en un sentido restringido—con especial referencia al Derecho—, que en una acepción lata, se ha entendido casi siempre la justicia como una armonía, como una igualdad proporcional, como una medida armónica de cambio y distribución. Los pitagóricos la conciben como una correspondencia o igualdad proporcional entre términos contrapuestos, la cual puede ser expresada en el número cuadrado. Para Platón, es la virtud fundamental de la que se derivan todas las demás; y consiste en una armonía entre los elementos constitutivos del Estado, por la cual cada uno de ellos (los gobernantes, los militares y los artesanos) debe hacer lo que le es propio, dedicarse a lo que le corresponde. Aristóteles entiende la justicia, en la más lata de las acepciones, como proporcionalidad de los actos (el justo medio entre el exceso y el defecto), que es el principio de toda virtud; en un sentido también general, pero aplicado a la vida del Estado, la justicia es la virtud suprema, esto es, la virtud ciudadana, la suma y compendio de las demás virtudes en cuanto se refieran a la comunidad y a los sujetos que la integran; y, en sentido estricto, consiste en una proporcionalidad de la distribución de honores, bienes y cargas, y en una equivalencia en el cambio (entre la prestación y la contraprestación y entre la transgresión y la pena). En Roma, Ulpiano la define como atribuir a cada uno su derecho, darle lo que le corresponda, su valor; Cicerón recoge parejos conceptos. Santo Tomás de Aquino dice que "es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, puesto que

implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice que se ajustan las cosas que se igualan y la igualdad es con otro"; y, después, añade que la justicia versa sobre las acciones exteriores y las cosas, conforme cierta razón especial del objeto: consiste en dar o atribuir a cada uno lo que es suyo, según una igualdad proporcional; entendiendo por suyo con relación a otro, todo aquello que le está subordinado o atribuído para sus fines. Y Francisco de Vitoria, comentando esta doctrina tomista, afirma que se llama justo a lo igual, y así se dice ya está justo, ya viene justo, o está ajustado, por igual viene. Y Domingo de Soto dice que la justicia hace igualdad entre el que debe y el otro a quien se le debe; y consiste en poner medio entre las cosas, por el cual se produzca igualdad entre los hombres. También Grocio la define como equivalencia o proporcionalidad en los cambios y en la distribución; y, de modo análogo la explica Pufendorf. Y similarmente Vico, quien así mismo distingue entre justicia conmutativa (*aequatrix*) y distributiva (*rectrix*): la primera es una igualdad aritmética entre términos iguales, y la segunda establece una proporcionalidad geométrica entre los términos desiguales, para la atribución de dignidades y funciones. Wolf explica la justicia como principio de igualdad aritmética. En Kant, la idea de igualdad se proyecta sobre la libertad, como igualdad en la libertad: "Libertad (independencia de la imposición del arbitrio ajeno) en cuanto puede coexistir con la libertad de cada cual, según una ley general"; la igualdad consiste, pues, en no ser ligado por otro sino en aquello para lo que uno se puede ligar recíprocamente. Fichte postula la plena igualdad de todos los miembros de la sociedad en el Estado, igualdad que debe ser producida y mantenida por éste. Fries considera la igualdad como el primer principio de la justicia. Lasson ve la esencia de la justicia en la forma de universalidad y en la carencia de contradicciones, por medio de la cual la razón reduce a armonía y unidad todas las diferencias y oposiciones. Para Stammler—según se ha visto ya—la justicia consiste en la idea formal de una armonía absoluta, según la cual debe ser ordenada la materia jurídica. Según Del Vecchio, la justicia exige que todo sujeto sea reconocido por los otros en aquello que vale y que cada uno le sea atribuído aquello que le corresponde.[105]

Es realmente impresionante la coincidencia del pensamiento sobre la justicia a lo largo de veinticinco siglos de historia de la Filosofía. Claro es que cada una de esas definiciones, a pesar de su radical semejanza, tiene en cada uno de los respectivos sistemas un especial alcance y peculiares consecuencias. Pero, a pesar de tales

diferencias de matiz, todos esos pensamientos sobre la justicia concuerdan en afirmar que ésta entraña en algún modo una igualdad, una proporcionalidad, una armonía.

Ahora bien, si efectivamente es así, como hemos visto, que ha habido una coincidencia de casi todos los pensadores en la definición de la justicia, es paradójico que haya tan diversos sistemas de Estimativa Jurídica—en lo teórico—y que la historia siga presentando las más apasionadas e incluso sangrientas luchas alrededor de este tema. Pero precisamente al plantear este contraste entre la identidad de las concepciones sobre la justicia de una parte, y las variedades y antagonismos en materia de ideales jurídicos, de otra parte, caemos en la cuenta de que la más grande dificultad que ofrece la Estimativa Jurídica no radica en cual sea la idea de la justicia, sino que tiene que estar en alguna otra parte. Todas las diferencias en materia de Estimativa Jurídica, todos los conflictos en torno al Derecho que debe ser, todas las luchas políticas, se dan—a pesar de que se concuerde en la definición de la justicia—porque la mera idea de la igualdad o proporcionalidad no nos suministra el criterio de medida, es decir, no nos da el principio para apreciar y promover esa igualdad proporcional o armónica: no nos enseña cual sea el punto de vista, desde el cual se debe atender a la igualación. Y según cuáles sean esos criterios de medida o apreciación, así serán correspondientemente las concepciones del ideal jurídico o del programa de Derecho justo. Efectivamente, esa igualdad es una pura idea formal, que postula o supone el empleo de criterios de medida, según los cuales deba determinarse la igualdad. No basta decir igualdad; hay que preguntar: ¿igualdad en qué? ¿igualdad desde qué punto de vista y cómo? Así, pues, el problema capital que plantea la justicia no consiste en descubrir el perfil formal de su idea, sino en averiguar las medidas de estimación que ella supone o implica. Y esos criterios de medida, esos puntos de vista de estimación para determinar la igualación proporcional, trascienden de la idea de la justicia. Y esto que es tan obvio y tan claro había pasado inadvertido para casi todos los que filosofaron sobre el Derecho. Por eso creo que, cuando señalo ahora la entraña del problema, ofrezco con ello la posibilidad de que la Estimativa Jurídica de un considerable avance en el futuro.

Para calibrar mejor el alcance de lo que digo, adviértase que los conceptos "igualdad", "proporcionalidad" y "armonía", no son empleados como expresión de algo que sea, como enunciativos de relaciones reales, sino como criterios normativos, como pauta para

una tarea a realizar. Se trata de promover una igualdad o proporcionalidad entre hombres; y no entre hombres abstractamente considerados, sino entre hombres concretos, insertos en el complicadísimo entresijo de sus relaciones y actividades sociales. Y para esas relaciones entran en cuestión todas las diversidades procedentes no sólo de las concretas diferencias entre los individuos, sino también de las diversas situaciones en que se encuentran. Y se trata, como he expresado no de enunciar una situación de igualdad existente en realidad desde algún punto de vista, sino de promover esa igualdad en la tarea de la organización de las relaciones sociales, desde el punto de vista normativo de unos valores. Se trata de algo que se estima como *debiendo* ser, de algo que debe hacerse. En este sentido, se ofrece como una tarea de igualar porporcionalmente, de equiparar los términos de las relaciones sociales. Ahora bien, esos términos son desiguales; y, es precisamente por esto que se exige que sean igualados, que en algún respecto queden equiparados, vinculados proporcionalmente, armónicamente.

Un ejemplo aclarará el pensamiento que estoy exponiendo. Fijémonos en una humilde relación de cambio, que fué precisamente la que tuvieron a la vista los primeros pensadores que reflexionaron sobre la justicia. Lo mismo los pitagóricos que Aristóteles—y tantos otros—decían que la justicia exige que en un contrato bilateral de cambio el uno reciba del otro tanto como él le entregue. Pero adviértase que esa igualdad entre lo que se da y lo que se recibe no puede ser una identidad plena. Es decir, si tomásemos esa igualdad como identidad, ello supondría que quien da una libra de trigo debe recibir otra libra de trigo; que quien presta a otro el servicio de desollar un buey reciba, de aquél, el mismo servicio. Ahora bien, es evidente que tal cosa no tiene ningún sentido; por su carencia de todo motivo y finalidad disuelve el sentido de la relación. Por consiguiente, no se trata de recibir lo mismo, lo idéntico, sino algo diferente, que, en algún modo corresponda a lo que se entrega, que lo compense desde algún punto de vista. Es decir, se trata de recibir no lo mismo sino algo *equivalente*, algo que, siendo diverso valga en algún respecto lo mismo, precisamente en el respecto que debe venir en cuestión. Mas para medir la magnitud de valor de una cosa en relación con otra diferente, hace falta una unidad de medida, es decir, hace falta un criterio a cuya luz se pueda homogeneizar la estimación de dos cosas heterogéneas. Y, entonces, la igualdad consistirá en que esas dos cosas o esos dos servicios, que se cambian, encarnen, a pesar de su diversidad, una magnitud pareja

de valor, es decir, que sean equivalentes. Así, pues, este análisis evidencia que el centro de gravedad de la cuestión se desplaza desde la justicia—como idea de igualdad—al problema sobre el criterio de estimación. Lo que importa es saber cuál deba ser el criterio para establecer la equivalencia; esto es, saber de qué medida nos hemos de servir para medir la igualdad. Se propondrá tal vez, como solución al ejemplo presentado, la medida del valor económico. Admitamos provisionalmente esa respuesta, aunque con algunas reservas. Con algunas reservas, porque el concepto de valor económico no es unívoco en la ciencia de la economía; además, porque no se trata aquí de una mera relación económica, sino que ésta se nos ofrece como debiendo ser sometida a una norma de estimación jurídica. Y así ocurrirá probablemente que—salvo en una concepción fisiocrática—el valor económico no vendrá determinado solamente por el libre juego de meros factores económicos, sino también por criterios de estimación ética, política, etc. Por otro lado, se impone también muchas reservas, si pensamos que la expresión "valor económico", lejos de constituir un concepto claro, enuncia una multitud de graves problemas. Y, así, la ciencia de la economía ha discutido sobre el criterio determinante del valor económico: si es la utilidad objetiva, si es la utilidad subjetiva simple, si es la utilidad subjetiva final o marginal; si es el trabajo acumulado, o bien el trabajo que se requiera para la producción de otro objeto igual, etc.; si en el trabajo hay que evaluar tan solo su cantidad temporal, o además también su calidad.

Pasemos revista, muy sucintamente, a algunos de esos problemas, no para resolverlos aquí, sino tan solo para que el lector se de cuenta de la complejidad de los mismos. Y nótese que esta complejidad se da en referencia al ejemplo más sencillo que hemos podido elegir; y que, por tanto, tal complejidad será mucho mayor al enfocar relaciones jurídicas más ricas en elementos. El criterio de utilidad, como supuesta base del valor económico, entraña múltiples problemas. El valor utilidad tiene una doble estructura relacional. Aunque los valores tengan una validez en sí, los hay que en su misma contextura ideal poseen una dimensión relacional. Así, el valor utilidad entraña una validez en sí, pero instrumental, es decir, *para algo*. Y todavía se da en él una segunda estructura o dirección relacional: valen para algo, pero además *para alguien*, es decir, con referencia a tal o cual persona. Pensemos en cualquier objeto útil: en él radica la calificación de utilidad, porque coincide con la estructura ideal de ese valor; pero esa utilidad—por la misma esencia

del valor—es una utilidad para algo; y se da el valor con entera independencia de que yo sienta o no apetencia de ese algo—un abrigo es una cosa útil aunque en país cálido no precise de él—. Pero el valor utilidad, además de esa relacionabilidad objetiva que consiste en *servir para algo,* tiene también una segunda relacionabilidad esencial, a saber, con un sujeto, con el sujeto que precise de ese algo: sirve para algo, pero además *para alguien.* Ahora bien, ocurre que económicamente vale tanto más, cuanto más urgente e intensa sea la necesidad. Pero en el campo de la evaluación económica surgen otros problemas, por aparecer en juego nuevos factores; así, por ejemplo: una cosa útil objetivamente para algo y subjetivamente para alguien no tendrá económicamente precio (en el cambio) si se da en gran abundancia, como ocurre con el agua a orillas de un río. Bueno, pero sucede que los puntos de vista de utilidad con todas sus complicaciones parece que no resultan suficientes para la determinación del valor económico; pues ya desde antiguo notaron los economistas que enfrente de ese criterio de utilidad o en interferencia con él se da el de evaluación por el volumen de trabajo inserto en la cosa. Pero entonces surgen las preguntas: ¿desde qué punto de vista se debe mensurar el volumen del trabajo? ¿Atendiendo al trabajo realmente acumulado en la producción de ese bien o atendiendo al volumen de trabajo qué habría falta para reproducirlo? Pero hay además otras preguntas: ¿Habrá que fijarse tan solo en la cantidad temporal de trabajo, o se deberá hacer además diferencias en cuanto a la calidad y rango del trabajo? Y, en este último caso ¿cuál deberá ser la pauta para establecer los diversos rangos de trabajo? Estos problemas habrían de ser resueltos por consideraciones fundadas en la filosofía de los valores, en tanto que ésta estudia las relaciones de jerarquía entre ellos y además sus modos de relacionarse con los sujetos en sus situaciones reales concretas. Pero surgen, además, todavía otras complicaciones, que hacen referencia a otros criterios. Así, por ejemplo, vienen en cuestión también valores biológicos (salud) y valores éticos. No tendrán el mismo valor económico—en un contrato bilateral—el trabajo holgado y sano que el insalubre. En ese caso, la medida para establecer la igualdad que la justicia impone entre prestación (trabajo) y contraprestación (salario) no debe ser la magnitud cuantitativa de labor (prescindamos del rango en este ejemplo, refiriéndonos a trabajos manuales parejos). Aquí precisa tener en cuenta otros criterios estimativos: el valor de la salud humana y el valor ético de la persona que es sujeto de esa vitalidad orgánica. ¿Por qué tomamos en consideración la salud?

