

JOSÉ LOIS ESTEVEZ

**NUEVA VERSIÓN SOBRE EL DERECHO
Y OTROS ESTUDIOS**

(LA INVESTIGACIÓN QUE PERMITIÓ A SU AUTOR COMPUTABILIZAR LO JURÍDICO)

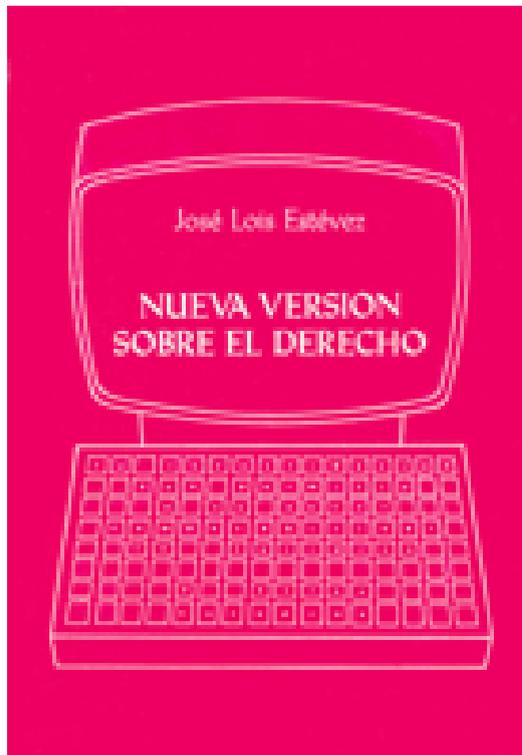
SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1977

Registro de Empresas Editoriales número 40.326

Depósito Legal: C. 690 -1977

ISBN 17146

Imprenta PAREDES - Virgen de la Cerca, 30 - Teléfono 59 78 58 - Santiago, 1977



*En la España enérgicamente conservadora de 1946 el autor de este libro, que se había propuesto la casi sobrehumana tarea de hacer del Derecho una **Ciencia exacta**, comenzó a efectuar aplicaciones concretas de procedimientos matemáticos a la resolución de problemas jurídicos particulares. Desde entonces (sin cejar jamás en el empeño, pese a las reacciones intolerantes del pensamiento «oficializado»), investigando con perseverancia superior a los contratiempos que ciertas intransigencias le depararon, ha conseguido ya generalizar en el Derecho las técnicas lógico-matemáticas. Este libro—al que seguirán en breve «**Formulaciones matemáticas para una Ciencia exacta del Derecho**» y «**Estudios de Lógica jurídica**»—constituye una prueba categórica de cuánto cabe esperar que aporten estos innovadores métodos a la tan necesaria **racionalización** de este Derecho, en nuestro tiempo tan en crisis. Cuando todas nuestras instituciones se tambalean, como sufriendo un terremoto, la única línea salvadora capaz de ofrecer auténtica estabilidad es la que aquí se preconiza: **Impersonalización del poder y Política científica del Derecho**.*

A BERNARDINO SANMARTÍN REY
*jurista de la más lúcida perspicacia, hombre
como muy pocos.*

IN MEMORIAM

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Prólogo</i>	9
1. <i>Nueva versión sobre el Derecho</i>	18
<i>I. Propósito y reto</i>	19
<i>II. Fundamentos</i>	20
<i>III. La otra definición del Derecho</i>	26
<i>IV. La explicación radical del Derecho</i>	29
<i>V. Los títulos la probabilidad y el cálculo jurídico</i>	46
<i>VI. La computabilidad del Derecho</i>	64
2. <i>La reconstrucción epistemológica del Derecho</i>	83
3. <i>La teoría del deber jurídico</i>	93
3 bis. <i>Criba lógico-matemática de un deber jurídico</i>	101
4. <i>Lógica Jurídica</i>	109
5. <i>Salario</i>	115
6. <i>Sanción</i>	119
7. <i>Trabajo</i>	125
8. <i>Sobre un «sexto poder»</i>	133
9. <i>La Ciencia del Derecho ante la crisis de las formas políticas</i>	145
10. <i>Apéndice: Prelección a un Curso de Sociología</i>	163

PROLOGO (1)

Cosa de un cuarto de siglo antes de Cristo, Aristarco de Samos, uno de los «grandes» de la Ciencia griega, ideó un método para evaluar las distancias y dimensiones del Sol y de la Luna. La ocurrencia genial de Aristarco consistía en una explotación matemática muy hábil de ciertas observaciones e hipótesis más o menos obvias. El suponía, primero, que nuestro satélite, carente de luz propia, brillaba transmitiendo la solar. Que su órbita describía una circunferencia, con centro en la Tierra. Que en el justo instante de la media-Luna la línea que separa la porción iluminada y la oscura, perpendicular a los rayos solares, coincide con la visual del observador. Que el tamaño de la sombra que en los eclipses proyectaba la Tierra sobre su fiel cortejo duplicaba la dimensión del mismo. Que el ángulo en el observador de las visuales dirigidas al límite luz-sombra en la Luna y al centro del Sol medía 87° . Y, por último, que el diámetro aparente de nuestra desvelada compañera frisaba los dos grados (2°). De aquí, mediante irreprochables razonamientos geométricos, Aristarco dedujo por primera vez a qué escala estaba construido el sistema Tierra, Luna, Sol y cuánto medían y distaban sus componentes. ¿Qué errores cometió el sabio griego en sus estimaciones finales? ¡Errores tremendos, inadmisibles, que, sin embargo, son incapaces de empañar lo más mínimo toda la grandeza de aquel primer viaje imaginativo más allá de la Tierra!

Los cálculos de Aristarco hacían al Sol de un diámetro aún no siete veces mayor que la Tierra y de un volumen poco más de tricéuple y lo situaban a una distancia de nosotros apenas veinte veces superior a la que nos separa de la Luna; pero hoy sabemos que el diámetro solar es 109 veces el de la Tierra; su volumen sobrepasa al de nuestro globo en más de 1.300.000 veces y su distancia, comparada con la de la Luna, ha de ser obtenida multiplicando la de ésta última por 400... (1).

Sí; evidentemente los resultados eran pobres. Pero el método — y esto era lo importante— sumamente fecundo, pues demostraba que las distancias y dimensiones Tierra-Luna-Sol podían ser medidas y explicaba cómo. ¡Abierto el camino, reemprenderlo en forma más segura y precisa ya no sería sino cuestión de tiempo!

Una proeza matemática parecida la llevó a cabo Eratóstenes de Cirene, años después. Eratóstenes, profesor en el Museo y director de la Biblioteca alejandrina, leyó —o supo por alguien— que en Siena (Asuán) el Sol de mediodía podía verse durante el solsticio mayor

¹ Pertenece al libro (aún inédito) del autor *Formulaciones matemáticas para una Ciencia exacta del Derecho*, del que se ha publicado ya otro capítulo.

^{1bis} Aristarco de Samos: *Sobre las dimensiones y las distancias del Sol y de la Luna*, Vid. texto y traducción inglesa en Heath: *Aristarchus of Samos, the ancient Copernicus*, Oxford, 1913. Vid. también Sarton: *A History of Science. II, Hellenistic Science and Culture in the last three centuries b. C.*, Cambridge, Mass. 1959, 53 ss.

reflejado sobre las aguas de un profundo pozo. Este solo dato bastó para desencadenar en la mente enciclopédica del eminente sabio, discípulo de Arquímedes, la ocurrencia relámpago que lo llevaría a materializar un procedimiento para calcular con gran exactitud el perímetro de la Tierra. Eratóstenes no ignoraba que en Alejandría, en idénticas fecha y hora, la sombra del gnomon correspondía a un ángulo de $7 \frac{1}{5}^\circ$, así que pudo deducir que las verticales de una y otra localidad, al encontrarse en el centro de nuestro planeta, lo harían con ese mismo ángulo —pues suponía que las dos ciudades se hallaban en el mismo meridiano. Cifrada la distancia entre Siena y Alejandría en 5.000 estadios y siendo $7 \frac{1}{5}^\circ$ la cincuentava parte de la circunferencia, el perímetro del globo terráqueo tendría que ser 50 veces mayor que aquella distancia; es decir, de 250.000 estadios. Por correcciones no muy bien entendidas, Eratóstenes agregó 2.000 estadios más a dicha cifra.

No sabemos muy bien el valor en medidas actuales del estadio que él manejaba; pero, a tenor de la equivalencia más probable, parece que debemos equipararlo a 157,5 metros. Entonces la circunferencia terrestre tendría, según él, 39.690 Kms. ¡Aproximación notable que apenas difiere, por defecto, en un 1 % del valor real! (²).

Esto era, naturalmente, lo de menos. Cuando se pone a punto un método adecuado para realizar ciertas mediciones que no se sabía hasta entonces cómo efectuar, tiene escaso interés la precisión de los resultados logrados de momento. Tanto Aristarco como Eratóstenes *estaban aportando algo valiosísimo, aun cuando se hubieran limitado a exponer su idea sin cuidarse de llevarla a la práctica*. El valor de sus invenciones residía en haber dado con una fórmula buena para medir; el desenlace concreto de sus particulares operaciones de medición, susceptible de mejoramientos sucesivos, era cosa secundaria ante la genialidad del procedimiento. Un error mensurable es siempre un paso hacia errores cada vez más pequeños. Y por eso comenzar a medir, descubrir el modo de enfrentarse cuantitativamente con un problema significa «estar sobre la buena pista» en el rastreo del conocimiento.

Yo no sé si la moraleja de estos dos episodios excusará de cualquier otro argumento para patentizar ante mis lectores los designios y el posible valor de este libro. Su importancia —para quien alguna le reconozca— no finca tanto en las formulaciones concretas, cuanto en los métodos que propone. Pues no se trata aquí de brindar cosas tales como soluciones definitivas, sino modos de ataque «controlables» y, por eso mismo, destinados a «quedarse atrás», aunque sí empujando reactivamente la Ciencia.

Que en el Derecho sea ya esencial iniciar un proceso de cuantificación, no parece dudoso. Nuestro «empirismo» tradicional de peritos prácticos se acusa hoy tan en crisis como la Medicina a principios del pasado siglo. Por todas partes cunde el descrédito de la Ley y la más amarga desconfianza en el proceso, en los abogados y en los jueces. Si durante un tiempo se creyó que el signo oficial, la «marca de fábrica» del Estado constituía una garantía de calidad que amparaba todos sus productos, ahora, donde quiera que la competencia es posible, semejante suposición no ha podido resistir a la crítica. Las obras «públicas» desmerecen, a igualdad de costo, de las obras «privadas»; los servicios y las empresas «públicas» resultan dispendiosos e ineficientes. A medida que el Estado o, mejor dicho, los órganos de poder y gobierno, dilatan sus funciones «tuitivas» sobre la comunidad controlada, los pacientes del experimento, a quienes se nos da el sintomático remoquete de *administrados*, estamos ganando la evidencia —¡bien a nuestra costa!— de que no hay «carismas» connaturales al poder, sino que lo que cuenta en

² Sobre Eratóstenes de Cirene, vid. Sarton: *Op. cit.* 99 ss. También Mieli: “*Panorama General de Historia de la Ciencia, I, El Mundo Antiguo: Griegos y Romanos, 2.*” ed. Buenos Aires, 1952, 131 ss.

definitiva es «el saber o no» de quienes tienen que hacer algo. Surge, en consecuencia, el convencimiento de que cualquier selección de hombres efectuada por los que mandan sin saber, será siempre inferior a la que podría ser hecha por los que saben sin mandar. Y ahí está la ventaja de la espontánea actividad social sobre la remolcada actividad política. La primera se basa en capacidad y saber, pues fracasa cuando le faltan. La segunda se basa en poder y, aunque dure a la fuerza, sólo es beneficiosa en la hipótesis —rara más bien— de que los que mandan acierten casualmente con los que saben. Porque, desgraciadamente, la sugerencia platónica de que manden los sabios resulta impracticable, pues los más de los sabios lo son *porque no mandan* ⁽³⁾.

Mientras el halo de un prestigio mítico podía nimbar al gobierno, gracias a su labor propagandística y a la falta de unidades de medición con que valorar objetivamente las funciones públicas, era posible mantener ocultos el bajo rendimiento y la chapucería. Pero en el presente, cuando el nivel cultural y el sentido crítico se hacen más comunes, cuando se comienza a expresar el desarrollo y la eficacia de cada empresa en números inequívocos, no cabe disimular por más tiempo el tremendo *coeficiente de disipación* ⁽⁴⁾ que lastra las obras determinadas por y desde el poder. Uno lo palpa a cada paso. Entre otras cosas, en la docencia oficial, cara, pletórica y sin ideales, que está convirtiendo, por ejemplo, profesiones de tan brillante historial de abnegación como la Medicina en un servil comercio con el estado de necesidad, el dolor y la esperanza humanos; en los seguros sociales obligatorios a cargo del gobierno, que, pese a su costo desproporcionado, son generalmente incapaces de garantizar un mínimo de asistencia «solicita» a los asegurados; en los ferrocarriles nacionales, donde la retrasada tecnificación se alía al mal servicio, a la desatención y al constante encarecimiento «antideficitario», que acaba cebando el déficit que combate. Pero, sobre todo, en la administración de justicia (¡serían ominosas las mayúsculas!), tan dispendiosa y lenta cuanto incompetente y arbitraria.

Hoy es un hecho público y notorio en casi todos los países que los pleitos se amontonan y eternizan en los Tribunales, que los jueces (pese a su número creciente) los estudian cada día más a la ligera y los deciden mediante sentencias cada vez peor fundadas. ¡Y ni aún así consiguen hacer sus pronunciamientos dentro de plazo! En los tribunales superiores, llamados «supremos» con más justificación aún *de hecho* que *de Derecho*, el abuso en la distorsión de los períodos procesales «a favor de la propia pereza de los jueces» es ya una rutina. En el mismo procedimiento en que una parte perdió la oportunidad de contradecir por haberse retrasado un día, la sentencia se retrasa por meses... y no pasa nada. Los magistrados de la Sala —«interesados» ahora, que no jueces, pues la causa es «propia»— se autodispensan de un deber legal y los litigantes —o su consejo de defensa— tienen que sufrirlo sin recurso.

³ Bien lo sabía el propio Platón, quien, en el libro VII de su *República* ponderaba magistralmente la renuencia de los auténticos filósofos a descender de las alturas de la contemplación para ocuparse en los pobres asuntos cotidianos. ¡Había que ejercer sobre ellos la violencia suave de la persuasión para que accedieran a gobernar a los extraños prisioneros de la caverna! Pero quizás sea aún más fuerte el convencimiento de Platón que lo que deja traslucir el propio diálogo. Si todas las construcciones de la *República* se interpretan (¡y creo que es lo correcto!) como simples «hipótesis de trabajo» o «modelos abstractos» para el razonamiento político, ¿no habrá que ver cómo una delicada ironía de Platón aquella frase hoy célebre?: «A menos que los filósofos reinen en las ciudades o que cuantos ahora se llamen reyes y dinastas practiquen noble y adecuadamente la Filosofía... no hay tregua para los males de las ciudades... ni para los del género humano... ni hay que pensar... que vea la luz del Sol la ciudad que hemos trazado de palabra...» (Cito según la edición bilingüe de Pabon-Fernández Galiano, Madrid, 1949, II, pág. 158).

⁴ Sobre este concepto vid. mi conferencia *Desarrollo y Disipación*, en Aula de Cultura Económica, Santiago de Compostela, 1966.

Estas anomalías no son sin grave daño. Por motivos que comprenderemos más adelante, la eficacia conminativa de los disuasivos jurídicos está en razón inversa a la duración promedio de los procedimientos judiciales, de donde resulta que cada retraso impuesto a una resolución tiende a elevar el índice de litigiosidad. Huelga añadir que esta acción es cíclica y que cada dilatoria siembra dilatorias todavía mayores y contribuye a desvalorizar el Derecho. Y aunque, hasta cierto punto, las deficiencias procesales lleguen a funcionar también como auténticos disuasivos, requiriéndose cada vez una necesidad más vehemente de tutela jurídica para justificar una demanda, esto, cohibe, sobre todo, al litigante de buena fe; pero no al temerario, que acaso trate entonces de pescar en aguas revueltas...