Porque la salud representa un bien biológico en unos seres que tienen una dignidad moral. Así mismo, se podría decir algo parejo respecto de todas las consideraciones que suscita el problema del justo salario (atendiendo a la personalidad moral del obrero, a sus necesidades materiales y espirituales, a sus deberes familiares, etc., etc.) Adviértase, pues, como una relación jurídica de trueque, en apariencia tan sencilla y humilde, da lugar a complicadísimos enjambres de valoraciones heterogéneas.

Se nos ha revelado cómo en los términos, entre los cuales se trata de establecer una justa equivalencia, se insertan densos y complicados manojos de estimaciones, fundadas cada una de ellas en valores distintos y de desigual rango. La igualdad que la justicia exige consistiría en que, calculadas en su debida combinación las diversas valoraciones que afectan a uno de los términos de la relación, resultase que en el otro término se diera una pareja magnitud total de estimación. Habría que desarrollar algo que metafóricamente podríamos llamar un álgebra de las estimaciones, gracias a la cual pudiésemos conseguir criterios certeros de mensura, para llegar a apreciar la suma de valoraciones en combinación, que encarna en cada uno de los términos de la relación. Y digo la suma en combinación, porque puede ocurrir que la estimación fundada en un valor superior anule las consecuencias de otras estimaciones basadas en valores inferiores.

Se ha puesto, pues, de manifiesto que lo importante de la Estimativa Jurídica no consiste en descubrir que la justicia exige una igualdad o proporcionalidad, sino en averiguar cuales sean los criterios de valor que deban ser tenidos en cuenta para promover la equivalencia o la armonía entre los términos de una relación jurídica. De tal manera, que la idea de la justicia nos abre la puerta a un paisaje filosófico mucho más hondo, más rico y más complicado, a saber: el campo de la valoración jurídica. No basta con saber que los términos de una relación deben igualarse o armonizarse; lo fundamental y más importante consiste en averiguar los criterios de valor que deban ser tenidos en cuenta para establecer normativamente esa equivalencia o proporcionalidad.

Cierto que la justicia es también un valor. Pero su propia índole consiste en un criterio formal que determina que al dar y al tomar, al prestar y al recibir, en el tráfico jurídico, se guarden fielmente las estructuras de rango que objetivamente se dan entre los valores que vienen en cuestión para el Derecho. O dicho con otras palabras: la justicia exige que la realización de los valores sociales

—que puedan ser contenido de normas jurídicas—guarden la armónica proporción que requieren las relaciones objetivas de rango entre éstos y el resultado de sus interferencias. Una relación jurídica implica una situación participante de una multitud de valores, que tienen que ver con el Derecho; y la justicia exige que la norma jurídica regule esta situación, de tal manera que entre las concreciones de valores encarnados en cada uno de los términos de la relación se de la proporcionalidad que existe objetivamente entre esos valores. No basta, pues, con poseer el conocimiento de la idea de justicia; es preciso además, aprender los valores por ella concitados en el terreno jurídico.

Llegados a este punto, la primera tarea que se ofrece a la Estimativa Jurídica—y que habrá de realizar en su próximo futuro—.[106] es la de determinar cuales son los valores que importan al Derecho y descartar aquellos otros que no vienen en cuestión para él. Porque, como veremos, ocurre que no todos los valores determinan un *deber ser* para el Derecho. Así, por ejemplo, los valores religiosos, los pura y estrictamente morales, los estéticos, serán irrelevantes para la Estimativa Jurídica; ya que en una relación jurídica, no debe interesar ni venir en cuestión la santidad de la persona, ni tampoco que el deudor al pagar su débito lo haga con pureza de intención y buena voluntad—cumpliendo con ello el deber impuesto por un valor moral—, etc., etc. Pero, en cambio, hay una serie de valores de diversa especie que fundan un deber ser para el Derecho, por ejemplo: la dimensión ética de la personalidad, la libertad, la seguridad, la paz social, la solidaridad, la utilidad común en sus múltiples formas (cultura, prosperidad económica, sanidad, etc.) Estos valores—y otros muchos—constituyen puntos de vista normativos ideales para el Derecho.

Esto se verá más claramente todavía, si se refiere a algún ejemplo de las relaciones llamadas tradicionalmente de justicia distributiva. El examen de esas relaciones llevará a la misma conclusión que aportó el estudio de las relaciones llamadas de justicia conmutativa (esto es, de la que se debe dar en los cambios). Se ha denominado justicia distributiva aquella versión de la justicia que debe cumplirse al repartir funciones, beneficios y cargas públicas, y, en general, al organizar la estructura del Estado. Sobre la justicia distributiva dice Aristóteles[107] que ésta exige que en los repartos las personas iguales reciban porciones iguales y las desiguales porciones desiguales, según su respectiva dignidad y merecimiento. Por eso, la justicia distributiva implica al menos cuatro miembros a relacio-

nar; y se expresa en una proporción geométrica. La proporción es la igualdad entre las relaciones: a: b=c: d. Miguel Efesio, el comentarista de Aristótoles, glosa esta teoría con el siguiente ejemplo: Si consideramos a Aquiles doblemente merecedor que a Aiax y damos al primero seis monedas, deberemos dar tres al segundo, lo cual se puede expresar en la siguiente proporción: Aquiles que vale 8 es a Aiax que vale 4, como 6 monedas para Aquiles son a 3 monedas para Aiax. La relación entre lo que se da a Aquiles y lo que se da a Aaix es la misma que media entre los merecimientos del uno y los del otro, a saber, el doble. Esto es muy sencillo, perfectamente comprensible y está fuera de toda discusión. Pero el problema importante no radica en ésto, sino en saber el punto de vista para apreciar el diverso merecimiento de los sujetos. En suma, lo importante es conocer el criterio para la estimación jurídica. ¿Cuál será la base para medir el valor de cada sujeto, al efecto de la distribución de ventajas y cargas públicas? ¿En qué consiste la regla de medida mediante la cual se determina la diferencia de valor entre Aquiles y Aiax? ¿Será porque Aquiles sea más corpulento y pese el doble de lo que pesa Aiax? Claro es que esta hipótesis se nos antoja grotesca y la desechamos; como desechamos también que los criterios puedan ser el vigor físico, la estatura, o cualquier otro similar. ¿Será la belleza física? Parece que tampoco sea admisible tal supuesto. Pasemos a examinar otros puntos de vista muy distantes de esos que hemos rechazado de plano. Si no vienen en cuestión los mencionados criterios, ¿habremos de atender a los supremos valores, por ejemplo, a la santidad? ¿Será porque Aquiles es doblemente santo que Aiax? Tampoco: resulta que la santidad, supremo valor, es por entero irrelevante para el Derecho. ¿Consistirá en un puro valor moral, como por ejemplo la pureza de intención? Parece que este valor no afecta a la mayor parte de relaciones jurídicas. Pero, en cambio, no podemos decir que todos los valores éticos sean irrelevantes para el Derecho, pues muchos de ellos crean un deber ser para las normas jurídicas, tales como aquellos que fundan la dignidad moral del hombre, su libertad, la paridad en las relaciones, etc., etc. Para determinadas funciones habrán de ser tenidas en cuenta otras calidades, como la honradez, la laboriosidad, la capacidad intelectual, los servicios prestados, e incluso tal vez el vigor físico (como por ejemplo ocurría para proveer destinos de gendarme). ¿Cuáles son los criterios que pueden venir en cuestión y cuáles no? ¿En qué caso se aplicarán unos y en qué caso otros?

Por consiguiente el primer tema que tendrá que resolver la

Estimativa Jurídica, en su futuro desarrollo, es el de saber cuáles son los valores que pueden y deben venir en cuestión para la ordenación jurídica, y en que caso deberán ser determinantes los unos o los otros. Parece que deberán intervenir valores éticos (los que fundan los principios de la dignidad, de la libertad y de la paridad); que en algunas ocasiones deberán además ser tenidos en cuenta también otros valores éticos; que en otras ocasiones habrá que considerar los puntos de vista fundados en valores intelectuales, técnicos, económicos, utilitarios, estéticos, cuando por ejemplo se trate de que el Estado promueva la educación, la sanidad, la prosperidad económica, etc. Pero se deberá determinar desde qué punto de vista, en qué y de qué manera, dichos valores puedan ser tomados como criterios inspiradores de las normas jurídicas. Se habrá de determinar, además, las leyes de jerarquía entre las diversas especies de valores, para su combinación e interferencia en la regulación jurídica: cuándo deberán prevalecer los unos y cuándo los otros y cómo articularse entre sí.

Así, pues, se ve con toda claridad que también cualquier relación distributiva nos pone de manifiesto que el problema de la justicia no se agota con decir que se debe proceder a un reparto proporcional, sino que lo importante es determinar los criterios de valoración, que deban ser tomados en cuenta para establecer dicha proporcionalidad.

No es, pues, un desacierto definir la justicia como armonía; pero se debe entender que esa armonía, que se pide para la regulación jurídica, debe estar basada en la auténtica y objetiva armonía que guardan entre sí los valores que pueden venir en cuestión para el Derecho. Se trata de realizar no éste o aquél valor, de una manera aislada, sino en articulación con los demás, que den lugar a un deber ser jurídico, de suerte que en el ordenamiento jurídico se refleje una silueta análoga a la estructura que guardan los valores orientadores del Derecho.

Algo análogo puede decirse respecto de los ensayos de definir la justicia como atribución a cada uno de lo que es suyo; ya que con esto lo único que se hace es brincar a otro problema más hondo, a saber, a la cuestión sobre los criterios para determinar lo que debe considerarse como suyo de cada cual. Y esta fijación de lo suyo de cada cual debe venir determinada por la participación de las situaciones jurídicas en los complejos de valores que tengan dimensión orientadora para el Derecho.

Con lo expuesto, he justificado la necesidad de elaborar una

Estimativa Jurídica, inspirada en la doctrina de los valores. Sus tareas principales serían: En primer lugar determinar los valores supremos que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables a todo caso y situación. En segundo lugar, averiguar que otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho, en que casos, bajo que condiciones, y en que relación con los primeros. En tercer lugar, inquirir las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada uno de los tipos de situaciones sociales. En cuarto lugar, estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos. Y, además, una serie de cuestiones solidarias o adyacentes de las mencionadas. Este es el programa que esbozo para las futuras tareas de la Estimativa Jurídica. Creo haber conseguido algo con haber logrado una claridad de ideas sobre este tema, que hasta ahora había sido desconocida.[108]

Uno de los temas que constituye el fundamento o raíz esencial de toda valoración jurídica es el del valor de la persona humana para el Derecho. Paso a examinarlo a continuación.

9. La valoración de la persona humana para el Derecho

Se trata de saber cual deba ser el supremo principio ideal orientador del Derecho (y, por consiguiente, el supremo fin del Estado). Se trata de saber, en suma, si el Derecho, ni más ni menos que todas las demás tareas y cosas que el hombre hace y desarrolla en su vida, tiene tan solo sentido y justificación en la medida en que representa un medio para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona individual—que es la única genuina que existe—. O si, por el contrario, el Derecho (y el Estado) sería un fin en sí, independientemente de los hombres reales individuales de carne y hueso (y con alma propia y exclusiva cada uno), los cuales funcionarían tan solo como meros medios o instrumentos para la realización de ese fin transpersonal, que encarnaría en el Estado. O dicho con otras palabras, se trata de saber: si el Derecho y el Estado son para el hombre, o si, por el contrario el hombre es para el Derecho y el Estado. Se trata de decidir entre esas dos posturas antitéticas e inconciliables, que acabo de esbozar, y que han sido llamadas respectivamente personalismo y transpersonalismo. Y esta cuestión se inserta en otra de mayor volumen y alcance: la de la valoración de la cultura y de la sociedad en relación con el hombre, (se entiende, con el

único hombre que conocemos, que es el hombre individual). Según el *personalismo,* (que yo preferiría denominar *humanismo*), la cultura y la colectividad deben converger hacia el hombre y tomarle como substrato, pues sólo así tienen sentido y estarán justificadas; deben convertirse en condiciones o en medios para elevar al hombre a los valores. Según el *transpersonalismo* o *totalismo,* por el contrario, el hombre sería un mero instrumento para que se produjesen obras de cultura con substrato objetivo—ciencia, arte, técnica, etc.—o para el engrandecimiento y poder de la colectividad; el hombre quedaría degradado a pura masa o pasta al servicio de unas supuestas funciones objetivas a realizar en el poder, en la gloria estatal, en la raza, en la cultura, es decir en magnitudes transpersonales.

En definitiva, éste es el tema sobre el rango o jerarquía de los valores que el hombre debe realizar en su vida. Trátase de averiguar cual sea para la vida humana la jerarquía entre los diversos valores, en relación con los substratos en que encarnan. Esto es, trátase de saber si en la vida humana los valores supremos son aquellos que sólo en la persona espiritual pueden encarnar, de suerte que a ellos se subordinen todos los demás; o si, por el contrario, son superiores en rango los valores que plasman en las obras objetivadas de la actividad humana, de suerte que los valores que sólo anidan en la persona ética individual estarían subordinados a aquellos, como medios o instrumentos. Si se entiende que el auténtico substrato de los valores es el hombre, que la cultura se basa en él y es para él, entonces los valores realizados en el individuo, en tanto que tal, serán los supremos; y todos los demás valores, en cuanto a su realización, quedarán al servicio del individuo, por ser éste la sede en que pueden encarnar los de rango supremo. Y de esta suerte, las obras todas de la cultura (Ciencia y Arte, Derecho y Estado, Patria y Sociedad, Técnica y Economía, etc.) representarán bienes inferiores en rango a aquellos que plasman en la conciencia individual, y tendrán sentido tan solo como medios o instrumentos puestos al servicio del hombre. Mas si por el contrario se entendiera que el substrato de realización de los valores superiores no es la conciencia individual, sino que es una obra objetiva transpersonal, entonces el hombre representaría un mero medio o instrumento para que se produjesen dichos objetos valiosos (obras de cultura, Estados poderosos, etc.); de manera que según esa posición transpersonalista podría decirse, por ejemplo, que el coliseo romano está bien pagado con la miseria y penalidades de millares de esclavos; y que el sacrificio del soldado

sería meramente el precio que paga el Estado por los beneficios que le reporta.

Según el *personalismo* o *humanismo,* el Estado (y por consiguiente el Derecho)—lo mismo que la ciencia, la técnica, el arte, etc.—tendrá sentido como un medio puesto al servicio de la personalidad humana (de las personalidades humanas individuales, que son las únicas auténticas), como un instrumento para la realización de los fines de ésta, como un alimento para el espíritu de los hombres (individuales), para que en él puedan encarnar los valores que le están destinados. Lo cual podría expresarse, parafraseando unas palabras bíblicas relativas al sábado: "el Estado por causa del hombre fué hecho" y no viceversa. No es que la tesis personalista niegue que en la cultura, en el Derecho y la colectividad, encarnen valores muy importantes; sino que lo que sostiene sencillamente es que esos valores que plasman en la cultura y en el Estado, aun siendo de mucha elevación, son inferiores a los valores que se realizan en la conciencia individual.

Por el contrario, el *transpersonalismo* afirma que en el hombre encarna valores tan solo en cuanto es parte del Estado o vehículo de los productos objetivados de la cultura; es decir, que el hombre individual, en tanto que tal, carece de una dignidad propia, y que tan solo viene en cuestión valorativamente cuando sirva de modo efectivo a unos fines transpersonales del Estado (gloria, poder, conquista, etc.) o de las obras objetivadas de la cultura. El transpersonalismo puede adoptar dos formas, según que coloque en el pináculo de la jerarquía a los valores que encarnan en las obras objetivas de cultura (forma culturalista, según la cual no sólo la persona individual sino también la sociedad quedarían subordinadas a esos valores); o que entronice, como supremos, los valores que residen en Estado (transpersonalismo político).[109]

Será preciso insistir todavía algo más en la caracterización de cada una de esas dos posturas antitéticas e inconciliables.

Para el transpersonalismo político, que considera como supremos los valores que se realizan en la colectividad, resulta que el individuo aparece como un mero producto efímero de escasa o nula importancia. Un sinnúmero de individuos vienen a nutrir las filas de la colectividad y después desaparecen de ella; y están en ella tan solo para ser soportes y agentes de una supuesta vida superior de la "totalidad"; de manera que desde el punto de vista de los valores, el individuo no viene en cuestión, pues es considerado únicamente como materia de las formaciones colectivas superiores. Según la te-

sis transpersonalista, tendrían importancia tan sólo los fines de la colectividad y el proceso de ésta; y el individuo únicamente adquiriría valor en la medida en que sirviera a ese proceso y a los fines de la "totalidad". Se ha llegado a decir, por la concepción transpersonalista, que la colectividad debe tolerar tan solo a aquellos individuos cuya conducta se ajusta totalmente a los fines de ella, debiendo destruir a los disidentes y a los inservibles (que es lo que hacen por ejemplo los Estados totalitarios—bolchevismo, fascismo, nacional-socialismo—). Esta concepción inhumana ha tratado algunas veces de buscar apoyo en una vieja teoría metafísica o más bien mística, según la cual la división de la humanidad en seres individuales sería algo secundario y la individualización representaría un estadio imperfecto, de manera que el destino superior del hombre consistiría en retornar a la substancia común, mediante su entera consagración a la totalidad.

Frente a esa concepción transpersonalista, propia de tiempos primitivos—y reverdecida hoy en los procesos de desindividualización de los Estados totalitarios (en la URSS., en Italia, en Alemania, etc.), se ha opuesto la conciencia madura del individuo, fundándose en esta sencilla y evidente consideración: ¿cómo puede consagrarse el individuo a fines que no son suyos? Para que los fines de la colectividad tengan sentido legítimo ante el individuo, será preciso que, por lo menos, sean también a la vez fines suyos de él. Tan solo el individuo es capaz de proponerse fines y de actuar para realizarlos, porque tan solo él tiene conciencia. La colectividad debe respetar los fines del individuo; y debe estar formada de tal suerte que ella sea un medio para dichos fines individuales. El individuo con sus fines debe ser afirmado en la colectividad; pues, de lo contrario, él no podría afirmar la colectividad. La colectividad se da por razón y motivo de los individuos; no puede ni debe ser nada más que el *modus vivendi* de los individuos. La colectividad es algo que necesita indispensablemente el individuo para su propia vida. Sin una vida propia de los individuos, en la que encarnen los valores éticos de la personalidad—que son los supremos—la colectividad carece de sentido y de justificación. La colectividad es un instrumento, es un aparato para el individuo. La colectividad no vive, en el puro y auténtico sentido de esta palabra; sino que quienes viven son los individuos. Y éstos necesitan, para su vida propia, la colectividad, la cual debe funcionar como un instrumento o aparato destinado tan solo a facilitar a los hombres el desarrollo de su existencia individual y su perfeccionamiento.

BIBLIOTECA DEL COLEGIO DE MEXICO

Para orientarse certeramente en materia de Estimativa Jurídica—y por tanto de Filosofía política—urge cobrar clara conciencia de que la oposición primaria, radical e irreductible es la que media inzanjablemente entre personalismo y transpersonalismo. Las demás oposiciones—por ejemplo la que se de entre individualismo y socialismo—son secundarias y no radicales. Pues el individualismo y el socialismo (humanista) coinciden ambos en un fondo personalista, a saber: en considerar que el Estado y el Derecho deben estar al servicio de los valores del hombre; y divergen tan solo en cuanto a los medios que estiman conducentes para la realización de ese fin.

El individualismo liberal cree que el Estado servirá tanto mejor a la personalidad humana, cuanto mayor sea el volumen de libre actividad que la conceda, limitándose a garantizarla mediante una eficaz protección; y estima que el espontáneo juego de las iniciativas particulares es la óptima fuente de solidaridad social. El socialismo no materialista, esto es, como programa de justicia,[110] pretende cabalmente el mismo fin que la escuela liberal: servir al mayor bien de todos los individuos. Pero cree que ésto tan solo es posible lograrlo atribuyendo al Estado amplias facultades, para organizar con la máxima minuciosidad la cooperación social y sobre todo la economía. La mayoría de los programas auténticamente socialistas (excluyendo naturalmente al bolchevismo, que es algo por entero diferente) no endiosan al Estado, no lo convierten en fin de las humanas actividades, sino que lo que pretenden es hacer mejores y más felices a los hombres, ni más ni menos que el liberalismo, bien que valiéndose de otros medios; pues los programas socialistas creen que tal fin lejos de poder ser logrado merced al libre entrelace de las iniciativas espontáneas, tan solo puede conseguirse mediante una regulación jurídica taxativa de las actividades económicas. De manera que, en el fondo, los idearios socialistas—no materialistas—son también humanistas y no estatólatras, pues aspiran a que los hombres sean más cultos, se alimenten mejor, y, en suma, a que eleven su nivel de vida espiritual y material; para obtener lo cual entienden que es preciso renunciar a un sector bastante grande de libertad personal, cediéndosela al Estado, a fin de que éste organice el consorcio social. Pero en el socialismo humanista se conserva el respeto a las libertades íntimas (conciencia, pensamiento) y a la autodeterminación personal. También son personalistas o humanistas todas las posturas intermedias entre el individualismo liberal y el socialismo, tales como por ejemplo, los múltiples programas llamados intervencionistas. Estos, sin aspirar de modo alguno a la estatificación de la economía, sos-

tienen que el Estado no puede cruzarse de brazos ante las consecuencias de la explotación inhumana y de la desorganización económica, a que dió lugar el liberalismo a ultranza de la escuela de Manchester. Son, propiamente, programas que conservan del liberalismo lo que este tiene de valor perenne y supremo, a saber: el respeto máximo a la conciencia individual y a la autonomía personal; pero tratan a la vez de crear condiciones de libertad colectiva que impidan que alguien se aproveche de su situación de ventaja en perjuicio de la situación de desventaja de otros; y admiten que, para esta defensa, así como también para asegurar un mayor bien común, el Estado intervenga en la organización, control y garantía de una serie de actividades, que antes eran de la libre iniciativa individual y social; pero sin anular la espontaneidad individual, que es siempre la fuente de toda creación y progreso.

Entre todas esas doctrinas aludidas en el párrafo anterior cabe la comunicación: es posible establecer un contacto entre ellas, porque a pesar de sus grandes divergencias, tienen una común inspiración personalista o humanista.

Pero, por el contrario, es de todo punto imposible ninguna conciliación ni compromiso entre el personalismo y el transpersonalismo. Son expresiones del transpersonalismo los idearios ultraconservadores, los romántico-tradicionalistas, los nacionalismos exaltados, el militarismo, el bolchevismo, el fascismo, el nacional-socialismo, etc. En todos esos programas y concreciones políticas, la personalidad humana auténtica, es decir, la individual, es sacrificada feroz y cruelmente a un misticismo exaltador de la colectividad como un valor supremo, en sí y por sí, con independencia de los hombres que la componen. El transpersonalismo tiende a representar el Estado como un organismo, cuyas partes carecen de individualidad y representan tan solo ingredientes puestos al servicio del todo, del cual reciben cuanto sentido posean.[111] Para el transpersonalismo, el individuo vale no en tanto que individuo, sino únicamente en la medida en que se desindividualiza, en que participa en la totalidad. El hombre queda degradado a pura alfalfa para alimentar al monstruo estatal, a mera carne de cañón. El transpersonalismo considera al hombre como portador de una razón transpersonal, que encarna en la colectividad y en su proceso histórico. Esta es en definitiva la idea que preside el pensamiento político hegeliano; que late en el conservadurismo a ultranza—que ve en la existencia real y concreta del Estado el supremo valor y tiende a divinizarla, creyendo que su historia se halla regida por una razón

inmanente—. Y considera que la historia se perfecciona no hacia a la fraternidad universal, sino hacia una diferenciación cada vez mayor. Y busca como supremo fin la máxima acumulación de poder en el Estado, no sólo para servir a las necesidades de la tutela del Derecho, sino como un fin en sí mismo; y, por ende, predica la guera como una necesidad de autoafirmación de los Estados. Y sobre todo aniquila a la personalidad individual, a la que niega toda dignidad; y por lo tanto toda libertad; y así propugna intenta la igualación de todos en un pensamiento estatal, que es impuesto violentamente. Lo cual se ve con toda claridad en las formas brutales que el transpersonalismo ha adoptado en los Estados totalitarios contemporáneos, a saber, en el bolchevismo, en el nacionalsocialismo, en el fascismo y en sus análogos—sistemas que pretenden que todos sigan una misma línea, que se produzca una igualación u homogeneización de las conciencias, impuesta coercitivamente, y que, por tanto, destruyen la individualidad humana—.

10. Fundamentación del personalismo o humanismo

Al plantear el problema de la valoración de la persona humana, he hecho ya algo más que exponer las dos doctrinas antitéticas, el personalismo (o humanismo) y el transpersonalismo (o totalismo); pues he indicado, además, algunas ideas fundamentales que justifican la primera orientación y que muestran el error esencial de la segunda. Pero convendrá completar lo ya esbozado con una fundamentación rigorosa del personalismo o humanismo.