¿Qué cabe hacer actualmente para remediar estas y otras deficiencias de nuestra organización judicial? Débanse a lo que se deban —malos procesos, malos jueces o mala legislación—, las reformas puramente legales, comprometidas a cada paso por el arbitrio humano, fácilmente serán estériles. Si uno concibe al Juez —como lo quería Montesquieu— sin iniciativas propias, limitado a pronunciar las palabras de la ley, los magistrados que designe reaccionarán probablemente afirmando sus opiniones particulares por encima de la intentada «objetividad» del Derecho. Pero si, por el contrario, el legislador cuenta con el juez para acomodar un Ordenamiento asaz genérico a las circunstancias singulares que de cuando en cuando matizan algún caso, el juez, ahorrándose el esfuerzo creador, no hará distinciones y se atenderá quizás a la estricta literalidad de los textos. Y sucederá, así, que el cometido más importante confiado a la ley, vale decir: la predicción anticipada de las sentencias en cada litigio posible, será menos probable cada vez en detrimento de los valores jurídicos.

Vale la pena reflexionar despacio sobre los efectos sociales que las reacciones anómalas de los jueces traen consigo. Imaginemos, con este propósito, que una determinada Comunidad C cuenta con un número N de magistrados judiciales, seleccionados con acierto. Para no desvirtuar en nada nuestra argumentación, vamos a suponer además que las normas procesales y materiales permanezcan constantes; es decir, que no se introduzca modificación en ellas durante nuestro término de control. Dadas estas hipótesis, la teoría matemática de probabilidades, nos permite afirmar lo siguiente:

1º) Considerado como un caso límite (valor 1) el acierto total —que vendría representado por un cien por ciento de sentencias irreprochables—, la probabilidad para cada juez de dar con la resolución correcta se expresa en fracciones más o menos próximas a la unidad.

2º) Sean estas fracciones $j_1/k_1, j_2/k_2, j_3/k_3, \dots$. O, si se prefieren estimaciones concretas, $90/100, 89/100, 87/100$, etc., según que cada juez logre **90, 89, 87** sentencias acertadas por cada cien que dicte. Un teorema básico en la teoría de fracciones nos enseña que

$$\frac{j_1 + j_2 + j_3 \dots}{k_1 + k_2 + k_3 \dots}$$

Tiene un valor intermedio entre la mayor y la menor de las fracciones dadas.

3º) Sea este valor $j/k = h$. Para cada posible litigante, h representa evidentemente la probabilidad media de que los tribunales le hagan justicia en el supuesto de tener razón. El complemento h , esto es, cifra, por el contrario, las expectativas de obtener sentencia favorable el litigante que no la tiene, h mide, así, el valor eficaz de cualquier derecho subjetivo material en disputa (prescindiendo como veremos más adelante, de la desvalorización procesal que siempre sufre).

4º) Incrementemos ahora el número de jueces. Si hemos partido de una primera selección certera, el valor de h tenderá a disminuir, aunque guardando cierta proporción con aquel incremento. Y es inevitable secuela el complemento de h aumentará, y crecerá con él la inseguridad jurídica.

5º) Si existe, en cambio, un determinado coeficiente de error en nuestra selección previa, podremos, hasta cierto punto, superarlo; pero a condición de mejorar nuestros métodos selectivos. En general, dado que la calidad escasea y que lo excepcionalmente bueno destaca, los jueces más idóneos suelen haberse escogido antes, así que cada nuevo incremento numérico redundará probablemente en menoscabo de h .

6º) Cuando la inseguridad jurídica aumenta como consecuencia de una mala administración de justicia, la efectividad de los incentivos y disuasivos de que se vale un Derecho tendrá que reducirse. De rechazo, la propensión a la arbitrariedad será proporcionalmente mayor. Y el número de litigios tenderá a crecer.

7º) A igualdad en el número de jueces, más pleitos por unidad de tiempo entrañarán un desmerecimiento en la calidad, de donde una nueva amenaza a la seguridad jurídica.

Es verdad —y un interlocutor agudo sabrá recordárnoslo— que el crecimiento natural de la población puede consentir, dentro de ciertos límites, un incremento en el número de jueces sin mengua alguna de la calidad. Pero esto, obviamente, sólo tendrá lugar en el caso de que tampoco ese mismo efecto de superpoblación no ocasione un aumento diferencial de litigios por juez nombrado.

No creo que haya nadie que no comprenda el profundo significado que estas evaluaciones matemáticas tienen para la Política del Derecho en uno de sus capítulos más importantes. Sea como quiera, es hoy un hecho de evidencia empírica (y lo será mientras nuestros procedimientos educativos y selectivos no se mejoren radicalmente) que el número de pleitos resulta excesivo, que se dilatan más allá de toda paciencia y que las resoluciones que los dirimen en el fondo (¿) carecen muchas veces de auténtica fuerza de convicción. La justicia humana se ha mostrado, pues, insatisfactoria. Y especialmente insusceptible de celeridad.

No nos es lícito a los juristas, a mi juicio, cruzarnos de brazos ante este fenómeno social como si la necesidad de procurar el perfeccionamiento del Derecho no rezara en absoluto con nosotros. Si estuviéramos ante un acaecimiento fatal e irremediable, podríamos resignarnos a la inercia; pero ahora, por suerte, no nos enfrentamos a ningún imposible. Desde que la Ciencia y la Técnica de nuestro tiempo han obsequiado al mundo las computadoras, gran parte, cuando menos, del trabajo que pesa sobre los jueces podrá ser traspasado ventajosamente a esas máquinas. Sería prematuro pretender, de momento, recurrir a las computadoras en todos los ámbitos de la aplicación del Derecho. Equivaldría en muchos casos a hacer violencia a normas que no han sido proyectadas para soportar esquemas interpretativos mecanicistas. Pero esto no

⁵ *En curso de publicación este libro, tengo la oportunidad de leer la magistral monografía del procesalista alemán Gottfried Baumgartel: **Gleicher Zugang zum Recht für alle**, Köln, 1976, que con datos estadísticos escalofriantes pone de relieve otra de las más acusadas deficiencias del Derecho actual: el no ser igualmente efectivo para todos, por brindar muy diferentes oportunidades, en razón de los elevados costes e insatisfactoria organización del beneficio de pobreza, a personas de recursos económicos no comparables. Uno no acierta a comprender la **lógica** con que actúan los gobernantes: En materias de muy dudosa justificación de la gratuidad (¡la enseñanza superior, por ejemplo!) ésta tiende a imponerse (cuando es, incluso, discutible que sea de competencia estatal); en cambio, la Administración de Justicia, que es prácticamente la **ultima ratio** fundante del Estado, se ve lastrada por costes prohibitivos. Vid. si no, la Introducción en la obra de Baumgartel (esp. págs. 2 y 3), que hace ociosos todos mis comentarios.*

debe impedir a los juristas tener en cuenta, mismo desde ya, a estos nuevos instrumentos de cálculo. Procederemos, pues, a utilizarlos donde quiera que nos puedan brindar algún servicio. E iremos, simultáneamente, preparando el terreno para generalizar su uso más y más. Pues, aun salvada siempre la superioridad del hombre sobre la máquina, debida a la facultad de ideación, es lo cierto que en los actos concretos de aplicación jurídica la máquina se comporta con una fidelidad a toda prueba, no traiciona jamás las instrucciones recibidas, no conoce distingos ideológicos ni de partido, no establece acepción de personas, no cede a presiones ni pasiones, es inmune a la simpatía y a la antipatía y no entromete prejuicios privados en la pública objetividad del Derecho. Para la computadora no se dan designios preconcebidos a cuyo alrededor articular maliciosamente las normas para que signifiquen lo que uno se propone que signifiquen. Para la computadora rige, en verdad, el principio de neutralidad y el *quod non est in actis non est in mundo*. Y por si esto fuera poco, trabaja a destajo y ejecuta a increíble velocidad las órdenes recibidas.

Ante una legislación plagada de lagunas y deficiencias no parece haber opción teórica entre el hombre y la máquina. Más aún; si se exceptúa su rapidez, es difícil atribuir a la computadora otros méritos en que no pudiera aventajarla, en principio, un juez «ideal». Donde «juzgar» sea «comprender», la máquina desmerecerá frente al hombre que menos comprensivo nos parezca. Pero juzgar no siempre es «comprender» sino que muchas veces se reduce a simple «cálculo». Y por otra parte, el juez «ideal» escasea tanto como lo más precioso del mundo. La pregunta pertinente no es, así, si el juez ideal resulta o no preferible a la máquina, sino si el juez «medio» comete, o no, menos errores de aplicación que la computadora. O, todavía mejor, nos demandaremos si cabe, o no cabe, conformar de tal manera el Derecho que una computadora, adecuadamente programada, pueda aplicarlo a casos «preseleccionados» con menor error que el juez medio.

Reservando estas y otras cuestiones similares para otra sede de este mismo libro, nos limitaremos a reflexionar ahora sobre las más revolucionarias consecuencias que la utilización de computadoras irá volcando sobre el Derecho.

La primera consistirá en una reacción, cada vez más honda, sobre la actividad legislativa. La ley, nacida otrora para uniformizar y hacer previsibles las sentencias, fracasó en gran parte por cuenta de su terco voluntarismo, inoportuna generalización sobre inducciones exiguas y exceso de confianza de los legisladores en los jueces y de los jueces en los legisladores. Exonerados a priori los legisladores de todo cargo de arbitrariedad, han antepuesto habitualmente sus sentimientos y propósitos a la investigación objetiva de los datos sociales y de los diversos niveles de idoneidad entre medios y fines. Sin estudio pormenorizado de casos, ha tomado la ley decisiones generales en un lenguaje «cabalístico» inasible. No importa ya abarcar supuestos contradictorios, dejar lagunas, llenarse de expresiones vacías. Un filtro judicial obligado, depurando y subsanando después tales reticencias o errores, encubrirá los desaciertos del legislador ante la comunidad y el propio responsable. Los órganos legislativos pueden ganar así la impresión de que legislar bien o mal no hace diferencia o, lo que sería mucho peor aun, que su obra, por chabacana que resulte, constituye un dechado de perfecciones.

Por fortuna, la computadora pondrá fin a esta legislación «de aficionados». A la computadora no se le podrá hablar «sibilinamente», ni en forma reticente o imprecisa. Ella no va a encubrir los errores del legislador, sino que por el contrario, servirá para echárselos en cara con brutal franqueza. No disimulará con una obediencia virtual el absurdo zancadilleante de una instrucción vacua o proteica, que imponga desde antes lo que sólo después se sabrá en qué consiste. Rechazando sistemáticamente las formulaciones indescifrables o incompletas, la computadora

enseñará al legislador a legislar, al menos, con sentido. Todavía más; incapaz de rendirse a contradicciones, hará necesario que la totalidad del Ordenamiento programado esté rigurosamente sometido a la más severa lógica jurídica.

A medida, pues, que el uso de la máquina se difunda, irá desapareciendo la posibilidad para los legisladores de aventurar las fórmulas legales por votación y a capricho. La legislación *ab trato et sine studio* flaqueará y será progresivamente reemplazada por una legislación científica. Cada ley tendrá que ser compatible de veras con todo el Derecho. Ninguna inconstitucionalidad, material ni formal, podrá permanecer latente, como hoy, por tiempo indefinido. La computadora la delatará sin contemplaciones e impondrá, de pasada, a parlamentos y comisiones legisladoras una lección que en vano trataríamos de inculcarles los juristas: Que el Derecho es Ciencia y que no cabe legislar como es debido sin haber conocido previamente *lo que es debido* (6).

La segunda consecuencia revolucionaria que se derivará del trabajo con computadoras afectará presumiblemente a la valoración de la prueba en los diversos procedimientos judiciales y administrativos. Según demostraremos en pasajes ulteriores de esta obra, los medios de prueba constituyen generalizaciones preestablecidas de sucesos o hechos significativos que se acreditan estadísticamente como dominantes. Para dirimir sin parcialización injustificable el conflicto entre las dos versiones contradictorias que del supuesto histórico litigioso suelen brindar los litigantes, el Derecho se remite a títulos preferenciales ya creados. Cada «título» supone la condensación de una masiva probabilidad. Pero los títulos aducibles por cada parte son numerosísimos, diferentes y contrapuestos; y dista de ser simple para un juez humano valorar racionalmente su peso global comparativo. Jurados y tribunales especializados hacen esta valoración dejándose llevar de su «instinto», «intuición» o «corazonada»; es decir, confiándose a una «adivinación» inexpresable, ajena a cálculo y a control. Ocurre así que la prueba no se prueba. Y el error en su estimación campa por sus respetos. A veces se ha pensado en reaccionar drásticamente ante el problema cometiendo los juicios de hecho a auténticos especialistas que formasen un jurado técnico. La sugerencia, muy sensata, tropieza más bien con dificultades prácticas, no sólo por condicionar un juez por otro juez y antes, entre sí, los jurados, sino, sobre

⁶ *Ante ideas como éstas (que vengo propugnando desde 1945), la reacción habitual con la que tropiezo se manifiesta frente a mí en una inculpación por propósitos «tecnocráticos». Debo poner, pues, las cosas en su sitio. He afirmado, bien tempranamente por cierto, que la Política era, en esencia, una Filosofía de la Práctica, una Técnica de técnicas, una articulación del progreso científico, desde ella impulsado. He sostenido también que el norte de la Política habría de estribar en «hacer lo que se haya probado que es mejor por las personas que hayan acreditado más capacidad para hacerlo». Con esto está claro que no suscribo la votación «profética» de una masa de población, que elige a ciegas entre candidatos que le vienen impuestos, cuando no puede juzgar (¿cuántos conocen «comparativamente» a los aspirantes?) según resultados. Aborrezco la dictadura del capricho; pero no menos el azar democrático. Postulo, en cambio, la progresiva impersonalización del poder, el convertir la Sociedad en una organización cuya pensamiento «oficial» consista en su Ciencia y que esté proyectada para tomar decisiones —salvo en casos urgentes— con métodos científicos.*

Respecto al papel de las «ideologías», nunca he vacilado en proclamar la necesidad de erradicarlas de la Política científica que preconizo. No es que haya creído en su actual crepúsculo [aunque los argumentos de Fernández de la Mora en su famosa obra (El crepúsculo de las Ideologías, 1.ª ed. 1965) me parecen difícilmente recusables como testimonio de una actitud social en gestación], sino en la necesidad de que nos esforcemos para acelerarlo. Lo que yo he sostenido (desde 1952) es que la eclosión de las Ciencias políticas singulares habría de traer una recesión de las corrientes voluntaristas imperantes, lo que llamé «la quiebra del voluntarismo jurídico». (Pese al silencio sistemático en torno a mis pronunciamientos, es manifiesto que aquí, como en otras varias ocasiones, me anticipé a preconizar unas tesis que después se han generalizado bastante. Nada tengo que decir de los pensadores extranjeros que, independientemente, llegaron a conclusiones análogas. Casi todos los españoles, en cambio, pueden ser reprochados de ocultación deliberada e inconfesable). Sobre la posibilidad de hacer Ciencia Política, vid. La Investigación, II, 41 ss.

todo, por el enorme encarecimiento que provocaría en la administración de justicia.

Si el experto, en cuanto experto, funda sus juicios en formulaciones científicas o en «máximas de experiencia», que no son sino asunciones probabilitarias, parece obligado concluir que una computadora, programada de acuerdo con tales principios, pueda ejecutar con suma pulcritud las operaciones de valoración probatoria, incluso sin desmerecer ante un especialista.