Aunque el idealismo haya sido superado—como ya expuse en el capítulo primero de este libro—se conserva como verdad firme que mi conciencia constituye el centro, soporte y testimonio de todas las demás realidades. La conciencia es ineludible y necesariamente el centro nato del universo; puesto que la visión o concepción de éste se articula en una perspectiva que converge de modo forzoso en mi pupila mental que lo contempla. La perspectiva creada por la individualidad es ineludible y necesaria; constituye uno de los componentes de la realidad. El universo es mi universo; y yo—y así cada uno— no puedo referirme sino a mi universo. El mundo aparece necesariamente como un correlato del yo, como mi mundo. Y si desaparezco yo, conmigo desaparece también el mundo, mi mundo. Pero es que mi mundo es el único que para mí existe. Se dirá tal vez, ingenuamente, que el mundo seguirá para los demás después que

yo haya desaparecido; pero en esta expresión, que a primera vista puede parecer discreta, se encubre una gran superchería; pues el mundo que seguirá es el de los demás, pero como quien habla soy yo, resulta que al desaparecer yo desaparece el único mundo al cual puedo yo referirme auténticamente. Por otra parte, adviértase que los demás para mí son una parte del mundo, es decir, de mi mundo; y si este mundo mío desaparece, con él se van también todos sus ingredientes, entre los cuales figuran los demás (cada cual con su respectivo mundo). Se dirá tal vez, que yo puedo por construcción intelectual llegar a concluir que el mundo es algo en sí, independientemente de mí—por lo menos hasta cierto punto—; y admito desde luego que esta afirmación es correcta; pero ocurre que esta afirmación es una teoría que yo he fabricado, y, por tanto, una parte de mi mundo. O dicho con otras palabras, el pensamiento que yo pueda tener de un mundo objetivo e independiente de mí, en sí, es uno de los ingredientes de mi mundo. Y, por tanto, al desaparecer yo, y conmigo mi mundo, desaparece también la imagen que yo me había formado de un mundo independiente, la cual imagen era uno de los ingredientes de mi mundo.

Ya he expuesto—en el capítulo primero—que la vida, (la vida individual, mi vida) constituye la realidad primaria y radical, como compresencia e inescindible correlación entre el yo y el mundo, entre el sujeto y los objetos. Cierto que la teoría metafísica de la vida[112] no es subjetivismo, ni idealismo—como tampoco es realismo—. Y no es subjetivismo ni idialismo, porque precisamente descubre que la vida es compresencia o coexistencia del yo y de los objetos. Vivir es ocuparse de un mundo en el que yo me encuentro necesariamente; nos encontramos el uno con el otro, el otro con el uno, forzosamente juntos, en inexorable compañía. Así, mi vida requiere de estos dos ingredientes esenciales: el mundo y yo somos como gemelos inseparables. Pero los objetos del mundo, lo mismo que yo, se dan en la realidad de mi vida, que es la realidad indubitable, y que es también la realidad que sustenta y condiciona a todas las demás realidades.

Ahora bien, si todo aquello que esté más allá de mí, tan solo en mi vida obtiene expresión; si todas las demás cosas dependen de mí—aunque es también cierto que yo dependo de ellas—; si todas las demás cosas se dan tan solo en la realidad de mi vida; resulta patente que a mi vida corresponde el primado en una concepción del universo. Y de ello se sigue necesariamnte que la realización de los valores tan solo tiene sentido en mi vida, que es vida individual.

La llamada cultura—religión, filosofía, ciencia, arte, moral, derecho, estado, economía, técnica, etc.—, es un conjunto de cosas y obras que el hombre hace en su vida; y, por consiguiente, éstas tan solo en su vida y para su vida tienen sentido. Y se ha mostrado ya, en el capítulo primero, que la vida auténtica es la vida individual.

La cultura está constituída por los actos y obras humanas que aspiran a realizar ideas de valor: está integrada por las acciones y productos que intentan encarnar la verdad, en el conocimiento filosófico y científico del universo; dar forma sensible a la belleza, en el arte; conseguir el cumplimiento del bien en la conducta, por la moral; obtener el reinado de la justicia en la sociedad, mediante el Derecho; utilizar la naturaleza y vencer sus resistencias, gracias a la técnica; etc., etc. La cultura, pues, como intención de acercarse a los valores de bondad, justicia, verdad, belleza, utilidad, poder, etc., tiene sentido tan solo para aquél que no los posee de modo plenario y que, sin embargo, siente la urgencia de esforzarse en su conquista. Por eso, la cultura no tiene sentido para la naturaleza inconsciente; ni lo tiene tampoco para Dios, que es por esencia Sabiduría y Verdad absolutas, Bien total, Justicia suprema, Belleza íntegra, Poder infinito. ¿Para qué necesitaría Dios de la ciencia, si lo sabe todo en perenne actualidad; y de la moral si es Bien puro; y del arte, si es Hermosura perfecta; y de la técnica, si es Omnipotente? Pero, en cambio, la cultura nos parece henchida de sentido, en tanto en cuanto la miramos como obra y función humana. Porque el hombre no sabe, pero necesita conocer, por eso construye la ciencia. Porque el hombre, que no alberga en sí la belleza pura desea sin embargo, emparentar con ella, por eso crea el arte. Porque el hombre es pecador, pero precisa redimirse de sus bajezas, por eso tiene la ética. Porque la sociedad requiere ser organizada según la justicia, por eso elabora el Derecho. Porque el hombre es desvalido, pero experimenta la urgencia de aprovechar y dominar los elementos que le circundan, por eso produce la técnica, etc. Así, pues, el hombre es necesariamente el centro nato de la cultura y su punto de gravitación final. Y como los valores supremos que a él pueden referirse son los éticos, de aquí que la idea de la dignidad personal debe reinar siempre por encima de todas sus demás tareas.

Dice Miguel de Unamuno, haciendo una acertada exaltación del valor de lo humano:[113] "Y ¿quién eres tú?, me preguntas, y con Obermann te contesto: ¡para el Universo, nada; para mí, todo! . . . Yo soy el centro de mi Universo, el centro del Universo; y en mis angustias supremas grito con Michelet: ¡Mi yo, que me arrebatan

mi yo!... ¿Egoísmo decís? Nada hay más universal que lo individual, pues lo que es de cada uno lo es de todos; y no sirve sacrificar cada uno a todos, sino en cuanto todos se sacrifiquen a cada uno. Eso que llamáis egoísmo es el principio de la gravedad psíquica, el postulado necesario... Jamás me entregaré de buen grado y otorgándole mi confianza a conductor alguno de pueblos que no esté penetrado de que, al conducir un pueblo conduce hombres, hombres de carne y hueso, hombres que nacen, sufren y aunque no quisieran morir, mueren; hombres que son fines en sí mismos, no sólo medios; hombres que han de ser lo que son y no otros... Es inhumano, por ejemplo, sacrificar una generación de hombres a la generación que le sigue, cuando no se tiene sentimiento del destino de los sacrificados".

Si nuestra vida—la individual de cada uno—es la realidad radical; si además, como ya vimos, los valores aunque objetivos se dan en nuestra vida—como todo lo demás que en el Universo hay—y tienen por tanto una dimensión intravital; si el agente de realización de los valores es el hombre, único ser capaz de entenderlos y plegarse a su llamada, resulta que la realización de los valores tan solo tiene sentido para el hombre. Las cosas en las cuales residen valores—entre ellas la sociedad, que es un mecanismo o instrumento—constituyen bienes, tan solo en la medida en que representan aparatos serviciales para el hombre; en la medida en que sean condiciones para que en la conciencia de este puedan encarnar los supremos valores, que son los destinados al individuo en tanto que tal.

Repito que no se niega que en la colectividad puedan y deban encarnar valores; pero esos valores, propios de la colectividad, son valores en tanto que constituyen instrumentos o condiciones para la realización de los valores propios del individuo.

El gran error cometido por el transpersonalismo es el siguiente: no se da cuenta de que la colectividad no tiene una realidad substante, de que no tiene un ser para sí, independiente del ser de los individuos que la componen. En cambio, el ser del individuo consiste en un ser para sí mismo, en un ser autónomo e independiente. Por eso, la colectividad debe respetar al individuo, en el modo de ser peculiar de éste, en los valores propios que le están destinados, y reconocer su autonomía. El individuo no es pura y simplemente una parte del todo. Aunque sea desde luego necesariamente miembro de la sociedad, es al mismo tiempo superior a ella. Es superior a ella, porque es persona en el plenario y auténtico sentido de esta

idea, lo que jamás podrá ser la sociedad. La colectividad carecería de sentido si no se afirmase como un medio para los individuos.

No debe malinterpretarse lo dicho en el sentido—que sería erróneo—de que se niegue que en la colectividad puedan y deban encarnar valores; ni tampoco en el sentido—que también sería equivocado—de que se considere a la sociedad como algo puramente eventual. El individuo es esencialmente social; hasta el punto de que el individuo aislado no es algo real, ni siquiera posible, sino una pura abstracción. El individuo existe tan solo en la sociedad; vive en el nivel histórico de ésta, apoyándose sobre ella y aprovechando los bienes que en ella encuentra. Incluso el anacoreta y Robinson llevan la colectividad dentro de sí y viven desde el nivel de ella. El individuo descansa sobre los valores realizados en la historia y que le son transmitidos por la colectividad; y casi todo lo que hace se apoya sobre esos bienes comunales; y, en el mejor de los casos, consigue a lo sumo elevarse un poco sobre ese nivel histórico de esos bienes que le ha transmitido la colectividad.

Pero aunque lo social sea algo esencial al hombre, los bienes que se realizan en la colectividad son bienes tan solo de carácter instrumental, son medios para la realización de los supremos valores, que sólo al individuo corresponden y que sólo por el individuo pueden y deben ser cumplidos. Sin sociedad no hay hombre; pero el hombre—se entiende el hombre individual, que es el único que constituye una realidad radical y substante—es superior axiológicamente a la sociedad. Pues la sociedad es algo hecho por él y para él.

11. Consecuencias del personalismo

Fundamentada rigorosa y radicalmente la concepción personalista, conviene ahora que examinemos las formas que ésta pueda adoptar—las cuales dependerán de como se entienda la jerarquía en la realización de los valores humanos (individuales) y las consecuencias a que el personalismo da lugar para el Derecho, en todo caso—.

En el campo de la Etica, el personalismo puede adoptar formas varias, según cual sea la concepción moral que tome como fundamento. Puede partir de una doctrina ética eudemonista o utilitarista (la felicidad como fin). Pero puede también fundarse en una teoría ética rigorista. En el primer caso, serán exaltados preferentemente los valores eudemonistas, el logro de la mayor cuantía posible de beneficios y placeres para todos, o para el mayor número. En el se-

gundo, la idea decisiva será el valor que encarna en la dignidad moral del hombre; y el fin más importante del Estado consistirá en salvaguardar esa dignidad (con sus secuencias de libertad) y hacer posible el mejor cumplimiento de los fines éticos del individuo. Pero esa diferencia, que puede asumir gran importancia en una Filosofía moral *sensu stricto,* tiene un menor alcance para el Derecho; porque el Derecho debe ser la condición que haga posible el cumplimiento del destino moral, para lo cual tiene que garantizar la libertad de cada individuo; pero no puede ser de ninguna manera el agente de cumplimiento de la moralidad, la cual sólo puede ser realizada y sólo tiene sentido en la medida que sea llevada a cabo libremente por cada sujeto. Y, por otra parte, adviértase que los beneficios que asegure el ordenamiento jurídico—en el orden de la satisfacción de las necesidades materiales, y también en la esfera de la cultura espiritual—puede constituir condiciones favorables para que el hombre pueda ennoblecerse mediante la realización de obras de cultura y cumplir mejor sus valores éticos; en suma, para que pueda cultivar su personalidad como substrato de los valores morales y culturales.

Entre las concepciones éticas personalistas puede además establecerse otra distinción, según aquello que se valore en la persona individual: según que se valore su condición genérica de posible substrato de los valores; o que se valore la concreta realización de los mismos en cada caso singular. El hombre, cuya grandeza, es decir, cuya dignidad estriba en que puede ser el substrato y el agente de realización de los valores—y entre ellos de los supremos, que son los morales—, puede también de hecho resultar infiel al cumplimiento de ese destino. ¿Qué es pues, lo que vamos a valorar en lo humano? ¿La genérica dimensión que todos los hombres tienen de poder actuar como agentes de realización de los valores? ¿O lo que vamos a valorar es la individualidad en la cual real y efectivamente se han cumplido los valores? Hay doctrinas (las racionalistas y las formalistas) que valoran la calidad genérica que todos los individuos tienen de poder ser substrato de realización de los valores, esto es, la común condición humana. Otras teorías—por ejemplo la de Nietsche—valoran máximamente al individuo en cuanto a las concretas realizaciones valiosas que éste ha conseguido; y de ese pensamiento se sigue una exaltación de las individualidades egregias en lo que éstas tienen de privativo y de peculiarísimo. Ahora bien, la divergencia entre estas dos direcciones indicadas tiene una importancia muy grande y decisiva para la moral; pero, en cambio, es de

menor alcance para la Estimativa Jurídica. Y no tiene tanta importancia para la valoración jurídica, porque el Derecho no es el agente de realización de los valores morales, sino la condición para que cada individuo pueda realizarlos libremente por su propia cuenta. Y, así, el Derecho lo que debe hacer es garantizar la libertad de cada individuo, para que pueda ser cada cual quien es, para que cada uno pueda cumplir con su propio e intransferible destino. El Derecho debe por lo tanto garantizar la franquía de lo privativamente individual, pero ni puede ni debe recoger ni traducir en sus normas esa peculiaridad de cada destino individual. Para el Derecho no debe venir positivamente en cuestión la auténtica e intransferible individualidad de cada sujeto, sino que puede tan solo tomar en cuenta las dimensiones funcionarias, comunes, esquematizadas; y, por eso, toda estimación jurídica tiene un carácter de formalismo, esto es, de generalización, de esquematización. El Derecho, a fuer de forma de vida colectiva, no trabaja con las realidades auténticas de los hombres—que son las individualidades irreductibles—sino tan solo con algunas formas genéricas de los mismos (ciudadanos, funcionarios, particulares, acreedores, deudores, delincuentes, etc., etc.) Pero, además, el Derecho, por ser forma de vida social, debe detenerse respetuoso ante cada una de las individualidades, sin tratar de invadirlas, sin pretender desindividualizarlas, sin querer homogeneizarlas; y, por tanto, tomar del hombre nada más que sus dimensiones típicas humanas, y aquellas categorías también genéricas dimanantes de la función social en que aparezcan situados; pero sin rebasar esa capa externa de funcionalidad social, y, por tanto, dejando intacta la entraña de la intimidad de cada uno.

Así resulta que, aun cuando la persona posee un ser individual propio y exclusivo—al que va adscrita una congruente significación axiológica—, en la esfera del Derecho los hombres deben aparecer esquematizados, generalizados, tipificados. Y, así, sin perjuicio de la desigualdad entre los individuos—que debe quedar intacta en cuanto a las posibilidades de realización en cada uno—cabe igualar la dignidad moral de las personas en aquellas esferas que estén fundadas en valores que universalmente afectan a todos los sujetos. Y esto es lo que ocurre—o debe ocurrir—en el campo jurídico. Así, por ejemplo, esto es lo que pasa cuando se estima a los hombres de un modo formal como personas jurídicas. Los valores jurídicos no son de los más elevados en la jerarquía estimativa, antes bien son notoriomante inferiores a otros, como por ejemplo a los morales; pero precisamente los valores jurídicos, a fuer de inferiores, son los condicio-

nantes de la posibilidad de realización de otros valores humanos superiores. Y ocurre que los hombres se igualan tanto más, cuanto más bajo es el rango de los valores desde cuyo punto de vista son considerados. Dice metafóricamente Max Scheler[114] que la aristocracia en el cielo no excluye la democracia en la tierra. La satisfacción de las urgencias más perentorias—por ejemplo la de seguridad, a la que fundamentalmente sirve el Derecho—es la condición para que se pueda cumplir tareas de más alto valor. De aquí que se estime que los hombres deben ser igualados lo más posible en los bienes que correspondan a esas necesidades perentorias—seguridad, libertad, satisfacción de las urgencias materiales más elementales, etc.—; precisamente para situarlos en posibilidad de que cada uno cumpla su privativo y singularísimo destino individual, en el que han de encarnar los valores de rango superior.

Cabe, pues, afirmar que el hombre como sujeto de Derecho, esto es, como persona jurídica, representa la participación en un rango inferior de valores, en los cuales quedan equiparados todos los individuos; y, en cambio, el hombre en su auténtica y plenaria individualidad, como participante en un reino de valores singulares y desiguales, ocupa un rango superior al Estado y al Derecho. El Estado y el Derecho valen en tanto en cuanto sirven como medio condicionante y facilitador para que la individualidad pueda cumplir los valores superiores a los que está avocada.

Será oportuno examinar ahora sucintamente las principales consecuencias que se derivan del personalismo o humanismo para la Estimativa Jurídica; consecuencias que podemos considerar como comunes a todas las versiones del personalismo.

El personalismo centra el orden jurídico sobre la idea de la dignidad humana, lo cual trae consigo como primera consecuencia la afirmación de la libertad individual. Esta libertad aparece como intangible en aquello que pertenece a la más íntima entraña de la personalidad individual (conciencia, pensamiento). Se manifiesta también en la decisión sobre el propio destino, es decir, en aquello que se llama autonomía personal.

Como se toma la dignidad humana como condición genérica, esto trae la afirmación de la paridad jurídica entre todos los sujetos. Y el Derecho sólo puede recoger lícitamente aquellas diferencias que se eleven por encima de ese radical plano de paridad y que representen méritos contraídos por la persona como substrato de valores éticos y culturales, o dicho con otras palabras: las desigualdades humanas, que toma en cuenta el personalismo, son las que suponen

diversas concreciones de la libertad individual, es decir, las varias situaciones externas e internas en que ésta puede aparecer. Si el orden jurídico se hace cargo de estas diferencias, es precisamente porque quiere tratar a todos con igual proporción. Para ello, inspirándose cabalmente en ese criterio, toma en consideración las diferencias que se dan entre los diversos individuos—las diferencias que sean relevantes para el Derecho—; y a los que son desiguales los trata de modo desigual, con lo que satisface las exigencias de una bien entendida paridad.

12. La certeza y seguridad

En el capítulo seis de este libro, mostré que la motivación radical que impulsa al hombre a establecer reglas de Derecho es la urgencia de crear un orden *cierto* (en las relaciones sociales más importantes) y de *seguro* cumplimiento. Y expliqué que, aún cuando el Derecho está avocado a la realización de valores de rango superior—a cuya luz debe justificarse—, sin embargo, debe ante todo y previamente crear una situación de seguridad. La seguridad es también un valor. El rango de este valor de seguridad es inferior al rango de otros valores jurídicos—la justicia y los demás por ella implicados—. Pero la realización de este valor de seguridad es condición indispensablemente previa para el cumplimiento de los valores de superior jerarquía. O dicho con otras palabras: para que haya Derecho es preciso que se de un orden *cierto* y de *seguro* cumplimiento. Además, la Estimativa Jurídica exige que ese orden cierto y seguro sea justo, favorecedor del bien común, etc. Pero esas calidades superiores deben realizarse en un orden cierto y seguro. No puede reinar la justicia en una sociedad en que no haya un orden cierto y seguro. No puede reinar la dignidad y la libertad en una sociedad en anarquía. No puede fomentarse el bien común en una colectividad en la que no haya una regulación cierta y segura. Todos esos valores superiores del Derecho deben cumplirse precisamente en el Derecho. Pero no hay Derecho, donde no hay un orden cierto y de seguridad. Es verdad que no basta con crear un orden cierto y seguro, pues éste debe ser además justo. Pero no puede haber justicia cuando no hay seguridad. Por tanto, podríamos decir que cabe que haya un Derecho—orden de certeza y con seguridad impuesta inexorablemente—que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad. La seguridad es pues respecto de la justicia—y de los demás valores jurídicos por ella implicados—un va-

lor inferior, pero cuya realización condiciona la posibilidad de cumplimiento de aquellos valores superiores. En suma, se trata de la relación que media entre la realización de valores conexos de rango desigual: el cumplimiento del valor inferior suministra la posibilidad de llevar a cabo sobre esta base el valor superior. Sin la realización del valor inferior, no cabe la posibilidad de que encarne el valor superior.

Ahora bien, el tema importante para la Estimativa Jurídica es determinar lo que debe establecerse como orden cierto y seguro. Y claro es que lo que primordialmente importa es asegurar el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía individual, para que pueda cumplir con su auténtico destino propio. Y entonces la seguridad, que por sí sola se presenta como un puro orden formal, cobra plenitud de sentido y se llena del más alto contenido valioso. Necesito certeza y seguridad en las relaciones colectivas, para desocupar mi atención de una serie de problemas perentorios y, de ese modo, vacar al cumplimiento de mi propio destino. Necesito sustraerme al azoramiento que producen los peligros del desorden y a la agobiante preocupación de las urgencias más elementales, para disfrutar en algún momento de holgura en que pueda yo llegar a ser el yo a que estoy llamado, cumplir mi auténtica misión, humilde o egregia, pequeña o grande, pero la mía propia, la única. Seguridad para disponer de libertad y para disponer de lo preciso en la satisfacción de mis necesidades, con lo cual me exima de estar en perenne situación de centinela alerta o de agobiado, y pueda desarrollar mi propia individualidad. De aquí, que la seguridad se presente como un gran bien cuando es puesta al servicio de estos supremos valores de la individualidad. Y, por esto también, al contrario, cuando el Derecho—que es seguridad—trata de absorber con su regulación las zonas más entrañables de mi ser, y de desindividualizarlo, rebajándolo a pasta de masa homogeneizada, representa algo abominable y monstruoso. La mecanización, que impone el Derecho, tiene sentido y justificación cuando se limita a las zonas puramente externas de la convivencia y de la solidaridad, porque gracias a ello el hombre se sustrae al agobio del peligro y de las preocupaciones; y puede conquistar su más íntima libertad, para el cumplimiento de su propia e intransferible obra individual. Pero, si, por el contrario, la regulación jurídica pretendiese regular positiva y taxativamente la entraña de la personalidad, entonces realizaría la más degradante y devastadora de las tareas. Degradante porque esto signi-

fica un proceso de deshumanización, de apartarse de lo humano para recaer en la bestialidad. Devastadora, porque con esa labor se troncha la única fuente *primaria* y *auténticamente* creadora, que es la individualidad.

NOTAS

Estas notas no pretenden de ninguna manera ofrecer una guía bibliográfica de la Filosofía del Derecho. Son sólo las referencias a las alusiones hechas en el texto. Para una amplia información bibliográfica en Filosofía del Derecho, puede consultarse mi libro Los Temas de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y en visión de futuro (*Barcelona, Editorial Bosch, 1934*).

[1] BRENTANO, *Vom sinnlichen und noetischen Bewusstsein* (1928); *Versuch ueber die Erkenntnis* (1925); *Entwicklung der Wertlehre* (1908); *Vom Dasein Gottes* (1868): *Los orígenes del conocimiento moral,* trad. esp. de M. G. Morente, Rev. de Occidente, Madrid.

MEINONG, *Psychologische-etische Untersuchungen zur Werttheorie* (1894); *Untersuchungen zur Gegenstandstheorie* (1904); *Ueber die Stellung der Gegendstandstheorie im System der Wissenschaften* (1997).

HUSSERL (Edmund), *Logische Untersuchungen* (1900), hay trad. esp. de JOSÉ GAOS y M. G. MORENTE: *Ideen zu einer reinen Phaenomenologie und Phaenomenologische Philosophie,* (1913); *Meditations cartesiennes* (1931).

SCHELER (Max), *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* (2ª ed. 1922). *Wesen und Formen der Sympathie* (2ª ed. 1923); *El puesto del hombre en el cosmos,* (Madrid, Ed. de la Revista de Occidente); *El saber y la cultura* (Madrid, Edit. de la Rev. de Occ.); *Die Wissensformen und die Gesellschaft* (2ª ed. 1926) parte de esta obra está traducida al español con el título de *Sociología del saber,* publ. por la Ed. de la Rev. de Occidente).

HARTMANN (Nikolai), *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis* (1923); *Ethik* (1926); *Das Problem des geistigen Seins* (1933); *Kathegorienlehre* (1935).

ORTEGA Y GASSET (José), *Descartes y el método trascendental* (As. esp. para el progr. de las ciencias, vol. VI); *Meditaciones del Quijote* (1914); *Verdad y perspectiva* (t. I de El Espectador, 1916); *Conciencia, objeto y las tres distancias de éste* (ídem); *Biología y pedagogía* (El Espectador IV, 1925); *El tema de nuestro tiempo* (1923); *¿Qué son los valores? Una introducción a la Estimativa* (Rev. de Occidente, nº IV, 1924; *Sobre la expresión, fenómeno cósmico* (El Espectador, VII, 1929); *Ni vitalismo ni racionalismo* (Rev. de Occidente, nº XVI, 1924); *Vitalidad, Alma, Espíritu,* (El Espectador, V, 1927); *Kant. Reflexiones de Centenario* (1925); Curso libre sobre *¿Qué es Filosofía?* profesado en la

primavera de 1929, (Véanse los resúmenes en El Sol de Madrid); *Filosofía pura* (Rev. de Ocidente, julio 1929); *La Filosofía de la Historia en Hegel y la Historiología* (Rev. de Occ. nº 56, 1928); *Goethe desde dentro* (1933); *Guillermo Dilthey y la idea de la vida* (dos artículos en la Rev. de Occ. en 1934).

HEIDEGGER (Martin), *Sein und Zeit* (1927); *Kant und das Problem der Metaphysik* (1929); *¿Qué es Metafísica?* (trad. de X. Zubiri, Cruz y Raya, Madrid, 1934).