De la mano con su vinculación a la prueba, la computadora invadirá, en tercer lugar, los Registros Públicos, donde tras una inicial complicación de los requerimientos y trámites preliminares que han de observarse en cada asiento, simplificará y acelerará el procesamiento de datos más allá de todo lo previsible.

Y esto es sólo un comienzo. La computadora se adueñará poco a poco del Derecho de obligaciones. Permitiendo explorar las consecuencias de las diferentes cláusulas contractuales o de las prescripciones estatutarias que plasman un acuerdo social, no sólo evitará futuros litigios, sino que incluso podrá dirimir divergencias interpretativas entre las partes o los socios. Dándonos el límite de una prescripción, nos enseñará a llegar hasta el fondo de sus implicaciones jurídicas; sabremos, así, cuáles son los corolarios que dimanan realmente de un principio y cuantos principios se necesitan en rigor para cubrir por completo cada sector determinado del Ordenamiento. Así podremos reducir las normas jurídicas a su mínimo y simplificar, por fin, el Derecho.

Todavía, por último, la computadora ha de hacer algo más: Nos va a imponer algunas condiciones a nosotros mismos. Normas que hoy podrían parecernos indiferentes o análogas, no lo serán más en cuanto sean pensadas en función de su programación para computarlas. Unas serán inidóneas para ese objeto y las daremos de lado. Otras, que acaso nos satisfagan menos, serán preferidas simplemente porque puedan traducirse a un lenguaje que la máquina logra comprender. Muchas excepciones a una regla, por ejemplo, serán menospreciadas, si no son estrictamente de justicia, por la única razón de desbordar la capacidad de previsión de la computadora. Al igual que muchas veces antes, por razones procesales y de prueba, el Derecho se acomodará ahora también —y acaso con mucha mayor intensidad— a las exigencias que los instrumentos de que se vale postulan. Pero, en cualquier caso, será un Derecho más abstracto, menos erróneo e incomparablemente más efectivo ⁽⁷⁾.

⁷ Sin perjuicio de citar en una publicación futura la bibliografía fundamental sobre aplicaciones de la Informática al Derecho, no quiero dejar de referirme ahora a los trabajos que me parecen más importantes, (desde mi propio punto de vista).

Klug, U.: **Máquinas electrónicas para la elaboración de datos en el Derecho**, en *Problemas de Filosofía del Derecho* (Garzón), 1966, 47 ss. (Y antes en **Ideas y Valores**, Rev. de la Fac. de Fil. y Let. de la Univ. Nac. Colombia, Abril-Octubre 1964). Frosini: **Cibernética, diritto e societa**, Milano, 1968. **Computers and the Law**, (A Publication of the Standing Committee on Law and Technology American Bar Association, editada por Robert P. Bigelow, 2.a, 1969. Sánchez Mazas: **Cálculo de las Normas**, Barcelona, 1973. El mismo: **Panorámica general de la informática jurídica**, en *Teleinformática Jurídica* (Ciclo de Mesas Redondas sobre el tema, publicadas por Fundesco), Madrid, Junio de 1973. Son interesantes también los ocho volúmenes siguientes de dicha publicación de la Fundación para el Desarrollo de la Función Social de las Comunicaciones (Fundesco), con estudios de López Muñiz, Córdoba Gracia, Ibáñez de Aldecoa, Santamaría Ansa, Bris Montes e intervenciones de otros especialistas). Vid. asimismo: Pérez Luño: **Cibernética, Informática y Derecho** (Un análisis metodológico), Bolonia, 1976. **Weinberger: Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik**, Berlín, 1974. (Huelga decir que en cualquiera de las obras citadas últimamente puede hallarse abundantísima bibliografía).

1

NUEVA VERSIÓN SOBRE EL DERECHO

I

Propósito y reto

El objeto del presente estudio es ofrecer en compendio y debidamente sistematizada una nueva versión sobre el Derecho: la que ofrece la *teoría empiriocrítica*. Tal cosa es tanta más necesaria cuanto que, hasta este mismísimo momento, por haber surgido al calor de los hechos y constar dispersa en multitud de libros y trabajos, carece de una visión de conjunto que abarque la esencia de su temática (¹).

Por no dar por sobreentendida ninguna idea relevante, comenzaremos por desentrañar las pretensiones de la doctrina y justificar, de pasada, su denominación. ¿Qué se propone, pues, la teoría empiriocrítica del Derecho?

Por de pronto, aunque la guíen muy legítimas y grandes ambiciones, confesará desde el principio llanamente que no se arroga, por ningún título, el monopolio de la verdad y ni siquiera presumirá de ser la última palabra, o aun la última moda, sobre el Derecho. Pretende, sí, —y esto ya es mucho e inusitado— constituir una teoría científica de lo jurídico. Es verdad que desde hace mucho tiempo —sabe Dios cuánto— se le da al Derecho el nombre de Ciencia; pero también es verdad que se le da *por analogía*, ya que se usa entonces el término «Ciencia» en una acepción tan desvanecida que ya es difícilmente legitimable. Aquí, en cambio, se habla de Ciencia sin efectuar ninguna degradación semántica de ese vocablo, sino con conciencia clara de las exigencias que contiene (²). No se trata de «rebajar» la Ciencia al nivel del Derecho, sino de realzar al Derecho hasta un nivel científico; de hacer de su conocimiento una Ciencia exacta; es decir, una Ciencia tan positiva y convincente como la Física.

Sé muy bien que, ante tal afirmación, habrá lectores que se sientan tentados a cerrar este opúsculo. Para ellos es ya un truismo fuera de discusión que el Derecho no pueda parangonarse en nada con la Física. Con todo, me atrevo a rogar al que piense así que, concediéndome una oportunidad de audiencia, suspenda su juicio hasta la completa asimilación de esta obrilla. Porque de una cosa estoy cierto: De que, tras su lectura meditada, ningún jurista sin ideas preconcebidas podrá seguir pensando como antes. Comprendo que, desde la altura de su saber, si usted se siente muy poseído de su Ciencia, es inevitable que una sonrisa escéptica incurva sus

¹ Las obras principales en que se han venido elaborando son: *Proceso y Forma*; Santiago, 1947; *Contenido esencial de la Ciencia Jurídica*, en *Arbor*, Abril de 1949; *Teoría de la expropiación procesal*, en *Rev. Der. Priv.* Diciembre de 1948; (Ambos trabajos aparecen recopilados en *Grandes Problemas del D. Procesal*, Santiago, s.f.). *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica*, Santiago, 1954; *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación*, Santiago, 1959; *La Lucha por la Objetivación del Derecho*, Vigo, 1965; *El Derecho como Ciencia exacta*; Vigo, 1965; *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho*, I, Caracas, 1970; II, Id. 1972.

Para un resumen, vid. Otero Díaz, Carlos: *La teoría empiriocrítica del Diritto*, en *Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, IX, 32-33, 3 ss.

² Sobre el concepto de Ciencia presupuesto aquí, vid. *La Investigación*, cit. I, 21 ss.

labios. Bien; pues si es así, recurriré a su deportividad: Acepte mi desafío y prepárese para la competición que le propongo. Sólo debo advertirle que el «juego limpio» consistirá aquí en su *duda metódica* provisional, en abstenerse de prejuicios mientras se informa de los heterodoxos planteamientos y en reaccionar con neutralidad espiritual interina ante los nuevos sesgos que mostrarán en adelante los problemas.

¿Queda, pues aceptado mi reto? De ser así, debo fijar, ante todo, sucintamente, en qué consistirá la doctrina que propugno, a fin de que usted, lector amable, pueda desde el principio fiscalizar si soy, o no, consecuente con ella. La respuesta es muy simple: *No se trata más que de una tentativa para la reconstrucción científica del Derecho. Y «científica» quiere decir aquí llanamente fiel a la experiencia y a sus propios supuestos lógicos.*

II

Fundamentos

La definitiva razón de ser del empiriocriticismo jurídico reside en la insatisfacción que el estado actual de nuestros conocimientos sobre el Derecho provoca en cualquier persona con formación científica. Si tratáramos de hacer un balance respecto a lo que verdaderamente *sabemos*, el resultado no podría ser más desalentador. Ciencias mucho más jóvenes que la nuestra cuentan ya con un «haber» tan superior que produce complejo... por lo menos a quienes no estén faltos de sensibilidad. Porque cabe detectar entre los juristas tres reacciones muy diferentes ante este mismo hecho.

La primera reacción es la de aquellos que, estando por lo práctico, se abstienen en absoluto de reflexionar sobre su propia actividad cotidiana y no aciertan haber en el Derecho otra cosa que el motivo de su rutina profesional o el modo de ganarse la vida. Para ellos carece de sentido valioso el egregio ideal de perfeccionar el Derecho y no han adquirido aún conciencia del altísimo objetivo social que podríamos cumplir todos los juristas si contribuyésemos a su progreso cada día. Ante las deficiencias de la más varia índole que constantemente les saltan a los ojos, muchos hombres de leyes no experimentan otro sentimiento que el de inhibición, como si tuvieran que enfrentarse con algo fatal e irreparable. La Justicia no pasa para ellos de un mito o una quimera y es incurrir en misticismo invocarla.

La segunda reacción es la de quienes, aun cuando insatisfechos del estado actual de nuestros conocimientos, organización y métodos jurídicos, son escépticos ante la posibilidad de hacer del Derecho una Ciencia en sentido estricto. Admiten ciertos mejoramientos técnicos y humanos (los derivados del incremento cultural promedio); pero nada de más largo metraje. Empeñarse en erigir una Ciencia jurídica que lo sea de veras es dejarse seducir por una fantasía.

La tercera reacción, finalmente, es la de aquellos juristas que, creyendo en la posibilidad de lograr un conocimiento científico sobre el Derecho, sienten también la comezón de contribuir con algún aporte a su desarrollo, por reputar que es esta misión la que por excelencia puede ennoblecernos. El empiriocriticismo jurídico se sitúa, por supuesto, dentro de esta línea y propugna un «programa» de investigaciones que no sólo se despliega con originalidad en la

temática que inveteradamente cultivan los hombres de leyes, sino que también incide en horizontes que apenas ha rayado la Jurisprudencia tradicional. En el primer aspecto, es decir, en la problemática tradicionalmente cultivada, revisa desde nuevas perspectivas metódicas las conclusiones obtenidas hasta el momento. Y mientras formula con intransigencia continuas demandas de rigor lógico-empírico, logra consecuencias inesperadas de una simple reconsideración epistemológica de los datos. En el segundo aspecto; esto es, en aquellos capítulos originales que añade a la Jurisprudencia clásica, descubre territorios inesperados o virtualmente inexplorados, que ni sospechó la doctrina dominante, sin más que abandonarse a la dinámica de sus motivaciones íntimas. Por tanto, si la fecundidad de una doctrina es algo en su favor, he aquí un «compruébese» que puede constituir, si confirmado, un primer indicio para juzgar sobre la presente.

En efecto, enfrentándose con la teoría tradicional, que, reduciendo el Derecho a «normas» hace caso omiso de la experiencia jurídica, la concepción empiriocrítica sostiene, apegada a los hechos, que la Ciencia jurídica es Ciencia de realidades y que su objeto estriba en **describir y comprender genéticamente las regularidades de conducta compatibilizada**, sin entrometer, para explicarlas, apreciaciones gratuitas ⁽³⁾.

Tal vez convenga hacer un alto en la derrota para aclarar sucintamente los términos que se utilizan aquí con un alcance técnico preciso, quizá demasiado lejano de su connotación vulgar. Señalemos, así, primero, que, dentro del presente contexto, una «apreciación» no es otra cosa que una «forma proposicional» (una apariencia de proposición que simula condensar un **juicio enunciativo**; vale decir, un inicio aunque asevera descriptivamente algo de algo y resulta susceptible de verdad o de falsedad): pero una forma preposicional que, llamada a cuentas, no exhibe, por radical incapacidad, ningún **fundamento predicativo verificable y de evidencia reproducible**. (Explicando de nuevo: el fundamento predicativo de una proposición consiste en su **porqué** objetivo; es decir, en la razón o motivación epistemológica que la sostiene, tal como el haber visto lo que se ve, el haber medido lo expresado en medidas, el justificar deductivamente lo que se concluye por deducción, etc. El fundamento predicativo será **verificable cuando admita la corroboración por diferentes observadores; de evidencia reproducible**, cuando es de prueba reiterable en condiciones temporales distintas). Las «apreciaciones» son aquí contrapuestas a «saberes». Los «saberes» (artístico, científico, filosófico, e, incluso, vulgar) cuentan con sendos **fundamentos predicativos**. La Ciencia, en particular, se caracteriza, amén de otras notas, por estudiar «relaciones», o, mejor dicho, «clases de relaciones homogéneas». El Derecho, en cuanto Ciencia, estudia las «relaciones de compatibilización», esto es: relaciones entre elementos antagónicos o con tendencia repulsiva. Así, por ejemplo, el «orden» y la «libertad», lo «lógico» y lo «arbitrario», etc., cuya reciprocidad (en sentido matemático) o la «razón inversa» es patente. (A mayor orden, menor libertad y viceversa).

Dos conductas se encuentran «compatibilizadas» cuando se hace posible que coexistan a la par, sin que una acabe anulando a la otra. Se da una **regularidad de conductas** cuando cabe observar en el medio social una repetición frecuente de las mismas, de modo que sea posible tomarlas como hechos o fenómenos estadísticos ⁽⁴⁾.

Lejos de constituir el Derecho, **las normas** (en la acepción tradicional de la palabra, como «imperativos» o «imposiciones» coercibles del grupo sobre sus miembros) son propiamente un ingrediente o, si se quiere, un instrumento, históricamente muy posterior al mismo. Siempre lo

³ Para más amplio esclarecimiento, vid. Lois: **La Lucha**, cit. 57 ss., 77 ss. Para un estudio a fondo de las regularidades sociales, Timacheff: **Introduction a la Sociologie Juridique**, 1939, 8 ss.

⁴ **La Investigación**, cit. I, 25 ss. 51 ss.

presuponen y, por consiguiente, no pueden bastar para esclarecerlo, ni, mucho menos, para conformarlo. Estudiar las normas es importante, ya que uno se tropieza inevitablemente con normas en el universo jurídico; pero es indispensable para entender de veras el Derecho no tomar jamás las normas exclusivamente como abstracciones, sino enfocarlas a la par como «proyectos», «modelos» o «planes» de un designio político intentado; pero incierto; que hay que confrontar constantemente con su «ser real» —que es el que cuenta—, a descubrir siempre en la vida, traducido en «modas» o en «uniformidades estadísticas»⁽⁵⁾.

El idealismo normativista padece el grave achaque de hacer incomprendible el progreso jurídico. Si las normas son un «plan» *autosuficiente* —que tanto vale decir que el derecho se reduce a ellas— no es comprensible por qué hayan de cambiarse alguna vez. Sí, tiene, en cambio, sentido cambiar las normas *para hacer mejor el Derecho* (6). Claro que así es concebible llegar al Derecho con distintos medios: espontánea o reflexivamente, con normas o con oráculos, con decisiones o con ordalías, con jueces o con computadoras. La perfección de los resultados obtenidos será el *criterio de preferencia* para enjuiciar la buena o mala fortuna de cada uno de los diversos medios o las diversas combinaciones entre los mismos.

Fuera ya, con estas cautelas, del inconsistente normativismo, no tendrá sentido ahora concebir la interpretación de las normas jurídicas como una especie de descenso a sus interioridades y entresijos, puesto que el significado de una norma que sea espejo de una realidad —para describirla o para, actuando sobre ella, modificarla— no puede estar latente o larvado en la norma misma. Si cada proposición normativa es un símbolo, más o menos incompleto, su restauración o esclarecimiento no será posible por deducción, sino únicamente mediante una continuada confrontación entre sus posibles designios y la conducta compatibilizada en su homogeneidad estadística. Porque la norma acepta las regularidades estadísticas y las consagra (tendencia del Derecho privado) o intenta una reacción correctiva en persecución de algún fin importante (no importa cuál pueda ser ahora) —propósito del Derecho público (7). Y tanto en uno como en otro caso, sin auscultar la realidad social estaremos ciegos. No sabremos lo que quiso sancionar el legislador, ni sabremos lo que tuvo la mira de combatir y rectificar, ni si tuvo éxito o fracasó en su tentativa (cosa capital para la Política del Derecho; pero también para su «aplicación» racional).