[2] Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *¿Qué son los valores?;* JOAQUÍN XIRAU, *El sentido de la verdad* (1927), pp. 173 y 174; JOSÉ GAOS, *La crítica del psicologismo en Husserl* (1931); HUSSERL, *Log. Unters.* t. I, pp. 129ss.; t. II, pp. 98ss.; *Ideen zu einer Phaenomenologie,* t. I, pp. 4ss.; HARTMANN, *Grundzüge einer Met. der. Erk,* pp. 457ss.; 478ss.; *Ethik,* pp. 137ss.; ROMANO MUÑOZ (José), *El secreto del bien y del mal* (México, 1938).

[3] Cfr. HARTMANN (Nikolai), *Ethik,* (1926), pp. 144ss.

[4] La vida humana, y sus actos y obras, tiene a diferencia del mundo de la naturaleza, perspectivas de rango y jerarquía. Mientras que la naturaleza pura, como concatenación de fenómenos desconoce toda jerarquía, las realidades humanas, en cambio, presentan una doble dimensión jerárquica; de un lado la que deriva de la jerarquía de los valores en ella cumplidos; de otro lado, la que, respecto de un mismo valor, deriva del grado de mayor o menor realización de él en la obra humana. Esto último trae consigo que haya grados de realización en las tareas humanas; arte, que es más arte que otro, amores que son más amores que otros, filosofía que es más filosofía que otra, etc.

[5] JOSÉ ORTEGA Y GASSET llama a su filosofía, *Metafísica según los principios de la razón vital;* a la filosofía de HEIDEGGER y de JASPERS se la ha llamado filosofía existencial. JOSÉ GAOS ha propuesto para la filosofía de estos autores la acertada denominación de "humanismo trascendental." Se funda en que la realidad primaria de la vida humana o existencia desempeña un papel análogo al que era representado en el idealismo trascendental por la *conciencia* (*en términos absolutos*).

[6] Utilizo no sólo las obras citadas de ORTEGA Y GASSET (José), sino sobre todo sus lecciones de cátedra profesadas en la Universidad de Madrid, de 1924 a 1935.

[7] Véase la nota 5. Me refiero fundamentalmente al pensamiento de JOSÉ ORTEGA Y GASSET y al de MARTIN HEIDEGGER.

[8] Véase principalmente RICKERT, *Ciencia natural y Ciencia cultural,* trad, esp. por Manuel G. Morente, Calpe, Madrid, 1922. Así mismo: *Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1896); Cfr. LUIS RECASÉNS SICHES, *Estudios de Filosofía del Derecho,* Barcelona, 1936, Editorial Bosch, pp. 75-77.

[9] Cfr. FREYER. *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft.* (1930).

[10] Véase una exposición resumida de DILTHEY en mi libro *Estudios de Filosofía del Derecho* (Barcelona, Bosch, 1936), pp. 77ss. De DILTHEY, Cfr. principalmente: *Einleitung in die Geisteswissenchaften* (1883) I, 5; *Der Aufbau*

der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften (1910), pp. 32ss.; *Beitraege zum Studium der Individualitact* (1896), pp. 296ss.; *Das Natürliches System der Geisteswissenschaften.* Sobre Dilthey véase un luminoso estudio del Profesor argentino FRANCISCO ROMERO; también: JOSÉ ORTEGA Y GASSET, el estudio citado en la nota 1 (*Guillermo Dilthey...*) Además: NISCH (Georg) *Die Idee der Lebensphilosophie in der Theorie der Geisteswissenschaften* (1924); *Lebensphilosophie und Phaenomenologie* (1930); SPRANGER, *Gedaechtnisrede* (1912); STEIN, *Der Begriff des Geistes bei Dilthey;* FREYER (Hans), *Theorie des objektiven Geistes* (1923); y *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft* (1930).

[11] Cfr. DILTHEY, *Einleitung in die Geisteswissenschaften* (nueva impresión, p. 46); *Beitraege zum Studium der Individualitaet; Der Aufbau der geschichtlichen Welt...*

[12] En el Seminario de Historiología dirigido en 1934-1935 por JOSÉ ORTEGA Y GASSET; y en el que colaboramos intensamente varios profesores de la Universidad de Madrid (entre otros, Javier Zubiri, José Gaos y yo); algún profesor de provincias (Alfonso G. Valdecasas, etc.); y algunos de los ayudantes de nuestras cátedras (María Zambrano, Salvador Lissarrague, Julián Marías, Carlos Saván, Francisco Ortega, etc.)

[13] Cfr. WIESE (Leopold), *System der allgemeinen Soziologie* (1933), pp. 137ss.

[14] Véase BOUGLÉ (Celestin), *Qu'est-ce que la Sociologie?* (París, 1907).

[15] MIGUEL DE UNAMUNO hizo una certera caracterización del sujeto individual en su obra magistral *El sentimiento trágico de la vida.*

[16] En las lecciones dadas en el seminario de Historiología, citado en la nota 12.

[17] Cfr. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho, con extensas Adiciones Originales* de LUIS RECASÉNS SICHES, 2ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1935.

[18] Cfr. SIMMEL (Jorge) *Sociología,* ed. de la Rev. de Occidente, t. I.

[19] Cfr. CICERO, *De officiis,* I, 27.

[20] Este es un tema que no ha podido ser evitado en casi todos los tratados de Filosofía jurídica y de Teoría general del Derecho; pero la mayor parte de ellos pasan rápida y someramente sobre esta cuestión, sin conseguir ni un certero enfoque de la misma, ni menos una solución satisfactoria. Así, entre muchos otros ejemplos, podríamos citar a AUSTIN (*The province of Jurisprudence,* incluído en *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Law,* 1861) que se contenta con relegar las reglas del trato social, a la esfera que llama de la moralidad positiva, como forma imperfecta de ella, que no constituye propiamente un mandato, sino la mera expresión de sentimientos y opiniones.

[21] Cfr. LUIS RECASÉNS SICHES, *Les usages sociaux et leur differentiation d'avec les normes juridiques,* París, Sirey, 1936. Véase también mi libro *Estudios de Filosofía del Derecho* , (Barcelona, Bosch, 1936).

[22] Cfr. HATSCHEK, en un artículo en el *Jahrbuch des oeffentlichen Rechtes,* III,

pp. 1ss.; y SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 2ª ed. 1927, pp. 72ss. Sobre la crítica de este pensamiento, véanse mis trabajos citados en la nota anterior.

23 Esta es la tesis de IHERING, *Zweck im Recht*, t. II, pp. 79ss.

24 Esta es la doctrina de STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1923, párrafos 37 a 42. Véase una crítica amplia de la misma en mi libro *Estudios de Filosofía del Derecho*, (Barcelona, Bosch, 1936).

25 Cfr. BINDER (Julius), *Philosophie des Rechtes*, 1925, pp. 811ss.; TSATSOS (Constantin), *Der Begriff des positiven Rechtes*, 1928, pp. 101ss. La crítica de tales doctrinas en mi libro *Estudios de Filosofía del Derecho*, (Barcelona, Bosch, 1936).

26 Cfr. KELSEN (Hans), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed. 1923, pp. 30ss.; WEBER (Max), *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1925, pp. 221 y 376; SCHREIER (Fritz), *Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes*, 1924. Véase una exposición y crítica de las doctrinas de esos autores en mi libro *Estudios de Filosofía del Derecho*.

27 Véase el capítulo IX de este libro.

28 Cfr. STAMMLER, *ob. cit.* párrafos, 43-45. Cfr. También RECASENS SICHES (Luis), *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Manuales Labor, 1929, pp. 59-60.

29 He ofrecido una exposición y examen crítico de las principales teorías sobre el derecho subjetivo en mis trabajos: *Il concetto de diritto subiettivo innanzi alla Filosofia giurídica*, en la Revista Internazionale de Filosofia del Diritto, Cfr. también FERNÁNDEZ CAMUS (Emilio), *Filosofía jurídica*, Haba-
Cfr. también FERNÁNDEZ CAMUS (Emilio), *Filosofía jurídica*, Habana, 1932.

30 Véanse mis trabajos citados en la nota anterior.

31 Cfr. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., 1923, pp. 311ss.; *Reine Rechtslehre* (1934), párrafo 23 (hay trad. esp. *La Teoría pura del Derecho*, publ. por la Ed. de la Revista de Derecho privado (Madrid), debida a Luis Legaz.

32 BOECIO, *De duab. naturis et una persona Christi*, c. 3. Cfr. GELLIUS, *Noct. att.* v. 7.

33 Según San Isidoro, cit. por ALBERTO MAGNO, en *Sum. Th.* I, 44, 1.

34 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Th.* I, 29, 3 ad 2. Cfr. también: SUÁREZ (Francisco), *Met. Disp.* 34s. 1.

35 Por ejemplo LOCKE, *Essay concerning human understanding*, II, ch. 27, párrafo 9.

36 KANT, *Crítica de la razón práctica.*

37 KANT, *Anthropologie*, p. 1.

38 FICHTE, *Das System der Sittenlehre; Grundlage des Natturrechts; Die Bestimmung des Menschen; Das Wesen des Gelehrten; Die Staatslehre.*

[39] Cfr. SCHELER (Max), *Der Formalismus in der Ethik...* (2ª ed. 1921), pp. 384ss.; 397ss.; 629ss.

[40] Cfr. HARTMANN (Nikolai), *Ethik,* (1926), pp. 159ss.

[41] Hago constar que me corresponde la prioridad en la formulación de este pensamiento.

[42] Cfr. ORTEGA Y GASSET (José), *Meditaciones del Quijote,* (1914) pp. 42-44; *¿Qué es Filosofía?* décima conferencia (1929); *Goethe desde dentro,* pp. 11ss.

[43] Cfr. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho,* con Extensas Adiciones originales de LUIS RECASÉNS SICHES, 2ª ed. (Barcelona, Bosch, 1935); MICHOUD (León), *La théorie de la personalité morale.*

[44] Cfr. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche* (en el Dir. Civ. de Fiore; hay trad. esp. publicada por la ed. Reus); y *Trattato de Diritto Civile italiano,* vol. I (1921), pp. 697ss. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* (2ª ed. 1923); *Reine Rechtslehre* (1934).

[45] Véase mi *Estudio sobre la teoría pura del Derecho y el Estado,* como extenso prólogo a la segunda edición española del *Compendio de Teoría general del Estado* de HANS KELSEN, Barcelona, Bosch, 1934.

[46] Aunque esta idea se debe a una inspiración de KELSEN, sin embargo rectifico, en la exposición, la teoría de éste, en un doble sentido: primero, distinguiendo entre relaciones positivas y relaciones negativas de la conducta con la norma jurídica; y segundo, incluyendo en el concepto de derecho subjetivo las tres manifestaciones que he expuesto del mismo en el capítulo VI de este libro y por tanto también lo que KELSEN llama meros reversos materiales del deber jurídico de otras personas, y que él excluye del concepto de derecho subjetivo.

[47] Insisto en que esta es una de las ideas que han de resultar más fecundas y decisivas para la Teoría del Derecho.

[48] Cfr. HAURIOU, *De la personalité comme élement de la réalité sociale* (R. g. d. D. 1898); *Précis de Droit administratif et Droit public,* (1921); *Droit constitutionnel; La théorie de l'institution et de la fondation,* (1925).

[49] Cfr. de HAURIOU las obras citadas en la nota anterior; RENARD (Georges), *Théorie de l'Institution* (1930); *L'Institution* (1933); DELOS, *La théorie de l'institution. La solution réaliste du probleme de la personalité morale et le Droit à fondement objectif,* (Archives de Philosophie du Droit 1,72); WIESE, *System der allgemeinen Soziologie* (1933).

[50] Sobre ésto insisten mucho tanto HAURIOU como RENARD, para evitar que se caiga en el dislate—tan caro a muchos autores alemanes—de substancializar los entes sociales.

[51] Véanse notas 48 y 49.

[52] Cfr. W. M. GELDARDT, *Elements of English Law* (2ª ed. Londres, 1931).

[53] Cfr. KELSEN, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts*

1920); *Allgemeine Staatslehre* (1925); hay trad. esp. de Luis Legaz (*Teor. Gral. del Est.* Ed. Labor); *Compendio de Teoría general del Estado* (inédito en alemán), trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, 2ª. ed. corregida, con un Estudio preliminar sobre la Teoría pura del Derecho y del Estado, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch, 1934; Merkl (Adolf), *Die Rechtseinheit des Osterreichischen Staates* (1927; Verdross (Alfred), *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grund der Voelkerrechtsverfasung* (1923). Propiamente fué Merkl el iniciador de esta doctrina, que después Kelsen recogió de él, y que Verdross aplicó al problema de las relaciones del Derecho estatal con el Derecho internacional.

[54] El primero de estos requisitos fué muy bien formulado por Stammler (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*), 1923, pár. 66, y *La génesis del Derecho* (Madrid, Calpe); pero en cuanto al segundo, aunque Stammler lo esboza, no insiste lo debido en que la realización efectiva no debe ser producto de la pura fuerza. Cfr. Cossio (Carlos), Profesor de la Universidad de La Plata, *El concepto puro de revolución* (Barcelona, Bosch, 1934).