Siempre, pues, en contraste con la opinión más arraigada, el empiriocriticismo jurídico no se devana los sesos con abstracciones ininterrumpidas, sino que se pregunta, a cada paso, qué es lo que realmente muestra la experiencia jurídica. «Si aceptamos como buena una de las bases más firmes de la Epistemología contemporánea, sólo cabe considerar como *material empírico aprovechable* los hechos o fenómenos que son susceptibles de *observación objetiva*. Son condiciones esenciales para la objetividad de la observación, la corroborabilidad del hecho por diversos observadores y su controlabilidad en antecedentes o en consecuentes. Todos los «inobservables» deben ser desalojados del terreno científico». De ahí la gran pregunta previa a toda indagación científico-jurídica: ¿Qué es dable observar en el Derecho y de qué modo se lo puede observar? (8). No tardaremos mucho en dedicar a esta cuestión toda la atención que

⁵ *El Derecho como Ciencia Exacta*, cit. 19 ss. *La Investigación*, cit. I, 176 ss. II, 186 ss.

⁶ *La Investigación*, cit. I, 157 ss.

⁷ *El Derecho como Ciencia Exacta*, cit. 27 ss. *La Investigación*, cit. II, 156 ss. 214 ss.

⁸ Vid. *Problemas del objeto del proceso en nuestro sistema legal*, en ADC, VIII, 1 67-87 (Cito pág. 17 de la separata). Cfr. también *Estudios*, cit. 42 ss.

merece; pero, desde ahora, conviene reflexionar un poco sobre dos puntos capitales.

En primer lugar, precisa anotarse una discrepancia muy significativa y de monta entre el Derecho positivo y los juristas. Para el Derecho positivo rige el principio de evidencia social sin concesiones, en cuya virtud no puede adoptarse lícitamente ninguna medida constrictiva sino en virtud de algún «título» (¡entiéndase provisionalmente como prueba!) o hecho «persistente» con evidencia social «reproducible»⁹).

Otra vez son necesarias aquí algunas aclaraciones terminológicas. El Derecho positivo —que antes que Hegel e, incluso, que Aristóteles y Platón— descubrió y se asentó en la *dialéctica* ⁽¹⁰⁾, ha erigido como dogma en el proceso el principio de alegación contradictoria («*audiatur; et altera pars*», tesis y antítesis) y el de *neutralidad* judicial en la síntesis. Establecida ritualmente la *igualdad de oportunidades* entre las partes, como consecuencia de su necesaria indiferencia *a-priori* ante el Derecho, que se manifiesta en la fórmula $x = \frac{1}{2} (a + b)$, no habría modo de decidir jamás ningún litigio sino mediante una jerarquización *no arbitraria* de los diversos *índices de frecuencia* que avalen probabilítariamente los alegatos de cada parte. Como los hechos controvertidos en un proceso son siempre «históricos» y, por tanto, «pasados» y «pasajeros», el Juez no puede saber cómo acontecieron en verdad. Lo más que le cabría en cualquier caso sería conjeturar cuál de los relatos «interesados» que se le exponen parece más *verosímil*. Pero el Derecho —que aspira a una creciente (y científica) «impersonalización»— no puede mientras se proponga reducir al mínimo el error (o, lo que es lo mismo, la arbitrariedad) y «objetivarse» en sentencias previsibles por adelantado, dejar a merced de los Tribunales los juicios probabilitarios que funden la definitiva preferencia de unas alegaciones sobre las otras. Así, los hechos, «incognoscibles» para el Juez, son desde antes, a sabiendas de todos, reemplazados por «títulos» o «sacramentos jurídicos», es decir, por otros hechos o signos más duraderos que inducen fuertes probabilidades en favor de la posición que respaldan. Tales «títulos» constituyen los *valores jurídicos concretos* que, con las normas, cuentan entre los ingredientes indefectibles del Derecho. (De ahí nuestra ya vieja definición: «El Derecho es un orden de prelación de títulos para la paz social»).

No funciona, pues, el Derecho positivo frente a lo «inobservable» o «irreproducible» (¡quedarían incapacitados para su aprehensión los Jueces y Tribunales de instancias superiores!), sino que gira por completo en torno a títulos sensorialmente perceptibles. En otras palabras: los derechos y la protección jurídica son inseparables de su «prueba». *Ante cada Tribunal tiene que confundirse cada derecho con su exteriorización probabilística observable y reproducible*⁽¹¹⁾.

⁹ *Op. cit.* 56 ss. Vid. asimismo *infra cap. V.*

¹⁰ El «*audiatur, et altera pars*» que acredita el *principio dialéctico* en el proceso es una práctica sumamente antigua cuyo fundamento se encuentra en la no acepción inicial de personas, requisito indispensable para que pueda existir la mínima posibilidad de Justicia. De ahí que tal exigencia, como un sobreentendido, domine antes como un uso pragmático connatural a cualquier juicio imparcial que como norma explícita. A sabiendas, entre los modernos, si no estoy engañado, *la estructura dialéctica del proceso* fue afirmada primero por Redenti (*Profili pratici del Diritto processuale civile*, 2ª, 1939, pág. 54) y aun más insistentemente por Calamandrei (*Instituciones de Derecho Procesal civil según el nuevo código* (Sentís), 1943, 258 ss.). Pero ya en su tiempo el genio de Aristóteles anticipó con plena claridad el mismo pensamiento. Basta ver en prueba el primer capítulo de su *Retórica* donde no sólo vincula la dialéctica a la antítesis «acusación-defensa», sino que invoca la relación polémica procesal como una contienda a base de medios de convicción contrapuestos para ganarse el ánimo de los jueces. Platón, por su parte, consabida anterioridad, evidencia la vigencia del principio mismo en su *Apología de Sócrates*, al protestar el filósofo de la acusación sin audiencia que extraprocesalmente se ha difundido contra él.

¹¹ *Grandes Problemas*, cit. 88 ss.

En cambio, ciegos a esta realidad positiva, los juristas hablan de derechos y deberes, de delitos y acciones sin reparar en que, descartando los problemas probatorios presupuestos, se incapacitan para intuir la *realidad* y la *funcionalidad* de cada una de tales nociones. Pecan así, fatalmente, de «idealismo jurídico». Porque ¿a qué viene hablar de obligaciones o de derechos si abstraemos los títulos? ¿Es que pueden existir, en rigor, derechos y obligaciones, acciones y delitos condenados a ser inefectivos por falta de *evidencia social*? Lo que tendría sentido en el fuero interno, para un moralista, por ejemplo, no lo tiene en el externo, para el hombre de leyes, que ha de moverse en el ámbito de la experiencia, entre hechos concretos. Si yo he vendido mi gabardina a un amigo, fiado en su promesa de efectuar el pago dentro de ocho días; pero sin que exista la menor prueba (¡ningún título!) que conserve y atestigüe nuestra convención, ¿qué valor podrá tener, frente a su negativa, mi afirmación de que hemos celebrado el *contrato*, aunque está pendiente el cumplimiento de su prestación? Para el teórico, propenso a dejarse ganar por el misticismo, el derecho subjetivo es una consecuencia metafísica de la realización de un hecho, aunque éste sea incognoscible para la sociedad. «Dado el supuesto normativo, existe ya el derecho... aunque no se lo pueda probar» —arguye inocentemente el ingenuo partidario del sentimentalismo jurídico. Pero, para quien no desatienda la experiencia, las cosas no son tan sencillas. Los derechos subjetivos —como veremos con más detalle más tarde— son una *concentración de probabilidad*, materializada en los títulos que los evidencian o en la *esperanza matemática* de que sean revalidados cada día por la demás gente. Extraprocesalmente; esto es, mientras no surja una *interferencia* ⁽¹²⁾ que haga necesario acudir a un proceso, el derecho subjetivo no es otra cosa que la probabilidad —mayor o menor— de que algún título (o títulos) resulte reconocido y respetado por su efecto de evidencia social. Tal probabilidad es estadísticamente evaluable, por referencia al acatamiento social que han merecido hasta el momento situaciones análogas. Como ninguna probabilidad es certeza, bien puede ocurrir que incluso una muy grande falle, a la postre, y no suscite reconocimiento y respeto en el público. Cuando así suceda, el derecho subjetivo sufrirá una crisis. La evidencia social que lo respaldaba entrará en colisión con cualquier evidencia o título antitético y el Juez habrá de decidir sobre la prelación relativa de las pretensiones en pugna. Pero la *verdad jurídica*, sea cualquiera el contenido de la sentencia, irá indisolublemente ligada a la titulación más probable ⁽¹³⁾. (De aquí la trascendencia máxima que tiene el evaluar matemáticamente el coeficiente probabilitario que ampara cada título).

En segundo lugar, es interesante subrayar que el jurista no ha sabido abnegarse hasta la consecución de un conocimiento impersonalizado: todavía hoy sigue siendo esclavo de sus sentimientos, prejuicios, intereses u opiniones particulares. En los tratados jurídicos, sin excepción, sobreaman las *apreciaciones*, ya que son numerosos los juicios carentes de fundamento predicativo y no intersubjetivamente corroborables. Si analizamos las proposiciones de que se nutre la literatura jurídica, fácil nos será comprobar cuan a menudo constituyen asertos sin respaldo objetivo alguno; pero destinados a disfrazar de verdades científicas los deseos, las creencias o los sentimientos del autor. El empiriocriticismo jurídico es particularmente hostil a las apreciaciones y quiere, a toda costa, eliminarlas de las exposiciones yuspositivas. Para lograr un conocimiento impersonalizado es menester reducir paulatinamente los sedimentos subjetivos que lo impurifican; volver, cada vez con más fuerza, por los fueros de la objetividad. Leal a esta convicción, la teoría empiriocrítica se presenta como *una reflexión epistemológica sobre el Derecho*.

¹² Vid. *Proceso y Forma*, cit. 50 si.

¹³ Vid. *La Lucha*, cit. 66 ss. 229 ss. Vid. también *infra*, pág. 70 ss.

Durante largos años se ha estado computando como un mérito singular en el haber de Savigny el haber «ontologizado» al Derecho positivo —para emplear la gráfica expresión de Carlos Cossio¹⁴). Se creía que así los juristas quedaban liberados de todo culto a una metafísica yusnaturalista. El Ordenamiento positivo aparecería ya como el objeto uniforme que serviría para hacer concordante el desacuerdo permanente de los juristas. Con normas «ciertas», la controversia ideológica era de esperar que se viera reducida a un mínimo. El curso del tiempo ha evidenciado, sin embargo, qué infundadas eran las ilusiones concebidas. Por una parte, se ha hecho inconcuso que la Ciencia del Derecho no podría quedar relegada a largo plazo a una mera exégesis. Hacer del Ordenamiento positivo una *dogmática* no era posible sin integrar los dogmas con principios extraños al propio Ordenamiento. Afirmar el Ordenamiento, tendría, por tanto, que forzarnos indefectiblemente a *salir de él*. Por otra parte, pese a todas las tentativas de univocidad, las normas positivas han resultado ambiguas y problemáticas siempre. El hombre de leyes más experimentado, es el que se da cuenta de hasta qué punto las ignora. El sentido «auténtico» del Derecho llega siempre a nosotros un poco más tarde de lo que sería necesario; es decir *cuando ya el caso litigioso ha sido dirimido por la sentencia judicial*. El fracaso, pues, de la supuesta «ontologización» del Derecho positivo por Savigny deslumhra los ojos. Genialmente lo puso Kirchmann al desnudo en un trabajo imperecedero y con argumentos incontestables. Si los juristas hubiésemos de ser «corre-ve-y-diles» entre el legislador y los jueces, de nuestro saber nadie se podría dar un ardite. Para que la Ciencia del Derecho cuente con algo serio que decir, lo primero que tiene que enseñarnos es *el método para elaborar impersonalmente las propias normas jurídicas*. Para la teoría empiriocrítica del Derecho aquí reside el cometido capital que tienen que desempeñar los juristas. La interpretación del Derecho tendrá que ser fatalmente un esfuerzo vano mientras las normas, en lugar de hijas de la razón, sean prole ilegítima del arbitrio. Comenzará a tener un sentido sólo cuando interpretar consista en un replanteamiento empírico de las teorías científico-legislativas más verosímiles.

En tercer lugar, finalmente, la teoría empiriocrítica, juzgando cometido esencial de la Ciencia jurídica elaborar un Derecho premial justo, supera la caduca suposición tradicional de que el sistema yuspositivo es exclusivamente un mecanismo de represión y castigo. Para quien define el *acto jurídico* por sus *efectos* y a éstos los angosta hasta reducirlos a una mera aplicación de medidas coactivas, es congruente quizás hacer girar todo el Derecho sobre el uso social de la fuerza, aunque entonces nada permita distinguir un régimen despótico de uno jurídico. Pero si se entiende que la opinión dominante sobre el acto jurídico es gravemente errónea, porque los *efectos coactivos* son la secuela de los actos antijurídicos, no de los jurídicos, y se hace, en cambio, depender la juridicidad de la *eficacia compatibilizadora*; es decir, en última instancia, de su valoración positiva (o negativa) para la supervivencia de la especie, queda ya en claro, sin más, que el incentivo premial, como más eficaz para mover a los hombres en un nivel cultural más alto, constituye el resorte que presidirá la dinámica del Derecho futuro.

Esto aparte, si la necesidad social de un sistema jurídico se hace sentir por exigencias de la distribución interhumana de los bienes escasos según patrones de justicia, resulta también obvio que el reparto de los bienes materiales tendrá menos importancia cada vez en la sociedad opulenta que dibuja el futuro, en tanto que los problemas cardinales que advienen van a consistir en la justa distribución del poder, del ocio, de los cargos públicos y funciones sociales, cosas todas ellas en que se concreta el Derecho premial del futuro que trata de desvelar la teoría empiriocrítica. He ahí, pues, cómo la nueva concepción puede mostrar a los juristas conscientes una inexplorada tierra de promisión en que vivir la Ciencia como una aventura fascinante.

¹⁴ COSSIO, CARLOS: *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, 1954, 22.

III

La otra definición del Derecho

El Derecho no es un complejo de normas —como quieren Kelsen y la teoría tradicional— ni «conducta en interferencia intersubjetiva» —como pretende la concepción egológica— sino que consiste en «**regularidades de conducta compatibilizada que tienen, por su propia naturaleza, un valor normativo intrínseco**». No importa que las regularidades de conducta se logren espontánea o reflexivamente, por autoconciencia social o por imposición política. Si llegan a existir son Derecho. Si permanecen las normas «públicas» como *planes* «inefectivos», que no se viven, no son, durante ese intervalo, Derecho.

No puede el Derecho ser un conjunto de normas abstractas, porque lo jurídico se da en la experiencia social, entre los hombres, mientras que las normas, como meras significaciones desarraigadas, son pensamiento puro o proyecto inarticulado, que es estéril mientras no se realiza. Además, definido el Derecho como agregado normativo, la coherencia intrasistemática obliga a limitar escrupulosamente lo jurídico a lo normado. Nada que no fuera norma podría ya hacerse objeto de estudio por los juristas. Pero, entre los caracteres de las normas jurídicas la doctrina dominante mienta la *generalidad*, con lo que la *sentencia*, cuyo carácter particular es evidente, quedaría incapacitada para recibir el rango de lo jurídico. ¿Qué sería entonces? ¿Mero hecho? La sola idea repugna. El arma capital del Derecho; el Derecho, a secas, como casi podríamos decir en algunos países y épocas, la gran conquista jurídica en la Historia humana, puesto que reanudaba la sociedad en trance de fractura, ¿habrá de recibir el calificativo de mero hecho?

Kelsen, cierto es, ha sabido evadir la objeción, al admitir la existencia de normas individuales (¡hay —añadamos— nombramientos importantísimos que han de hacerse así; por ejemplo, el de Jefe de Estado!); pero al cifrar la esencia de la normatividad en la imputación deontológica, al hacer que en la proposición jurídica todo dependa de la (supuesta) cópula «deber ser», desconoce, cuando menos, que en el Derecho hay normas «técnicas», que, lejos de imponer deberes, se limitan a señalar de qué modo cabrá obtener determinadas finalidades. Incluso todo el Derecho-Norma puede —¡y debe! — tenerse como una serie de reglas técnicas enderezadas a la consecución de algún *valor jurídico (la paz*, en la teoría empiriocrítica, pero otros valores, como bienestar, solidaridad, orden, etc., en otras concepciones (¹⁵).

La hipótesis de que el Derecho es nuda normatividad conduce, por otra parte, a la inconsecuencia de un Ordenamiento jurídico que surge *de la nada* en una sociedad que, supuestamente, *antes de él estaba viviendo sin Derecho*. Pues, dándose las normas en el tiempo, alguna tiene que haber sido la inauguralmente instaurada, lo que plantea la cuestión, insoluble para el normativismo, de cómo se regía hasta ese instante dicha sociedad.

El Derecho, pues, no puede ser resuelto en normas. Pero no por eso es verdadera la postura antitética, preconizada por la teoría egológica. El Derecho no se deja tampoco reducir a «conducta humana en interferencia», dado que la conducta, aislada en su propio mundo fáctico, no es discernible por sí misma como jurídica. Y si no, ¿cómo identificar la que tiene tal

¹⁵ *El Derecho como Ciencia exacta, cit. 7 ss.*

significado de la que motejaremos como meramente fáctica? Cuando se dice, por ejemplo, que «una conducta sin valor no puede ser»⁽¹⁶⁾, se olvida que hay actos que resultan indiferentes para el Derecho⁽¹⁷⁾. ¿Cómo saber, además, por la sola conducta de dos contratantes en discordia (¡en interferencial), cuándo comienza la mayoría de uno de ellos? Podría saberse *estadísticamente*, indagando, more sociológico, dos cosas: la edad promedio de contratación y el porcentaje de invalidaciones judiciales por defecto en la edad; pero estaríamos entonces manejando *regularidades de conducta compatibilizada*, no simple *conducta en interferencia intersubjetiva*.

No vale decir, en excusa, (como lo hace Cossio) que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma (norma en cuanto concepto)⁽¹⁸⁾, porque jamás el pensamiento de la norma por los súbditos o por el Legislador se confunde con ésta. La norma, desde que se promulga, se independiza de los sujetos, se hace exterior y objetiva, como el lenguaje, en un sentido social, y aunque cualquier persona determine acomodar a ella su comportamiento, su particular interpretación no es indefectiblemente verdad jurídica (¡ni mucho menos!): Ninguna opinión individual, sea la de las partes, la del Legislador o la del Juez, expresa realmente el Derecho. El sentido «oficial» de las normas lo fijan a-posteriori, las sentencias, por lo que resulta imposible, sin negar el tiempo, integrarlo con la conducta ya en pretérito. Si la norma fuera concebible como el pensamiento con el que informo mi conducta (¡salvemos la necesidad de que el pensamiento normativo deba venir de afuera!), el error de interpretación no podría jamás serme imputado sin contradicción manifiesta y, cayendo en la hipótesis de una conciencia legisladora, frustraríamos en definitiva toda objetividad al Ordenamiento.

Por lo demás, de ser cierta la tesis de Cossio, el Derecho sólo se estaría interesando por una conducta metaempírica, con lo que dejaría de ser una Ciencia de lo real. Porque, en la norma, como directiva impuesta, la conducta se mienta en futuro; esto es, *antes de que sea*, mientras que en la sentencia se mienta *en pasado*, es decir, tras haber acontecido y no existir ya⁽¹⁹⁾.

No cabe, por tanto, disgregar esa totalidad orgánica en funciones, que es el Derecho, en cualquiera, de sus ingredientes aislados (¡o incluso yuxtapuestos!) sin malentenderla y violentarla. Derecho es toda norma de compatibilización (¡venga de donde y quien viniere!), incorporada efectivamente a la vida social humana. Consiste en *normas vividas por los hombres mientras están haciendo con sus actos cooperativos la Sociedad*. Se presenta a la observación como una pluralidad muy compleja de regularidades de conducta compatibilizada. Y al análisis como «compatibilización aliorrelativa de la libertad en un orden constante»⁽²⁰⁾.

Esta concepción global de lo jurídico supera, por integración, los aspectos parciales que la doctrina ha solido absolutizar con pobre fundamento. Para muchos autores, por ejemplo, el Derecho queda menoscabado hasta su reducción al orden positivo o estatal, cuando, por el

¹⁶ COSSIO: *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.º Buenos Aires, 1964, 121 ss. 469 ss. La referencial literal pertenece al opúsculo: *La Teoría Egológica. Su Problema y sus Problemas*, Buenos Aires, 1963, 29.

¹⁷ *La Investigación*, cit. I, 163.

¹⁸ COSSIO: *La Teoría Egológica*, cit., 119 ss.

¹⁹ *Estudios*, cit. I, 183 ss.

²⁰ *La Investigación*, cit. I, 183 ss.

contrario, resalta claramente que el sistema normativo impuesto por los gobernantes, que no es otra cosa que «una administración de premios y sanciones para lograr una cierta paz que permita ir sobreviviendo», presupone y se remite, a cada paso, al Derecho, mucho más auténtico, creado por la libre iniciativa individual, al percatarse de las necesidades que es preciso satisfacer para la convivencia cooperante, cristalizarlas en normas técnicas y reforzarlas por la imitación y el hábito. Además, ni hoy siquiera el Derecho positivo regula, en verdad, mayoritariamente, las relaciones pacíficas interhumanas (a lo sumo, sólo por hipótesis se arguye hasta el momento que lo haga). Las normas sujetas a polémica, sí las aplican, las más de las veces, los jueces y órganos públicos (tras un proceso que, destinado a *ultimarlas*, les otorga una significación, que, en puridad, no poseían de antemano); pero, éxtraprocesalmente, nunca se las aplican las partes para discriminar sus «verdaderos» derechos y deberes, por la transparente tazon de que las normas son siempre para las partes *proposiciones incompletas o formas (o funciones) proposicionales*, entre cabalísticas e ininteligibles. En sus mutuas relaciones, *las partes se dan a sí mismas la norma justa e idónea para entenderse en paz, cuando* el consentimiento entrecruzado es auténtico ⁽²¹⁾. Sólo en las contadas ocasiones en que, por haberse producido interferencia tienen que intervenir los Tribunales, el Derecho positivo entra realmente en escena. Frente al total, empero, de actos espontáneos que redundan en efectiva compatibilización, los casos litigiosos forman una fracción insignificante, algo así como pocas diezmilésimas de la otra magnitud. Pues bien, tamaña desproporción delata claramente cuán ridículas son (las pretensiones del positivismo cuando quiere hacer pasar por Derecho lo excepcional y anómalo, en lugar de lo sobreabundante y repetido).

Veamos la confirmación empírico-matemática de los asertos anteriores.

En España, según informaciones extraídas del Anuario Estadístico, 1974, han sido resueltos por sentencia condenatoria, entre 1968 y 1973 (ambos inclusive), unos 128.000 procesos penales, en promedio (con tendencia a la disminución en los últimos años). La media aritmética de litigios civiles durante el mismo período es un poco mayor: unos 182.000. El total absoluto resulta, entonces, de 310.000. (Número erróneo por exceso, en cuanto que, con cierta frecuencia, un mismo hecho se ventila simultáneamente en vía penal y en vía civil).

Frente a estos datos —y para hacernos cargo del crecimiento multiplicativo de las relaciones jurídicas pacíficas (¡los actos de compatibilización «privada»!)— podemos situar para contraste otras magnitudes estadísticas de nuestro Anuario. Así, en el Registro de la Propiedad se han efectuado en idénticas fechas unos 250.000 asientos de inmatriculación y casi un millón de enajenaciones. Y los notarios españoles han autorizado *más de cuatro millones de instrumentos*.

Todavía estas cifras son un lejano atisbo de la realidad. Los instrumentos públicos constituyen una fracción de poca monta respecto a la totalidad de los documentos privados. Los actos y relaciones jurídicas hechos constar así ascienden presumiblemente a varias decenas de millones. Para materializarlos totales, podemos pensar que la población activa española rebasa hoy los doce millones de personas, en continua interdependencia cambiaría. Quizás millón y medio de comerciantes llevan los libros prescritos por el Código de Comercio. ¿Cuántos contratos concluye cada uno *por correspondencia* con proveedores y clientes? ¿Cuántas cartas y telegramas no habrán de reproducir anualmente los libros copiadores? ¡Fácilmente se quedan cortas las previsiones más optimistas! ¡Con sólo asignar a cada comerciante un promedio de dos cartas diarias obtendremos una cifra global del orden de casi mil millones por año! ¡Y estamos dejando fuera de cuenta la cifra mucho más vasta aun de todos los contratos verbales! ¿Qué dimensión corresponderá a éstos?

¡El número es abrumador! Nos cabrá entreverlo con unas breves reflexiones. La población española calculada para el presente año anda rondando los 35 millones de habitantes. Restemos unos 11 millones, a fin de excluir de cómputo a los menores de 16 años (¡aunque también los menores de esta edad participan en algunas relaciones jurídicas!). Quedamos todavía en la escena 24 millones de españoles, a los que habría

²¹ *Estudios, cit. 157 ss.*

que añadir los extranjeros residentes (una cantidad módica, poco más de 160.000) y los turistas que nos visitan —que compiten al año con nuestros totales de población. ¿En cuántas relaciones jurídicas participará el español medio cada día? ¡Muchas más de lo que parece! Veamos algunos ejemplos: a) Cumple con sus deberes domésticos, según su *status familiar*: unión con su cónyuge, respeto y obediencia a los mandatos de los padres, educación, alimentación de los hijos, etc.; b) acude a su puesto habitual de trabajo para rendir sus prestaciones laborales; c) compra un periódico; d) toma el autobús; e) almuerza en el comedor de la empresa; f) da una propina o una limosna; g) hace algunas compras en la cooperativa; h) retorna a su hogar otra vez en el autobús; i) expide alguna carta por correo; j) tiene cuentas corrientes bancarias, libretas de ahorros, tarjetas de crédito; k) es inquilino de su casa; l) utiliza electricidad, agua, gas; m) paga recibos; n) es socio de algún círculo recreativo, cultural o religioso; o) hace llamadas telefónicas; p) expide cheques; q) acepta letras; r) da dinero a su esposa para las atenciones de la casa; y ésta: s) efectúa sola o con él numerosas compras por semana: alimentos, vestidos, objetos para el hogar, etc.; además, t) tienen en centros educativos privados u oficiales a uno o varios hijos; u) asiste a espectáculos; v) confía a gestores diligencias administrativas, laborales, etc.; x) otorga poderes; y) acepta o hace regalos; z) contrata obreros o arrienda servicios profesionales, etc., etc. Y ya no digamos cuántas veces cumple con naturalidad o resiste a la tentación de lucrarse a expensas del prójimo o de dañarlo de otro modo. Según la clase de vida que lleve cada uno y el medio social en que se desenvuelva, el número de acciones compatibilizadoras es mayor o menor. Un abogado, un médico, un gestor administrativo, un agricultor, un banquero, un industrial, un comerciante viven literalmente realizando negocios jurídicos. En «su» día los hay a centenares. Otros los cumplen en menor proporción, como los funcionarios públicos, los empleados o los obreros. De todas suertes, no sería exagerado sostener que la media por persona sobrepase los cincuenta actos de compatibilización diarios. Entonces, su número anual sería:

$$50 \times 365 \times 24.000.000 = 4,38 \times 10^{11}$$

Y la razón buscada (*R*) entre actos de compatibilización (*C*) e interferencias (*I*) podría calcularse sin esfuerzo, así:

$$R = \frac{I}{C} = \frac{310.000}{4,38 \times 10^{11}} = 0,0000007077.$$

Es decir, despreciando las ulteriores cifras decimales, siete *diezmillonésimas* es la minúscula cantidad que expresa la razón entre relaciones jurídicas de índole pacífica y litis discriminadas judicialmente (²²).

IV

La explicación radical del Derecho

Para entender radicalmente la función que cumple el Derecho, consideremos la conducta humana, a la luz de los efectos que puede producir sobre la supervivencia de la especie. A juzgar desde tal punto de vista, los actos humanos son susceptibles de ser clasificados en tres grupos. El primero comprenderá todos aquellos actos que son indiferentes a ese fin, por no afectar ni

²² Obsérvese que no computamos aquí la rutinaria observancia de leyes, reglamentos, ordenanzas locales, etc. Si tuviéramos presentes igualmente los actos de formal acatamiento a una norma cualquiera, la cifra de los comportamientos de signo positivo sería, incluso, mucho mayor. No resulta exagerado, por eso, hablar—como lo hemos hecho en otras ocasiones— de un orden de magnitud que anda por la diezmillonésima.

favorable o positivamente, ni tampoco de un modo negativo o desfavorable al destino humano. Los simbolizaremos por el número cero (0). El segundo está compuesto por los que entrañan alguna consecuencia nociva para la sociedad, pues por disolver o disgregar alguno de los vínculos cooperativos en que consiste, terminan amenazando su subsistencia y con ello ponen en peligro el porvenir del hombre. Como los comportamientos de esta clase ejercen acción disolvente o substractiva sobre el concierto social, los representaremos por el signo menos ($-$). El tercer grupo, finalmente, queda integrado por los actos que, siendo parte del propio proceso conformativo de la sociedad, contribuyen a mejorar nuestras expectativas de supervivencia. Por concurrir aditivamente a ese grandioso resultado, será positivo ($+$) el signo que les convenga. Identifiquemos ahora cada conducta humana por medio de un vector.

Según es sabido, un vector es la designación matemática de una magnitud a la que cabe atribuir no solamente *valor numérico*, sino también *dirección* y *sentido*. El proceder humano, al que cabe referir a una triplicidad similar de sesgos, resulta susceptible de recibir un tratamiento vectorial. Admite un valor numérico —por mucho que se subleven contra esta idea quienes sienten horror ante cualquier aproximación del Derecho a la Matemática—; pero dicho valor es insuficiente para caracterizarlo, ya que su descripción exige también mencionar la *dirección* en que se proyecta y el *sentido* radical de partida.

El valor numérico es imputable a la conducta desde cualquiera de las posibles funciones desempeñadas por los números. Pues no debe olvidarse que los números tanto sirven para *contar*, o determinar el rango de cardinalidad de un conjunto, como para *ordenar, identificando*, una pluralidad de elementos, como, en fin, para expresar *los resultados* de cualesquiera *operaciones de medición o estimaciones análogas*.

No creo que nadie dude que los actos humanos puedan contarse —en cierta manera, acabamos de hacerlo—, ni que tal recuento llegue a tener interés estadístico. Lo que poquísimos juristas se avendrían a subscribir es que cómputos semejantes adquirieran alguna vez relevancia jurídica. Sin embargo, tal presuposición arbitraria incurre en claustrofílica timoratez. Una conducta cuantificable numéricamente se abriría al cálculo y a la manipulación por computadoras. Y esto, cuando menos, nos reportaría la ventajosa posibilidad de descargar al investigador y al Juez de múltiples asuntos rutinarios, con notable economía y general provecho⁽²³⁾.

Podemos, pues, concebir al hombre como un proyector de vectores pragmatísticos. Pero que atraviesa asimismo momentos de reposo, de suspensión de actividad, a los que convendría muy bien, en principio, la representación por vectores cero (0) — cuando la inactividad no implica omisión de un comportamiento cooperativo presunto. Más aún; como nuestro propósito es concentrarnos en el enjuiciamiento de los actos capaces de influir en la supervivencia, tenemos que considerar nulos a estos efectos todos los demás— como lo hemos indicado antes.