[55] Cfr. Ortega y Gasset (José), *La rebelión de las masas* (1929).

[56] Como por ejemplo la proclamación de la República Española en 14 de abril de 1931, expresión arrolladora—y a la vez pacífica—de la voluntad de la inmensa mayoría del pueblo español.

[57] Cfr. Mi libro *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español* (Madrid, Morata, 1931). Cfr. además: Sieyes, *Arch. parlam.* la serie, t. viii, pp. 256ss.; Carre de Malberg, *Contribution a la theorie générale de l'Etat* (1922), p. 517; Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), p. 33; Zweig, *Die Lehre vom pouvoir constituant*, pp. 117ss.; Jellinek, *Teoría general del Estado* (tr. de Fernando de los Ríos) t. ii; Schmitt (Carl), *Verfassungslehre* (1928) hay traducción esp. de Francisco Ayala—*La Teoría de la Constitución*, ed. de la Rev. de Dro. Priv. Madrid—.

[58] Me refiero a las doctrinas de Santo Tomás, Marsilio de Padua, Occam, Vitoria, Suárez, Bañez, Soto, Altusio, Locke, Sidney, Milton, Rousseau, etc.

[59] Cfr. Recaséns Siches (Luis), *Las teorías políticas de Vitoria con un estudio sobre el desarrollo de la idea del contrato social* (Anuario de la Asociación Francisco Vitoria, 1931—publicado también en folleto aparte—). *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español* (Madrid, Morata, 1931).

[60] Cfr. Del Vecchio (Giorgio), *Los principios generales del Derecho*, trad. esp. de Juan Ossorio Morales, con prólogo de Felipe C. de Diego, Barcelona, Bosch, 1935; *Filosofía del Derecho*, con Extensas Adiciones originales de Luis Recaséns Siches, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1935; Cossio (Carlos), *La plenitud del orden jurídico* (Buenos Aires, Losada, 1939).

[61] Cfr. Radbruch (Gustav) *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, (1914).

[62] Cfr. Luis Recaséns Siches, *Estado y Derecho*, Módena, 1931, (folleto ex-

tracto de los "Studi filosofico-giurdici dedicati al prof. Giorgio del Vecchio.") Este trabajo lo reelaboré en mi *Estudio sobre la teoría pura del Derecho y del Estado,* que figura como prólogo a la trad. esp. del Compendio de Teoría general del Estado de Kelsen, (Barcelona, Bosch, 1934); ha sido nuevamente reelaborado en mis *Estudios de Filosofía del Derecho* (Barcelona, Bosch, 1936), cap. XVIII; y finalmente ofrezco una total refundición de él, con el propósito de superación, en este capítulo del presente libro.

[63] Cfr. BLUNTSCHLI, *Derecho público universal.* Primera parte, Teoría general del Estado (trad. de G. Moreno y Ortega), pp. 16ss.; SCHAEFFLE, *Bau und Leben des sozialen Koerpers* (1875); *Abriss der Soziologie* (1906); LILIENFELD, *Gedanken ueber die Sozialwissenschaft der Zukunft* (1873-1877); HAECKEL, *Generelle Morphologie der Organismen* (1856); *Natuerliche Schoepfungsgeschichte* (1886); *Monismus und Naturgesetz* (1906); KJELLEN, *Der Staat als Lebensform* (4ª ed. 1924); HERTWIG, *Der Staat als Organismus* (1922); WORMS, *Organisme et societé* (1896); *Philosophie des Sciences sociales* (1903-1907); *La théorie organique des societés, defense de l'organicisme* (1899).

[64] Cfr. los trabajos citados en la nota 62.

[65] Así, por ejemplo, las obras de Hertwig están alentadas por una envenenada pasión política imperialista y tradicionalista. Otros, como Kautsky, influídos por un deseo pacifista, han sostenido que en la naturaleza se da normalmente un equilibrio, y no existe ni guerra, ni crimen, ni egoísmo.

[66] Principalmente la teoría de LUIS DE HALLER, *Zur Restauration der Staatswissenschaften.* En otro sentido más moderado, también DUGUIT (León), *Manuel de Droit constitutionnel* (1918) pp. 14 y 15.

[67] Así por ejemplo, Spencer, Gierke, etc., etc.

[68] Cfr. HAURIOU, obras citadas en la nota 48.

[69] Cfr. WIESE, *System der allgemeinen Soziologie* (1933), pp. 135, 139, 158, 284, 387, 397, 509-549.

[70] Esta teoría ha sido profesada por Gerber, Jellinek, Hauriou, Max Weber, Posada, etc., etc.

[71] Cfr. JELLINEK, *Teoría general del Estado,* trad. esp. de F. de los Ríos, (Madrid, 1914), pp. 169-172, 224-228.

[72] Es interesante—aunque demasiado superficial—la consideración que hace HANS J. WOLF (*Juristische Person und Staatsperson* 1933, pp. 235) de que lo que se debería mantener de la teoría de las dos facetas no es la normatividad de lo fáctico, sino la facticidad de lo normativo, tomando lo normativo exclusivamente en su sentido lógico, sin referencia a valores. Hay en ésto un barrunto—todavía turbio y sin desarrollar—pero que, sometido a depuración, podría ser fértil.

[73] Hay precedentes en COHEN (HERMANN), *Ethik des reinen Willens* (3ª ed. 1921, p. 64); STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Recht* (1902), pp. 232-233; RADBRUCH, *Grundzuege der Rechtsphilosophie* (1914).

[74] Cfr. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. esp. de Legaz, ed. Labor; *Compendio de Teoría general del Estado*, trad. de Recaséns Siches y de J. de Azcárate, Barcelona, Bosch; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1920).

[75] Cfr. MARCK (Siegfried), *Substanz und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie* (1926), pp. 26ss. En contra del punto de vista del texto; COSSIO (Carlos) *El concepto puro de revolución*, (Barcelona, Bosch, 1934).

[76] Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*. También RUSSELL (Bertrand), *Power; a new social analysis*, 1938.

[77] Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*.

[78] Cfr. L. WIESE, *System der allgemeinen Soziologie* (1933), pp. 158, 284, 387, 397, 509ss.

[79] Cfr. HELLER (Hermann), (Profesor que fué de la Universidad de Francfort del Main, y expulsado después por los nazis fué acogido en la Universidad de Madrid), *Staatslehre*, obra aparecida después de su muerte (1934). Cfr. También SMEND (Rudolf), *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928). Cfr. asimismo RIVERA P. C. (José), *La Justificación del Estado* (México, 1932).

[80] Los principales representantes de la escuela inglesa de la moral sentimental son Shaftesbury, Cumberland, Hutcheson, Hume, Adam Smith, etc. El principal trabajo de Loening, que viene aquí en cuestión, es *Ueber Wurzel und Wesen des Rechtes*, 1907.

[81] *Investigaciones lógicas*.

[82] En su obra—ya clásica—*Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, (2ª. ed.) pp. 59ss.

[83] Inspirándome en el pensamiento de Husserl, que se refiere fundamentalmente a la Lógica, he hecho una aplicación de sus argumentos a la Estimativa moral y jurídica.

[84] Cfr. mi libro *La Filosofía del Derecho de Francisco Suarez, con un estudio sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica*, Madrid, Librería general de Victoriano Suarez, 1927, cap. dedicado a San Agustín.

[85] Cfr. LUIS RECASÉNS SICHES, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suarez, con un estudio sobre sus antecedentes...* (1927).

[86] *De legibus*, II, 14, 9.

[87] Cfr. RENARD (Georges), *Le Droit, l'Ordre, la Raison* (1927), p. 120.

[88] Sobre Rousseau, Cfr.: XIRAU (Joaquín), *Rousseau y las ideas políticas moder-*

nas, (1923); Del Vecchio (G.), *Los derechos del hombre y el contrato social,* trad. de Castaño (1914); *La Filosofía social de Rousseau;* Haymann, *Rousseau's Sozialphilosophie,* 1898; Liepmann, *Die Rechtsphilosophie des Rousseau* (1898); Stammler, *Begriff und Bedeutung der "Volonté generale" bei Rousseau,* en Rechtsph. Abh, u. Vortr., t. I, pp. 375-383; Natorp, *Rousseaus Sozialphilosophie,* en Zeitsch. f. R. ph., 12.

[89] Vico: *Principii di una Nuova Scienza intorno alla comune natura delle nazione* (1725); *De universi iuris uno principio et fine uno* (1720).

[90] *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (1784).

[91] *Reflections on the revolution in France* (1790).

[92] *Patriotische Phantasien* (1788).

[93] *Naturrecht als Philosophie des positiven Rechtes* (1799).

[94] Cfr. José Medina Echavarría, *La situación presente de la Filosofía Jurídica* (1935), p. 83.

[95] Heller (Hermann), *Idearios políticos,* trad. de Manuel Pedroso, Biblioteca de Manuales Labor.

[96] Véase una exposición del sistema de Stammler y su bibliografía en mi libro *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico,* Manual Labor 198, (1928).

[97] Cfr. Luis Recaséns Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico,* cap. I, en el que expongo la tendencia del logicismo en la Etica y en la Filosofía del Derecho.

[98] Cfr. *Der Formalismus in der Ethik...* p. 78.

[99] Debo mencionar el trabajo inédito de José Gaos *¿Qué es la Fenomenología?,* que es una excelente exposición sobre este tema. Así mismo el libro del eminente filósofo mexicano Dr. Antonio Caso, *La filosofía de Husserl.* Cfr. además: Linke, *Die phaenomenale Sphaere und das reale Bewusstsein;* Reinach (Adolf) *Vortrag ueber Phaenomenologie,* en Gesammelte Schriften; Metzger, *La situación presente de la Fenomenología* (Revista de Occidente, números 65 y 68; Celms (Teodoro), *El idealismo fenomenológico de Husserl* (Madrid, 1931, Rev. de Occidente); Gurvitch (Georges), *Les tendances actuelles de la Philosophie allemande* (1930); Reyer, *Einfuehrung in die Phenomenologie.*

[100] Según ha señalado José Ortega y Gasset.

[101] Cfr. Spranger (Eduardo), *Lebensformen* (6ª ed. 1927). Hay traducción española—*Formas de vida*—publ. en la Biblioteca de la Rev. de Occidente (1935).

[102] Cfr. Scheler (Max), *Der Formalismus in der Ethik,* pp. 55ss.

[103] Cfr. Ortega y Gasset (José), *El Espectador* IV, pp. 189-204 (1925); *Me-*

ditaciones del Quijote, pp. 24-28 (1914); HARTMANN (Nikolai), *Ethik* (1926), pp. 33-38.

104 Cfr. JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo.*

105 A continuación doy las principales referencias de las citas hechas: ARISTÓTELES, *Etica a Nicomaco,* libro V, CICERO: *De officiis,* L. I, C. 5, pár. 15; L. I, C. 14, pár. 42; *De inventione reth.,* L. II, C. 53; SANTO TOMÁS; *Summa Theologica,* S. S. 57, 8; S. S. 58, arts. 2, 8 y 11; FRANCISCO DE VITORIA, *De iustitia,* coment. a la q. 57, art. 1; DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure,* lib. III. q. I, art. 1; q. 2, art. 7; GROCIO, *De iure belli ac pacis,* L. I, cap. I, págs. 3 y 8; L. II, cap. XVII, pár. 2; PUFENDORF, *De iure naturae, et gentium,* L. VIII, cap. 3, pár. 5, y cap. 7, pár. 10; VICO, *De uno universi iuris principio,* págs. 40-42. Cfr. DEL VECCHIO, *La Justicia* (trad. esp. publicada por la Edit. Góngora, 1925); GARCIA MAYNEZ (Eduardo), *El Derecho Natural en la época de Sócrates,* México, 1939.

106 Hasta ahora yo he trazado el programa que entiendo debe desarrollar la teoría de la Estimativa jurídica, y he señalado las directrices para ello. Queda por hacer el llevar a cabo esta empresa teórica, cuya realización espero que será fecunda.

107 *Etica a Nicomaco,* lib. V, cap. 6 (en la traducción española de Simón Abril, es el cap. 2).

108 Esbocé por vez primera estas ideas en el cap. X, de mi libro *Los temas de la Filosofía del Derecho, en perspectiva histórica y en visión de futuro* (Edit. Bosch, Barcelona, 1934).

109 Cfr. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* 1914; 2ª ed. (1932) de la cual hay trad. esp. por J. Medina (bibl. de la Rev. de Dro. Privado, Madrid, 1934).

110 Me refiero a todo socialismo que no tomo como fundamento radical y exclusivo la estricta interpretación económica de la historia; p. e. las doctrinas de Saint Simon, Fourier, Owen, Lasalle, el revisionismo (Bernstein, Tugan Baranowski, Besteiro), el nuevo socialismo (Henri de Man, Radbruch, Heller, de los Ríos, etc.) y la mayoría de los partidos socialistas occidentales (laborismo inglés, social democracia alemana después de 1919, etc.) En realidad la mayoría de los partidos socialistas han abandonado en el fondo la dogmática de la concepción materialista de la historia. En cuanto al bolchevismo, no es marxismo, ni tampoco socialismo humanista, sino una forma asiática de dominación nutrida de los más dispares y antagónicos elementos, que ha desembocado en una tiranía deshumanizadora.