Sentada esta premisa, imaginemos un vector pragmatístico cualquiera, referido a un sistema de coordenadas cartesianas. Una ecuación diofántica (o indeterminada) expresa este vector. Y otro vector diferente estaría representado por otra ecuación, también diferente.

Me parece que al llegar a este punto, el lector —que ya dio pruebas holgadas de paciencia— esperará de mí, con todo derecho, una explicación, si no, una disculpa. ¿A qué viene hablar aquí de «coordenadas cartesianas», de «ecuaciones diofánticas»? ¿Es que se piensa en serio que estos conceptos sirvan para algo?

²³ Vid. *Sup. los argumentos expuestos en la Introducción*.

Aun a riesgo de incurrir en el anatema de algunos, voy a manifestarme con absoluta franqueza. Si usted duda de que hable en serio o califica mi modo de expresión como una sarta de locuciones metafóricas, permítame que le demuestre todo lo contrario. Usted cree, por supuesto, con la mayor candidez, que tales monsergas geométrico-matemáticas con que le doy la murga no valen para maldita la cosa, Pero —siento decírselo— está equivocado. ¿Cómo podría ser intrascendente para el Derecho y pura metáfora lo que precisamente se inventó para hacer frente a ciertas necesidades de la práctica jurídica? ¡No lo dude, porque es la mismísima verdad! La Geometría, como lo recuerda la etimología del vocablo, y la Trigonometría tras ella, se originaron en Egipto para identificar esas «unidades jurídico-tributarias» que llamamos *fundos*, cuando, tras el barrido de mojones ocasionado por el desbordamiento del Nilo, había que reintegrar las mismas fincas a sus legítimos propietarios ⁽²⁴⁾.

A veces, uno se olvida de que la *medición* y el *fraccionamiento de la Tierra* es una operación matemática que se presupone en todo Derecho. Con grave escándalo de muchos, he repetido en diversas ocasiones una frase que no suele ser bien entendida, pese a constituir una banalidad. La de que: «Sin Matemática y sin Astronomía no es posible el Derecho». Y nada más exacto.

En efecto: Antes solía invocar el art. 1.º del Código Civil español para poner en claro el argumento. Hoy, la reforma del Título preliminar parece haber derogado lo inderogable ⁽²⁵⁾. El artículo decía, primero: «Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si

²⁴ Cfr. *Estudios*, cit. 81 ss. El texto de Proclo al que se hacía referencia ahí puede verse en GARCÍA BACCA: *Textos Clásicos para la Historia de las Ciencias*, I, Caracas 1961, 9.

²⁵ Como es sabido, el Título Preliminar del Cod. Civ. sufrió una modificación, teóricamente asaz profunda, por obra de la Ley 3/1973 (de 17 de Marzo) y Decreto 1836/74 (de 31 - V). Sus efectos prácticos, no obstante, aún están por ver. La visión global del Derecho, la filosofía subyacente, la actitud ante el Legislador y los usos interpretativos de los organismos jurisdiccionales son hábitos consolidados, nada fáciles de cambiar. Las rutinas son modos de entropía mínima y, aunque sólo se aporeso, tienden a pervivir. La innovación requiere, por el contrario, un costoso esfuerzo en cada uno de sus trámites. Y demanda voluntad, aplicación, creatividad y tiempo. Es, pues, perceptible su improbabilidad. Habrá que aguardar a que nuevas generaciones de jueces, educados en los flamantes principios que ahora se proclaman, reaccionen ante los mismos, para pronunciarse con conocimiento de causa sobre su practicabilidad y valor. Pero, de todas suertes, su éxito en el futuro habrá de depender en gran medida del juicio crítico que vayan mereciendo a los juristas y del consenso que se granjeen. Por lo que a mí hace —si se entienda que deba tomar partido— confesaré que encuentro muchos elementos positivos en la reforma, aunque también temo que se vea enredada en cierta diversidad poco coherente. ¡Nunca es fácil conciliar las pretensiones innovadoras con el justo respeto a la tradición! Aunque la legislación no pueda ser una aventura revolucionaria, tampoco la beneficia el -encubrimiento o la reticencia frente a hechos que no cabe negar. Tal como sucede en la doctrina de las fuentes. Aquí se ha rendido tributo a una tradición ya obsoleta sin prestar oídos al recio clamor de la adveniente sociedad pluralista, que substituye las *imposiciones* por *pactos*. Cuando ya buen número de nuestros civilistas parecen dispuestos a reconocer la «relatividad» de los viejos postulados sobre las fuentes del Derecho, (Vid. un resumen de las posiciones más recientes —aunque bastante incompleto por demás— en Castán: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I, 1, 11.ª ed. 1975, 398 ss.), el Título Preliminar se muestra reaccionariamente empeñado en cultivar ese mito del absolutismo legalista, sin reparar siquiera en las cuestiones álgidas que sus tesis plantean: ¿Dónde está el sentido de las ideas y conceptos jurídicos de que hace uso críptico la Legislación? ¿Acaso no reina como oráculo del Derecho quien define los términos esenciales que son la clave del Derecho mismo? Si todo texto legal está condenado, de suyo, a pender incompleto; si no conocemos proposiciones jurídicas inequívocas, ¿cabe aislar la ley del «diccionario» que la explica? Por otro lado, si la interpretación ha de efectuarse en concordancia con esa mística «realidad social contemporánea» ¿no estamos ya urgiendo de la Jurisprudencia que se salga del estricto marco de la Ley?... «Lo significativo de la Jurisprudencia —como dice Lacruz— es su aptitud para crear, no normas generales; pero sí Derecho. Tal resulta, sin más, del art. 1.º 7.º Ce., que al obligar al juez a juzgar siempre y en todo caso, necesariamente le autoriza a *inventar* la norma que no existe». (Elementos de Derecho Civil, I, 1974, 62).

en ellas no se dispusiere otra cosa» ⁽²⁶⁾. Lo cual era tanto como decir: «Las leyes obligarán en España...». Esto no se proclama ya explícitamente; pero *siempre será necesario presuponerlo*. El Código Civil y todas *nuestras* leyes *rigen «en España»*. Ahora bien, ¿qué significa «Espanña»? Pese a ser un propio, el nombre cumple aquí, en realidad una función de «*variable paramétrica*» (es decir, conserva el valor asignado con relativa constancia), que habrá de fijarse *recurriendo a coordenadas astronómicas y geográficas*. Nuestras fronteras y, sobre todo, la extensión de nuestras aguas jurisdiccionales dependen *absolutamente* de *evaluaciones trigonométricas*. Por tanto, —primera conclusión— el Derecho Internacional no cabe sin Geometría. Y el Derecho interno —segunda conclusión— no cabe tampoco. Porque, las divisiones administrativas, la jurisdicción territorial de los Tribunales, la propiedad fundiaria y todos los derechos reales son inconcebibles sin un arranque trigonométrico. El lenguaje abstracto que utilizan las leyes disimula esta realidad, al igual que otras muchas, pero los actos de aplicación no pueden, a menudo, excusarla.

Una sentencia civil condena, por ejemplo, a un demandado D a desalojar el fundo F, que venía poseyendo con título insuficiente, y reconoce la propiedad y ordena reponer en la posesión al demandante A. Imaginemos que, inacatada la sentencia, sea menester ejecutarla. El Juzgado precisa trasladarse al lugar «de autos», donde radica el inmueble. Ciertamente no necesitará enfilar la Estrella Polar ni consultar la brújula para orientarse. Toma una carretera o camino «prefabricado» —que se hizo, en su momento, gracias a esos medios—; accede al ayuntamiento, parroquia y localidad y, con el auxilio de algún vecino informado, consigue identificar la finca. Puede, así, pasar fácilmente del papel a la realidad; pero sólo porque existen unos muros o unos hitos que la demarcan. Y ni que decir tiene que con anterioridad se llegó a esa característica *unidad agraria* mediante operaciones de repartimiento y medición. Aún hoy hay que hacerlo cuando algún predio debe ser parcelado por motivos sucesorios, pongamos por caso.

Algo parecido sucede en el Derecho de obligaciones, pese a su máximo de abstracción. Ese Derecho, que arranca de la *libertad* ⁽²⁷⁾ y de un *principio de congruencia* ⁽²⁸⁾ e impone, como

²⁶ El texto aquí reproducido había sido retocado ya. Y muy poco después de publicado un Real Decreto de 31 -VII- 89 hacía extensivo el C. C. a los últimos restos del Imperio Hispánico: Cuba, Puerto-Rico, Filipinas... ¡Buena prueba de la variabilidad de los datos que tenemos que manejar los juristas, por sólidos que aparenten ser! ¡Bajo el mismo nombre, España, cuántos cambios posibles!

²⁷ Aunque hoy nos causen estupor fórmulas como las de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, al afirmar con toda seriedad que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...», pues incluso la *libertad física* se va ganando con esfuerzo *a partir de un valor efectivo inicial nulo*; lo cierto es que cualquier Ordenamiento jurídico necesita presuponer la libertad, que es su condición *sine qua non* y no cabe, en cambio, construir un Derecho a partir del *orden*, aun cuando existiera el propósito de hacer concesiones y ser condescendiente con la libertad. Aquí reside, precisamente, la falla lógica de todo socialismo: La libertad es un hecho en todo ser humano adulto normal; su existencia queda reconocida en el mero intento de reglamentarla. Y al ser imprescindible la reglamentación para restringirla, donde la reglamentación no llegue, allí estará subsistente la libertad. (Para más amplio comentario sobre este punto y algunas reflexiones sobre el *axioma de libertad*, vid. *La Investigación*, cit. II, 128 ss., 131 ss., 159 ss.). Para quienes no alcancen a captar todo el sinsentido contra el que se debatía en vano la Declaración de 1789, bastará un breve comentario. Los asambleístas franceses no creían, por supuesto, que su aserción tuviese validez empírica en la sociedad a que la proclamaban. Pero no ser así, daban importancia revolucionaria a semejante principio. Pero sí presumían que en el hipotético «estado de naturaleza» los hombres habrían de nacer con esa libertad e igualdad —como Rousseau enseñaba. ¿Por qué? ¡No había razones ni argumentos! ¡Convenía sentar esa premisa y la premisa fue sentada! Y lo más curioso fue que lograra el más amplio asenso. Nadie pareció advertir la impotencia absoluta característica del ser humano recién nacido, ni la paradójica referencia a «derechos» fuera de algún contexto social. ¡La pasión política —como siempre— producía sus típicos efectos cegadores y forzaba a pasar por encima de toda evidencia!... Igual que hoy el art. 1.º de nuestra *Ley de Reforma Política* afirma que «Los derechos fundamentales son inviolables y vinculan a todos los funcionarios»... ¡Si fuera verdad, sobraba decirlo!

corolario, el «*pacta sunt servanda*», parece la culminación de la más pura aprioridad jurídica. ¡Epifenómeno ilusorio! En la vida cotidiana, el Derecho positivo es inseparable de muy precisas determinaciones espacio-temporales. Sin tiempo son inconcebibles la **obligación** y la **acción**; sin tiempo no habría pruebas, ni prescripción, ni costumbres, ni tránsito del hecho al Derecho. Suprimid el **calendario** ¿y qué quedará del Derecho de obligaciones? ¿Y es otra cosa el calendario que geometría celeste aplicada? (29).

²⁸ El «principio de congruencia» podría enunciarse así: «Quien está obligado a una prestación lo está también a la abstención de actos que hagan imposible su cumplimiento y a la ejecución de los que son indispensables para éste».

²⁹ Se han hecho múltiples referencias a los supuestos influjos que «el tiempo» desencadena sobre el Derecho. Es un lugar común subrayar cómo el tiempo —que todo lo muda— no puede menos que afectar profundamente a las relaciones jurídicas. Menos común; pero no más exacto es hablar de un **tiempo existencial** como contrapuesto al **tiempo cosmológico**; se trata de una actitud filosófica que tiene poco que ver con el Derecho que se vive. Lo realmente importante y asombroso es el **calendario** mismo y sus formidables implicaciones jurídicas. Aunque la rutina nos mueve a ver sin pasmo nuestros cómputos cronológicos, un mínimo de reflexión nos permitirá vislumbrar cuánta investigación presupone un vulgar calendario y cuan enorme repercusión tiene éste en nuestra vida. Dejando a un lado el **día**, que es en nuestra Tierra una **unidad natural de tiempo**, preguntémosnos primero **qué es el año**. Es bien sabido que el año —como lo recuerda la etimología del vocablo (annus = anillo, ciclo)— mide la duración de la órbita aparente del Sol en torno a nuestro planeta o la real de este último alrededor de aquél. Nadie ignora que el año consta de unos 365 días; pero si usted perdiera el calendario, ¿sería capaz de reconstruirlo? Probablemente todos sus conocimientos no se lo permitirían. ¿Cómo se han percatado los hombres de la duración precisa del año? ¿Cómo nos aseguramos de cuándo «comienza» y «termina»? En rigor, una elipse o un círculo, como curvas continuas, no tienen fin ni principio. Convencionalmente, un punto cualquiera podría valer para lo uno y para lo otro, pero ¿cómo **marcarlo**? Cabría sugerir varios procedimientos. P. e., el retorno del Sol, en su órbita aparente, a una cierta posición espacial, indicada por alguna estrella «fija»; su retorno al punto de mayor proximidad a la Tierra (perigeo); o al equinoccio de primavera —que es lo más obvio y práctico. Lo que trata de medirse parece ser lo mismo: una vuelta completa de la Tierra en torno al Sol; pero los resultados de los diversos métodos no concuerdan. Se tienen, así, diferentes clases de años, de duración distinta, a saber —y por su orden—: el año sidéreo, el año anomalístico y el año trópico. Este es el que se intenta trasladar al calendario, porque de él dependen las **estaciones** y, portanto, las labores agrícolas, de tan fundamental importancia para la vida humana. El comienzo del año trópico se determinó desde muy remotas épocas por observaciones elementales. Aunque el punto equinoccial de primavera (punto vernal o de Aries) se determina por los astrónomos con el mayor cuidado y precisión donde el centro solar corta al ecuador al ascender de sur a norte en la eclíptica, para conocer aproximadamente el día en que ese fenómeno tendrá lugar no hace falta más que observar, desde un punto de mira estable, el sitio exacto del horizonte por donde se produce la salida o la puesta del Sol, que sólo coincide con el Este y Oeste verdaderos en los dos equinoccios —en el resto del año se corre hacia el Norte (primavera y verano) o hacia el Sur (otoño e invierno). Así, pues, cuando el Sol asoma justamente por el punto Este del horizonte, el año trópico debería comenzar. Por muy diversos motivos —políticos y religiosos— no lo hacen así nuestros calendarios. Trataremos de justificarlos de algún modo.

El año trópico no consta de un número exacto de días. Cuando el centro del Sol se proyecta sobre el punto vernal y consume e inicia el año han transcurrido 365 días y algo más; una fracción de **día medio** de 5 horas, 48 minutos, 47 segundos, 5 décimas. Uno podría preguntarse qué pueden importar menos de seis horas en un año. Poco parece, a la verdad; pero si tal fracción no se toma en cuenta cualquier calendario acaba desajustándose y su día oficial para el inicio de las estaciones entra en discrepancia con la observación. Esto sucedió muchas veces. Entre otras, en Roma, respecto al calendario de que el nuestro proviene. De origen oscuro (¿atribuido a Rómulo!), dividía el año en diez meses, de duración muy desigual (Ovidio sugiere en sus *Fastos* que el período de la gestación femenina fuese la norma para el cómputo). El primero era **Martius** —en honor de Marte—; el segundo, **Aprilis** (de **aperire**, por el abrirse de las yemas que brotan); el tercero, **Maius** (¿por Júpiter **Maius**, por la diosa **Maia**, por ser dedicado a los mayores?); el cuarto, **Jurtius** (por Juno, probablemente); luego seguían denominaciones basadas en los meros números ordinales: **Quintilis**, **Sextilis**, **September**, **October**, **November**, **December**. En total, se cree que formaban el año, según el recuento primitivo, 304 días. A Numa Pompilio suele asignarse el mérito de una primera reforma, consistente en adicionar dos meses: **Januarius** y **Februarius** (por el dios **Jano** y por **Plutón purificador**

Bien; queden para más adelante otros argumentos y volvamos ahora a las ecuaciones diofánticas. Imaginemos un sistema de dos ecuaciones con dos incógnitas. Si tal sistema tiene una **única solución**, los dos vectores representados se interfieren en algún punto. Si el sistema carece de solución, los vectores se despliegan sin interferirse, en paralelismo euclidiano. Cuando hay infinidad de soluciones, las líneas vectoriales coinciden y se confunden (caso jurídicamente imposible).

Es comprensible ahora la definición de que nos hemos servido en ciertos contextos para caracterizar lo jurídico. Decíamos entonces que el Derecho era la «geometría de la libertad ininterferente». Y resulta evidenciado en este instante qué se quería decir. El Derecho es un concierto de libertades que, dando a todas cabida, procura precaver la obstrucción y la dirime si surge.

En un **campo abárico** (ya veremos qué es eso), los vectores son paralelos dos a dos, y por tanto, perfectamente compatibles. En cualquier campo tensorial, viceversa, los vectores tienden a interferirse, tanto en razón de su **densidad** o abundancia, como de la **curvatura de campo**.

Un vector de conducta se proyecta sobre un campo abárico cuando no es influenciado su contorno por la presencia de ningún bien escaso o enrarecido. Cada bien enrarecido por su parte, curva el campo que lo circunda en razón directa de su escasez e inversamente con su fungibilidad. El resultado práctico de esta curvatura zonal es que los bienes «atraen» a los seres humanos de una manera muy parecida a como las masas en el cosmos se atraen entre sí. Donde

—**februus**—), y en elevar a 355 días el canon anuo. Los meses 1. Æ 3. Æ 5. Æ 8. Æ tenían 31; Febrero, como hoy, 28 ó 29 y este mismo número todos los restantes. Cada dos años había que entrometer un mes intercalar de 27 días, como corrector de los errores de cálculo. Ni aún así se lograba que coincidieran las fechas oficiales con los fenómenos naturales que deberían notificar. Para colmo, como entre las facultades del Sumo Pontífice romano estaba el cuidado de la cronología, que habría de preservarse por la intercalación del mes mercedonio (¡entre el 23 y el 24 de Febrero!), el tan humano abuso de poder llevó, a menudo, a indebidas prolongaciones de algunos años para servir fines inconfesables como, por ejemplo, alargar la duración de alguna magistratura, diferir el cumplimiento de obligaciones, etc. Después de haberse tomado tales libertades con el tiempo, no es de extrañar que en el de Julio César la situación fuese caótica. Las fiestas estaban trastocadas. Como escribe Mommsen [**Historia de Roma** (García-Moreno), VIII, Madrid, 1876, 355]: «... Los **fastos** se habían adelantado al **tiempo verdadero** en 67 días completos: por ejemplo, las **fiestas de Flora** (las **Floralia**), que caen en 28 de Abril, estaban inscritas en 11 de Julio». La mente organizadora de César no podía tolerar tamaño embrollo. Buscó un mentor capaz (el alejandrino Sosígenes) y se atrevió con una empresa que hubiera arredrado a cualquier otro. (César era gran aficionado a la Astronomía, como lo testifica su obra *De Astris*). La reforma juliana consistió: 1. Æ En poner en armonía de nuevo las conmemoraciones y sus motivos naturales, acabando con los desfases que soportaban. Para eso, hizo al año 708 (e. R.) 90 días más largo que lo normal. 2. Æ Trasladó al 1. Æ de Enero el principio del año, en sustitución de la antigua fecha (1. Æ de Marzo). 3. Æ Fijó la duración del año en 365 días y 1/4, por lo cual, para mantener actualizado el calendario, decidió añadir un día intercalar cada cuatrienio. 4. Æ Dio a los meses el número de días con que cuentan hoy.

El progreso científico en las mediciones del tiempo ha tenido visibles repercusiones jurídicas. Como en tantas otras ocasiones, ha significado una disminución del arbitrio (¿Qué autoridad religiosa o política se tomaría hoy la libertad de dilatar o contraer a sus conveniencias el calendario? Hoy «encogen» el valor monetario y provocan calamitosas inflaciones... hasta que la Ciencia pruebe, aquí también, que semejantes expedientes son los «certificados» de la incompetencia política y la denuncia progresiva del desgobierno) y ha reportado un sensible incremento en la justicia conmutativa. (Piénsese, para comprenderlo, en las diferentes condiciones de trabajo antes y después de la generalización del reloj y con relojes de Sol y aun sin ellos. La noción «hora de trabajo», los «horarios máximos», etc., sólo son posibles gracias a los progresos astronómicos y a los grandes adelantos técnicos. Dése cuenta el lector de que los **días solares verdaderos no son iguales** y, en consecuencia, tampoco lo son sus fracciones, (las horas, los minutos y los segundos). El Sol está aún demasiado cerca para constituir un reloj lo suficientemente exacto. El día solar verdadero es, por eso, algo mayor que el **día sidéreo**, pues, por lo que se llama **aceleración de las fijas**, hay que sumar a éste para obtener aquél el **movimiento en ascensión recta del Sol propio de cada día**). (Una explicación del fenómeno en **La Lucha**, át. 59 ss.).

los vectores de conducta no son distendidos por bienes escasos, se despliegan en paralelo y no dan lugar a interferencias obstativas de su libre propagación. Cuando, por el contrario, los vectores de conducta se propagan en las vecindades de algún bien enrarecido, convergiendo hacia él, tienden a interferirse.

Partiendo ahora de la suposición de que una pluralidad de vectores converge sobre un bien escaso, analicemos las posibilidades de reacción intersubjetiva que pueden presentarse. Con el fin de simplificar las hipótesis, imaginemos adicionalmente (y basta para nuestros propósitos) que el caso que se nos enfrenta sea el más sencillo: el de la dualidad de aspirantes. Pues bien, un cuadro sinóptico elemental puede dar cuenta de los supuestos substantivos susceptibles de darse en la práctica como *actitudes individuales ante la interferencia surgida*. Son los siguientes:

A) Dilucidación de la interferencia por las propias partes	<i>1. (Pretensiones exclusivistas irreductibles): Lucha entre las partes para zanjarla.</i>
	<i>2. (Exclusivismo e irreductibilidad por una parte solamente): Renuncia de la otra parte.</i>
	<i>3. (Exclusivismo y fórmula de arreglo): Sorteo.</i>
	<i>4. (Pactos):</i>
	<i>I) Cambio en todas sus manifestaciones.</i>
	<i>II) Formas de aprovechamiento compartido.</i>
	<i>III) Fraccionamiento y reparto de la cosa.</i>
	<i>IV) Reparto del uso en el tiempo.</i>
B) Dilucidación de la interferencia por intervención de un tercero desinteresado.	<i>1. Con la confianza de las partes como base de su decisión:</i>
	<i>I. De acuerdo con módulos decisorios preestablecidos.</i>
	<i>II. Discrecionalmente:</i>
	<i>2. Nombrado por un poder supra-partes y para juzgar también según las fórmulas I) o II).</i>

Consideremos ahora las interferencias y los modos de dirimirlas como simples hechos estadísticos. La variable acumulación de vectores de conducta en cada grupo del anterior campo de posibilidades nos permite asignar a cada uno un índice de frecuencia relativo al número total. Demos por efectuados los cálculos en las épocas más diversas y, en consecuencia, imaginemos que nos es conocido el porcentaje de cada grupo en cualquier tiempo. Retrotrayéndonos al pasado, veremos crecer abrumadoramente el índice de frecuencia del supuesto 1 de A), hasta un máximo, a partir del cual otra vez decrece, aun remontándose en la Historia. Por el contrario, abandonándose en el sentido del tiempo, hacia el futuro, el porcentaje muestra, en el caso antedicho, franca tendencia a disminuir. Explicar el fenómeno, equivale, ni más ni menos, a explicar la evolución jurídica, que va desde un máximo de agresión y pugnas hasta el máximo ideal de paz.

No es menester recurrir a complicadas hipótesis causales para llegar a comprender cómo se ha producido la integración social y jurídica de la especie humana. Basta con aplicar el cálculo estadístico. Mientras una serie de pequeños grupos familiares autónomos, constituyendo mínimas unidades de resistencia al medio, podían ocupar vastas áreas geográficas con recursos naturales suficientes para su aprovisionamiento pacífico, la lucha tenía que ser un caso más bien excepcional y relativamente improbable, porque acarrea castigo sobre ambos contendientes. Pero, a medida que la población aumenta, el enraucamiento de los bienes los convierte más cada vez en centros de tensión, hasta desatar las tendencias agresivas que laten en el hombre cuando su propia supervivencia se ve atacada. Desde tal instante, la solución belicosa de los conflictos sobrevenidos se hace masiva. Llega, incluso, a predominar en forma peligrosa para la Humanidad. Pero, por eso mismo, tiene que ser, a la postre, superada. La razón es obvia. El problema real que se presenta a las agrupaciones primitivas que han logrado imponerse sobre otras es el de soportar sus propios incrementos de población. Si no consiguen una integración social que multiplique las energías productivas mediante especialización profesional y división de trabajo, la necesidad de la lucha volverá a reaparecer indefinidamente, cada vez que la población enraucza en exceso los recursos naturales de que depende. Habrá, así, una constante vuelta a empezar, un echar de nuevo los dados. Por improbable, pues, que sea la aparición de formas cooperativas y regularidades de conducta compatibilizada, llega un momento en que la repetición, al fin, las provoca. «A fuerza de intentarlo, conquistaron Troya los Aqueos». Perseverando sin desmayo en el juego, no hay combinación posible que no llegue a darse.

Sea cualquiera la desproporción inicial existente entre los índices de frecuencia correspondientes a las formas de integración social pacífica y a los supuestos conflictivos o antisociales, preponderando, si se quiere, éstos, cien, mil o un millón de veces más, andando el tiempo, las formas de integración pacífica acaban por hacerse dominantes. Sencillamente, porque permiten sobrevivir y progresar al grupo que las ensaya, en tanto que las reacciones agresivas lo paralizan y desangran.

Así las cosas, basta con que algún grupo humano descubra por azar el poder milagroso con que la cooperación pacífica garantiza la supervivencia, para que ya pueda ofrecer a los demás el atractivo irresistible de un asombroso espectáculo de expansión, capaz de despertar el instinto imitativo al más recalcitrante. Y como los vínculos sociales crecen multiplicándose, a medida que se consolida la compleja estructura de cooperación, se hacen cada vez más enérgicas las reacciones internas del grupo para su defensa. A las regularidades naturales e imitativas, que han estado surgiendo hasta entonces espontáneamente, sin ninguna acción reflexiva tendente a propiciarlas, se une ya otra serie creciente de regularidades impuestas, planificadas para reforzar, remodelar o suplementar aquéllas. Bajo el signo de un Derecho positivo naciente, una concepción racional, una lógica de la convivencia pacífica, entra en escena, pugnando por sobreponerse al instinto. Cada vez hay conjuntos más densos de regularidades jurídicas y el comportamiento individual ha de resultar más intensamente sistematizado y constreñido.

Siempre representando la conducta por un vector, su propagación tropieza con condiciones de contorno muy diferentes, que dependen de la tipicidad o atipicidad de su trayectoria. La resistencia a la penetración de un vector en el medio social está en razón directa de su magnitud e inversa con su índice de frecuencia. Pero toda línea inusitada de desplazamiento encuentra oposición, con independencia de su signo. Salvo, pues, la región o fibra abárica, en que la resistencia es nula, que coincide con la dirección positiva del eje de abscisas, todo vector oblicuo o contra-signo, ha de vencer la tensión del medio, creciente hasta la vertical, en que encuentra su máximo. En evaluación matemática, cabe, pues, decir, que la medida de la resistencia a un vector es la tangente de su ángulo con el eje de abscisas. Y aunque esta fórmula se presta a

interesantes reflexiones sociológicas, no es ahora el momento indicado para pararse en ella.

Lo que importa, sobre todo, en el instante actual es ofrecer una explicación cabal del Derecho. Es decir, debemos aclarar *cuándo y por qué* ha surgido el Derecho, *cómo funciona y en gracia de qué lo hace de esa manera peculiar que muestra la experiencia*.

En un cierto sentido, el Derecho, tal como lo concebimos hoy, *no ha existido siempre*. En rigor, hay una etapa prejurídica en la historia humana, como se deduce sin esfuerzo de las investigaciones sobre los primitivos actuales (³⁰). Y ni siquiera contradice esta tesis el hecho innegable de haberse dado relaciones interconyugales y familiares en fases remotísimas de la evolución de nuestra especie, pues *tales relaciones se determinan y rigen por el amor, no por normas jurídicas* (³¹). En puridad, explicar el Derecho es explicar *el por qué y las condiciones de la cooperación interhumana estable*. Tanto, porque *sin cooperación no hay sociedad*, cuanto, porque *toda cooperación* y más aún, la estable— *postula e impone ciertos requisitos jurídicos*. Estos primordialmente son:

1º) Mutuo reconocimiento de capacidad entre las partes. (Quien acepta la cooperación de otro, tiene que darle necesariamente beligerancia y tratarlo en cierta posición de igualdad).

2º) Legitimación recíproca de las situaciones fácticas previas presupuestas para la validez de la convención que va a otorgarse. (Si uno, por ejemplo, acepta una contribución en frutos del otro, acepta también la fundabilidad de su poder dispositivo).

3º) Presunción de constancia substancial de la voluntad. (La promesa empeñada será, con suma probabilidad, mantenida fielmente en lo futuro).

4º) Expectativa de un proceder congruente con los acuerdos estipulados. (El que asume un compromiso suele plegarse buenamente a cumplir todos los trámites o diligencias que son indispensables a su efectividad).

Por tanto, en el entramado de los actos cooperativos o compatibilizadores está involucrado insoslayablemente el Derecho: Antes de que pueda producirse una ordenación coactiva y deliberada de los comportamientos humanos aliorrelativos, tenía que haber ya *regularidades de conducta compatibilizada. La imposición reflexiva de normas jurídicas sólo es concebible en un medio social preexistente, generado de un modo natural o espontáneo*. Mientras los incentivos y disuasivos que dimanaban de la estricta aplicación del principio de reciprocidad y del aplauso o reprobación colectiva bastan para enrarecer suficientemente los actos indeseables, el refrendo coactivo planificado carece de causa: su necesidad no es sentida por nadie.

³⁰ Cfr. *La Lucha*, cit. 92 ss. Bibliografía allí mismo.

³¹ Pese al carácter «público» que quiere darse al Derecho de Familia, lo cierto es que la pretensión de imponerle normas externas tiene escasísimas probabilidades de efectividad. Cuando en la intimidad de la familia surgen problemas y hay que recurrir a la acción tuitiva de los organismos jurisdiccionales, es estadísticamente claro que la verdadera vida familiar se ha perdido. Leyendo, por ejemplo, los artículos 56, 57, 58, 154 del CC. se comprueba sin esfuerzo cómo la esencia de la comunidad doméstica reposa sobre normas de muy otra índole que las jurídicas: religiosas, éticas, incluso de decoro social; la coacción de los órganos públicos es, más bien, contraproducente. Una sentencia como la de 25-X-27 que —según Castán— «incidentalmente, parece reconocer el derecho del marido a reintegrar manumilitan al domicilio conyugal a su mujer» (*Derecho Civil Español y Foral*, 5.ª ed. III, 507, nota) no se concibe sino en el puro orden de los principios: ¿A qué hombre normal se le ocurriría semejante *petitum*? ¿Qué sentido tendría y para qué podría servir tal medida? Aún un precepto como el del art. 156 del CC. resulta muy poco convincente. Uno quisiera saber cuántas veces habrá tenido aplicación, sobre todo en ese «apoyo de la autoridad gubernativa en el interior del hogar doméstico».