111 El transpersonalismo ha tomado principalmente esa idea de *totalidad orgánica* del pensamiento de la Restauración (De Maistre, De Bonald) y de la filosofía de Schelling y de Hegel. También algunas veces ha tomado como base el organicismo biológico.

[112] Me refiero a la que he expuesto, tomando como fundamento la doctrina de José Ortega y Gasset (Véase el capítulo I de este libro).

[113] Cfr. MIGUEL DE UNAMUNO, *El sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*, Madrid, Renacimiento, pp. 50ss.; y también p. 20.

[114] Cfr. SCHELER (Max), *Der Formalismus in der Ethik*, pp. 529ss.

INDICE

Págs.

PALABRAS PRELIMINARES ..... IX-XI

CAPITULO I

EL UNIVERSO, LA VIDA HUMANA, LA SOCIEDAD Y EL DERECHO 1-62

1. Preliminares sobre la multiforme complejidad del universo, *1*.—2. Planteamiento inicial del problema filosófico sobre el derecho, *4*.—3. Pregunta sobre cuál es la región del universo a la que pertenece el derecho, *6*.—4. El derecho no pertenece a la naturaleza física, *7*.—5. Tampoco el derecho es naturaleza psíquica, *9*.—6. El ser ideal, *11*.—7. Los valores, *13*.—8. Enjuiciamiento crítico de la filosofía de los valores; directrices para su superación y su inserción en la metafísica de la vida, *18*.—9. El derecho no es valor puro, *22*.—10. Tránsito a la consideración filosófica de la vida humana, *23*.—11. La vida humana, *24*.—12. La vida humana objetivada, *33*.—13. El derecho como forma de la vida humana objetivada, *38*.—14. Estructura de la vida humana objetivada, *40*.—15. La cultura como sistema de funciones de la vida humana, *43*.—16. Las categorías de la vida humana: referencia a lo normativo y a lo colectivo, *44*.—17. Lo normativo, *45*.—18. Normatividad formal y normatividad material, *47*.—19. Lo colectivo: vida humana social, *49*.—20. Localización de lo jurídico, *60*.

CAPITULO II

EL USO PRIMITIVO COMO NORMA INDIFERENCIADA. EL USO COMO MANIFESTACIÓN DE DIVERSOS TIPOS DE NORMAS 63-68

CAPITULO III

MI DESTINO AUTÉNTICO Y LO TÓPICO COMUNAL DE LA SOCIEDAD. LA DIFERENCIA ENTRE MORAL Y DERECHO 69-94

1. El planteamiento del problema, *69*.—2. El punto de vista de enjuiciamiento plenario de la vida humana; y el punto de vista relativo de la sociedad: Sentido esencial de lo moral y

Págs.

sentido peculiar de lo jurídico, *72*.—3. Quién es el motivo de lo moral y quién es el motivo de lo jurídico, *77*.—4. Intimidad de la moral y exterioridad del derecho, *78*.—5. Libertad de cumplimiento en lo moral y necesidad de realización en lo jurídico: Autonomía moral y heteronomía jurídica, *81*.—6. La nota de imposición inexorable como característica esencial de lo jurídico, *84*.—7. Examen crítico de la discusión sobre la coercitividad, *87*.—8. El derecho como máxima forma social y la moral como destino auténticamente individual, *93*.

CAPITULO IV

Las Reglas del Trato Social. Su Diferenciación de las Normas Morales y de las Normas Jurídicas 95-113

1. Descripción de las reglas del trato, *95*.—2. Diferenciación esencial entre moral y reglas del trato, *99*.—3. Diferenciación entre las normas del trato y las normas jurídicas, *104*.—4. El problema del derecho consuetudinario, *111*.—5. Relación dinámica entre el derecho y las reglas del trato social en la historia, *112*.

CAPITULO V

Mandatos Jurídicos y Mandatos Arbitrarios (Derecho y Arbitrariedad) 115-120

CAPITULO VI

La Seguridad como Motivación Radical de lo Jurídico 121-128

CAPITULO VII

El Derecho en Sentido Subjetivo 129-137

1. El uso de la palabra derecho en sentido subjetivo, *129*—2. La esencia del derecho subjetivo, *130*.—3. Las tres formas del derecho subjetivo, *133*.—4. La prioridad entre derecho objetivo y derecho subjetivo, *136*.

CAPITULO VIII

El Deber Jurídico 139-143

1. Distinción entre el deber jurídico y los deberes morales y otros concurrentes; y diferencias entre el deber jurídico y

BIBLIOTECA DE COLEGIO DE MEXICO 385

Págs.

el deber moral de cumplir el derecho, *139*.—2. La esencia del deber jurídico, *141*.—3. Alusión a otros problemas, *143*.

CAPITULO IX

La Persona y la Personalidad. La Persona Auténtica (El Individuo Humano). La Personalidad Social del Individuo y de los Grupos. La Personalidad Jurídica del Individuo y de las Colectividades 145-184

1. Preliminares, *145*.—2. El individuo auténtico, *146*.—3. El concepto de persona en la vida social y jurídica, *156*.—4. El concepto jurídico de personalidad, *161*.—5. Las personalidades sociales extrajurídicas de los individuos y la personalidad social extrajurídica de los grupos, *176*.

CAPITULO X

Los Elementos, las Fuentes y la Sistemática del Derecho Positivo Vigente 185-226

1. Diversas clases de normas jurídicas, *185*.—2. El derecho positivo es la voluntad del Estado, *186*.—3. Cuatro diversos problemas sobre las fuentes del derecho, *188*.—4. La fuente unitaria formal del derecho positivo, *189*.—5. Alusión sociológica sobre las fuentes generadoras de derecho, *191*.—6. La sistemática del orden jurídico vigente, *197*.—7. Las formas de producción del derecho: de modo originario y de modo derivativo, *201*.—8. La producción originaria. El poder constituyente, *201*.—9. El poder constituyente, *206*.—10. La producción derivativa del derecho. La legislación constitucional. La legislación ordinaria. Los reglamentos. El negocio jurídico. La sentencia judicial. La resolución administrativa. El acto ejecutivo, *211*.—11. Relación entre las normas generales y las individualizadas. La plenitud hermética del orden jurídico; las lagunas y el juez, *218*.

CAPITULO XI

El Estado (Estado y Derecho) 227-263

1. Planteamiento del problema de la relación entre Estado y derecho, *227*.—2. La pregunta: ¿qué es el Estado?, *228*.—3. Examen de las posiciones doctrinales típicas, *232*.—4. Relación entre Estado y derecho. La realidad del Estado, *244*.—5. Tipo de relación entre la dimensión jurídica del Estado y su realidad social, *262*.

Págs.

CAPITULO XII

ESTIMATIVA JURÍDICA 265-369

1. Planteamiento del problema de la estimativa jurídica, *265*.—2. Justificación del problema de la estimativa jurídica, *269*.—3. Articulación escalonada de los temas que condicionan la estimativa jurídica, *274*.—4. La raíz del conocimiento estimativo sobre el derecho, *276*.—5. Objetividad del *a priori* estimativo, *284*.—6. La historicidad humana y los valores jurídicos: Planeamiento de la cuestión, *295;* Platón, *298*; Aristóteles, *299*; San Agustín, *299*; Filosofía Escolástica. Francisco Suárez, *301;* La escuela clásica del Derecho Natural, *305;* Rousseau, *307;* El Romanticismo jurídico o Escuela histórica del derecho, *307;* Hegel, *311;* El positivismo y el naturalismo, *315;* Carlos Marx, *317;* Stammler, *320;* La superación del formalismo, *326*.—7. Historicidad y valores jurídicos. La historicidad de la estimativa jurídica, *331*.—8. La idea de la justicia y la valoración jurídica, *342*.—9. La valoración de la persona humana para el derecho, *353*.—10. Fundamentación del personalismo o humanismo, *359*.—11. Consecuencias del personalismo, *363*.—12. La certeza y seguridad, *367*.

NOTAS 371-381

BIBLIOGRAFIA DEL AUTOR

El sistema filosófico-jurídico de Platón. Síntesis y Comentario. (Barcelona, Casanovas, 1922. Separata de la Rev. Jur. de Cataluña.)

Concepto lógico-genérico del derecho. La nota de coactividad. (Madrid, Editorial Reus, 1924. Separata de la Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia.)

El profesor Mario Sáenz en Madrid. Su personalidad. Sus doctrinas filosófico-jurídicas. (Buenos Aires, Caracciolo y Plantié, 1925. Separata de la Rev. Gral. de Leg. y Jur.)

Il concetto de diritto subiettivo inanzi alla filosofía giuridica. (Roma, Pinnaro, 1926; separata de la Rivista Internazionale de Filosofía del Diritto.)

Aspectos de la vida académica y científica germana en la post-guerra. Conferencia. (Madrid, Centro de Intercambio Intelectual Germano-español, 1927.)

La filosofía del derecho de Francisco Suárez. Con un Estudio previo sobre sus antecedentes en la Patrística y en la Escolástica. Madrid, Victoriano Suárez, 1927.)

La filosofía del diritto in Germania. Suo stato alla fine del primo quarto del sécolo xx. (Separata de la Rivista Internazionale de Filosofía del Diritto. Roma, 1928.)

Prólogo a la traducción española del *Compendio Esquemático de una Teoría General del Estado,* del Prof. Hans Kelsen. (Publicaciones de la Facultad de Derecho de Barcelona, Núñez, 1928.)

En torno al subsuelo filosófico de las ideologías políticas. (Biblioteca de la Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia. Vol. xxxix. Madrid, Reus, 1928.)

Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo xx. (Manual de la "Colección Labor", Barcelona, 1929.)

El actual viraje del socialismo germánico. (Madrid, Giménez, 1929; separata de la Revista de Política Social, Madrid, noviembre de 1928.)

El sentimiento y la idea de lo justo. Psicologismo y objetivismo en la filosofía del derecho. (Conferencia. Madrid, Centro de Intercambio Intelectual Germano-Español, 1929.)

Extensas Adiciones originales (*Colección de Monografías filosófico-jurídicas*) a la "Filosofía del Derecho" de Giorgio Del Vecchio. (Barcelona, Bosch, 1929 y 1930.)

Estudios de Filosofía del Derecho Internacional. La unidad de la construcción jurídica y el primado del Derecho Internacional. (Barcelona, Miscelánea Patxot, 1930.)

Estado y derecho. El problema acerca de si son distintos o bien una sola e idéntica entidad. (Modena, 1931; separata de los "Studi filosófico-giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio".)

El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español. (Madrid, Morata, 1931.)

Las teorías políticas de Vitoria. Con un estudio sobre el desarrollo de la idea del contrato social. (Madrid, 1931: en el Anuario de la Asociación de Francisco de Vitoria.)

Prólogo al libro de Luis Legaz Lacambra "Kelsen". (Barcelona, Bosch, 1933.)

Asunto e prospettiva della filosofía del diritto. (Roma, 1934.)

Estudio sobre la teoría pura del derecho y del estado, (prólogo a la segunda edición del Compendio de Teoría General del Estado de Hans Kelsen. Barcelona, Bosch, 1934.)

Los temas de la filosofía del derecho, en perspectiva histórica y en visión de futuro. (Barcelona, Bosch, 1934.)

Estudios de filosofía del derecho, publicados como *Adiciones* a la filosofía del derecho de G. Del Vecchio. (Segunda edición totalmente reelaborada y muy aumentada. Barcelona, Bosch, 1935.)

Estudios de filosofía del derecho. Barcelona, Bosch, 1936.)

La misión de una auténtica filosofía del derecho. (En el Fetschrifft zum 80-ten Geburtstag Rudolf Stammler's. Archiv für Rechts and Socialphilosophie, XXIX, 2, Berlín, 1936.)

Les usages sociaux et leur differentiation d'avec les normes juridiques. (Conferencia en el segundo congreso del Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. París, Sirey, 1936.)

Economía, derecho y sociología. (En el "Trimestre Económico", México, 1937.)

Le but du droit: bien commun, justice, sécurité. (París, Sirey, 1938.)

La revisión crítica de la sociología. (En la Revista Mexicana de Sociología. México, 1939.)

Bases para la Estimativa Jurídica. Versión taquigráfica del ciclo de conferencias profesadas en la Universidad de la Habana. (Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho. Habana 1939.)

BIBLIOTECA
CM
INVENTARIO 2015
DANIEL COSIO VILLEGAS

Este libro se acabó de imprimir el día 24 de enero de 1940, en la Sociedad Cooperativa "Artes Gráficas Comerciales", S. C. L., en papel importado, Mearaco Bond de 56.5 kls., al cuidado de: Director: *Daniel Cosío Villegas*. Regente: *Fernando Detrí* S. Cajistas: *Pablo González, Felipe Malda* y *Héctor Ortega*. Prensistas: *Ernesto Osorio, Alfonso Sánchez* y *Pedro Quintanar*.

EL COLEGIO DE MEXICO
CE/340.1/R2947y
3 905 0340057 3