Pero avengámonos a imaginar que un cierto caudillo carismático trata de implantar originalmente un Ordenamiento positivo. (El caso resulta inconcebible, porque si existe ya un «pueblo», tendrá que haberse dado previamente alguna forma de concierto social; más indulgenciémoslo de sus inverosimilitudes para ver qué pasa). ¿Qué problemas habría de afrontar? Hay algo que el jefe carismático tendría que hacer siempre y algo que se le aparece como función de la clase de sistema jurídico que se proponga instaurar. Siempre, y en términos generales, tendría que proclamar erradicada la violencia, tanto agresora como vindicativa; y siempre también, asumir el compromiso de desbloquear las libertades interferentes que la proscripción de la fuerza lleva, en ocasiones, a trances de bloqueo, al colapso bilateral de las iniciativas particulares. Tras esta doble postulación, el caudillo precisa todavía tomar partido sobre el método de enjuiciar que adoptará: ¿Habrá de preferir que se inspiren sus decisiones en criterios incógnitos de inefable intuición, según la fórmula ordalística y oracular consabida, o se inclinará, por el contrario, a la predicción y publicación de las normas litisdecisorias que seguirá en sus fallos? Alguno de estos sistemas o cierta transacción entre ambos es necesaria para que exista un auténtico Derecho positivo; pero cada sistema conduce a consecuencias muy diferentes.

Supongamos que el hipotético caudillo disponga: 1º) Castigaré cualquier agresión o vindicación por la fuerza. 2º) Me reservo la facultad de desbloquear las pretensiones antitéticas mediante juicios decisorios imparciales.

Así las cosas, hay ahí dos normas expresas y algunas asunciones tácitas (por ejemplo, la de que tenga validez lo constituido por el Legislador originario). Pero unas y otras normas, que son *constantes* y, por ello, presupuestas en todo Derecho positivo, están desprovistas de carácter dirimente o eficacia litisdecisoria: es decir, no guardan relación con el contenido de las resoluciones judiciales. Para predeterminar este contenido se requieren otras formulaciones, que podrán ser: a) expresas (reglas preferenciales, más o menos abstractas, enunciadas mediante normas previas); o, b) presuntas o implícitas (reglas concretas creadas *ex post facto* para cada caso individual presuponiendo, o no, ciertas relaciones objetivas o fuentes originarias de donde se infieran); o c) reglas, en parte, expresas y, en parte, presuntas (vía que siguen hoy prácticamente sin excepción los Derechos positivos de nuestra experiencia).

En la Biblia, (Éxodo. 18, 13 y ss.) se halla un elocuente ejemplo de los supuestos evocados. Como que no resisto a la tentación de transcribir el relato bíblico. Dice: «Al día siguiente acaeció que Moisés se sentó para administrar justicia al pueblo, y el pueblo permaneció en pie junto a Moisés de la mañana a la tarde. Viendo el suegro de Moisés todo lo que éste hacía respecto al pueblo, dijo: —¿Oué significa esto que haces por el pueblo? ¿Por qué te sientas tú sólo y toda la gente está plantada junto a tí de la mañana a la tarde?— Contestó Moisés a su suegro: —Porque el pueblo viene a mí para consultar a Dios; cuando tienen una cuestión vienen a mí, y no juzgo entre unos y otros y les doy a conocer los estatutos de Dios y sus leyes. Mas el suegro de Moisés le dijo: «No está bien lo que haces. Os agotaréis totalmente así como el pueblo que te acompaña, pues ello es demasiado pesado para tí: no puedes hacerlo tú sólo. Escucha ahora mi voz; yo te daré un consejo y Dios sea contigo. Sé tú ante Dios el representante del pueblo y lleva sus asuntos a El. Enséñales las órdenes y las leyes y dales a conocer el camino que han de seguir y lo que han de hacer. Pero escoge de entre todo el pueblo hombres capaces, temerosos de Dios; hombres de confianza, enemigos de la venalidad, y colócalos al frente de aquél como jefes de mil, jefes de cien, jefes de cincuenta y jefes de diez. Juzguen ellos al pueblo en todo tiempo; llévante a tí todo asunto importante, y, en cambio, todo asunto de poca monta júzguenlo ellos...» (Bover-Cantera, Sagrada Biblia, 6,m, 1961, 105).

Muchas observaciones sugiere un texto como el anterior. Advirtamos, en primer lugar, la inicial invocación de un recóndito Derecho de procedencia Divina, del cual es portavoz e intérprete el gran Profeta. Comprobemos también cómo los procedimientos oraculares son declarados

insatisfactorios por boca de Tetro, quien recomienda a Moisés (versículo. 20) que dé a conocer las normas que aplica —la legislación presupuesta. Y, por último, hay que tener en cuenta cuan poco después son promulgados tanto el Decálogo como el Código mosaico llamado de la Alianza (Éxodo, 20 y 21). Aquí las normas presuntas encuentran ya, por fin, su forma expresa litisdecisoria) ⁽³²⁾.

El Derecho positivo entraña, pues, una reglamentación de las libertades en interferencia posible. Supone la «objetivación», o, tal vez mejor, la «impersonalización» de los juicios preferenciales cuando, como efecto del quedar vedado el recurso a la fuerza, se produce un bloqueo circunstancial de las pretensiones incompatibles. El Derecho se «oficializa» y hace precisamente «asunto público» con la eliminación de las instancias individuales (¡subjetivas!) y la instauración de pautas impersonalizadas para el desbloqueo de las libertades en mutua obturación. Pues al tiempo que proscribire las reacciones tuitivo-vindicativas, el Ordenamiento jurídico se compromete implícitamente a brindar una fórmula indeficiente (o con pretensiones de tal) para dirimir la paralización que él mismo genera sobre las libertades entretenidas. Sea esa fórmula «oracular» o «precodificada», siempre remitirá a un Derecho previo, ya que incluso los oráculos —como hemos visto— logran autoridad y consenso por referencia a ese sistema legal cabalístico y arcano. Como se palpa, sin lugar a equívocos, en la constante necesidad —común a todas las actuaciones litisdecisorias— de prevenir para fundamentar cualquier sentencia, una distinción fidedigna o inatacable entre lo que es mero hecho y lo que cuenta como Derecho. Los contenidos relevantes o irrelevantes para el fin jurídico, han de tener, para lograr el requerido asenso, su propia lógica presupuesta. Pues sólo gracias a ella cabría diferenciar en una relación interhumana la circunstancia trivial, anodina, de la que debe valer como jurídicamente significativa. Por eso cabalmente todo fallo condensa una valoración: Ha de seleccionar y dar importancia a unos supuestos, descartar otros y ordenar jerárquicamente los que constituyen títulos de atribución y preferencia. Y, por su parte, la norma, como clave abstracta que sintetiza potencialmente multitud de sentencias es asimismo explicación anticipada de los contenidos relevantes llamados a fundar sus sendos juicios de ordenación preferencial o transactoria. De donde se deduce que un Ordenamiento positivo, para ser completo, debe cifrar íntegramente las diversas modalidades del *ser jurídico* (¡las categorías jurídicas!); es decir, lo que vale como Derecho o como circunstancia o adjetivación relevante.

Imaginemos ahora que nuestro hipotético caudillo quisiera ofrecer a su pueblo un cuerpo sistemático de normas positivas. ¿Cuál sería la principal dificultad con que chocarían sus buenos propósitos? La respuesta parece obvia: Consistiendo las normas en resoluciones anticipadas de causas de disensión capaces, si generalizadas, de amenazar la supervivencia, el trámite más espinoso en una empresa legislativa tiene que ser ***la previsión sistemática de las interferencias posibles en forma tal que puedan ser reconocidas después inconfundiblemente***. El punto está en cómo hacer esto.

Primitivamente parece inconcuso que se haya efectuado aprovechando ciertos registros o repertorios de resoluciones judiciales pretéritas. Pero la insuficiencia del procedimiento resalta en el hecho innegable de que aún hoy, tras la vastísima experiencia de que se dispone, distan mucho nuestros Ordenamientos de haber alcanzado el mínimo de perfección apetecible: Cuando se propende al casuismo, con avidez de preverlo todo, lo imprevisto se hace mucho más difícil de tratar y, en cambio, se multiplican por un factor nada despreciable los pretextos para la discrepancia hermenéutica. Cuando se propende a la generalización, se relegan al anonimato, como si yacieran en la trivialidad,

³² Cfr. también Deut. 16, 18; 19, 1 ss.; 20, 1 ss. 21, 1 ss., etc.

abundantes circunstancias que habría que resaltar como notoriamente significativas. Y el desenlace es un funcionamiento muy insatisfactorio de la Administración de Justicia. Tan insatisfactorio como para hacer temibles los Tribunales aun para el más lleno de razón y para justificar la maldición de la gitana: «Pleitos tengas, aunque los ganes» ⁽³³⁾.

En la actualidad —y desde hace muchos siglos— la domesticación y conocimiento de ese todo caótico y amorfo que es, de suyo, la realidad social, se efectúa mediante el concurso de una clasificación en géneros y especies —u otras categorías equiparables—, que reposa sobre una valoración «lógica» de ciertos contenidos empíricos.

Se desmiente, con esto, de un modo radical, el formalismo kelseniano. Lejos de ser el Derecho indiferente a los contenidos ⁽³⁴⁾, se diferencia, ramifica cada vez más y afina sus instrumentos conceptuales para acomodarse congruentemente a las más mínimas unidades o circunstancias significativas.

En efecto; por más que no falten autores propicios a poner el ideal del Derecho en la consecución de un elenco universal de soluciones particularizadas para cada posible caso ⁽³⁵⁾, es a duras penas imaginable, si no hacemos acepción de personas, que los supuestos litigiosos puedan proliferar indefinidamente ⁽³⁶⁾. La substancial constancia de líneas estructurales que, por encima de nimias variaciones periféricas, induce a pensar en configuraciones uniformes que se reiteran en el tiempo y en el espacio, representa un poderoso estímulo para la introducción de fórmulas

³³ *La «masificación» de nuestro mundo tiene mucho que ver con estos problemas. No sólo aumenta el número de casos litigiosos, sino asimismo su variedad. Ya más casos, más jueces, menos calidad en los mismos, menos estudio, más insatisfacción por sus sentencias. Vid. sobre este punto sup. Prólogo, pág. 11 ss. Así como cada día se teme menos a una intervención quirúrgica, cada día se teme más a un pleito. ¿No es sintomática esta diferencia?*

³⁴ *La tesis kelseniana según la cual las normas «no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho» [La Teoría Pura del Derecho, (Tejerina), Buenos Aires, 1941, 96]; es cohetente con el formalismo riguroso profesado por su autor; pero queda refutada por reducción al absurdo si la tesis se radicaliza a todas las normas jurídicas. Porque, si todas las normas, sin excepción, se hicieran caprichosamente sin parar mientes en los contenidos, ¿cómo el resultado de su conjunción podría redundar en Derecho? ¿Qué daría unidad a semejante cúmulo de incoherencias? Como hemos escrito en La Investigación, II, 185... «Aunque estemos dispuestos a ser indulgentes respecto a la juridicidad de una norma aislada, no podemos menos de exigir a todo el sistema que se enderece a la consecución de algún fin jurídico. Aunque la voluntad del legislador y las formalidades legales puedan engañar en casos singulares a quienes se paguen de las apariencias, siempre será imposible hacer Derecho con una totalidad de normas desprovistas de la auténtica finalidad jurídica».*

³⁵ *«La ley positiva es abstracta—escribí bellamente Kirchmann [«El carácter científico de la llamada Ciencia del Derecho» (W. Goldschmidt), en La Ciencia del Derecho, Buenos Aires, 1949, 265 ss.] y su necesaria simplicidad destruye la riqueza de las formaciones individuales. Tal es la causa de los conceptos híbridos de la equidad y del arbitrio judicial...«Consideraciones semejantes conmovieron a Savigny a negar la vocación de nuestra época para legislar. Se ha reprochado a su afirmación su excesiva amplitud. Opino que el error de Savigny no consistía en que se fue demasiado lejos, sino en que se quedó corto. No sólo nuestra época carece de vocación legislativa en el sentido indicado: ninguna la posee»... Vid. sobre este problema Legaz: Filosofía del Derecho, 1972, 57 ss.*

³⁶ *En su magnífica Introducción a la Ciencia del Derecho (ed. española), 1940, 23 s., escribe sagazmente Stemberg: «Es imposible encontrar el Derecho en cada caso de una manera absolutamente libre, porque nadie puede abstraerse a la influencia de su ambiente; pero esto también sería absurdo, pues precisamente el Derecho está allí para satisfacer este ambiente, y por él mismo ha de ser entendido aquél; además, si toda decisión jurídica existiese absolutamente para sí, sin relación con ninguna otra, se borraría toda huella de ordenación, llegando hasta anularse el concepto de Derecho; no hay manera de concebir un Derecho totalmente libre, pues ello encerraría en sí mismo una contradicción».*

resolutivas aplicables a una pluralidad indeterminada: Donde no hay diferencia discernible, la coherencia lógica impone la igualdad de trato.

La cuestión se reduce, pues, como en toda abstracción legítima, a investigar cuál pueda ser el módulo de igualdad (regla) o diversidad (excepción) entre casos. Si es lícito calificar de jurídicamente iguales relaciones aliorrelativas entre sujetos diferentes y en circunstancias que no concuerdan en todos sus detalles, el conocimiento conceptual tendrá cabida en el Derecho. Si no, tendríamos que limitarnos a intuir, como ante los «propios».

Hablando en términos absolutos, por supuesto que no existe igualdad. Pero sí se da ésta o, por lo menos, su equivalente «indiscernibilidad», a la luz de algún determinado módulo de juicio. $A = B$ (módulo x) —escribiríamos entonces, recordando la notación gaussiana para las **congruencias**; pues carece de sentido predicar una igualdad sin referirla al aspecto y a la medida por donde surge. (El módulo debe, así, constar siempre, al ser el **fundamento predicativo reproducible e intersubjetivamente corroborable** ⁽³⁷⁾ de las **proposiciones jurídicas**.

Luego, los conceptos jurídicos dependen de los módulos de juicio, que, siendo las unidades mensurativas, suelen denominarse «valores» y su estudio queda encomendado a la Axiología. Por tanto, según los valores que se adopten, así los conceptos. Si los valores estuvieran perfectamente definidos en su esencia y número, y resultaran compatibles entre sí, una clasificación ex post facto y no arbitraria de los comportamientos aliorrelativos humanos sería factible ⁽³⁸⁾. Mas, por desgracia, no se da, quizás, sector alguno de la Ciencia jurídica más rezagado que la Axiología. No hay conformidad doctrinal ni en cuanto al número de valores admisibles, ni en cuanto a su jerarquía, ni en cuanto a la definición rigurosa de cada uno. ¿Cómo, en consecuencia, podrá ser entonces lógicamente inatacable el tratamiento conceptual de lo jurídico?

Para acabar de comprender el Derecho, tratemos de construir imaginativamente un sistema digno de este nombre, capaz de conciliarse con los hechos que nos resultan familiares por experiencia. Debemos tener, así, diferentes clases de reglamentaciones, a saber:

I) La dicotomía fundamental, que separa **lo que se puede dejar como está**, porque se considera **bueno, correcto o derecho**; y **lo que no puede tolerarse** y exige cierta **intromisión transformadora** de los órganos de poder, ya que es **malo, inadmisibile, injusto o antijurídico**.

La dicotomía fundamental obliga lógicamente a definir sin ambigüedad uno de sus términos, puesto que el otro queda determinado por exclusión. Como el último es la condición de una actuación concreta comunitaria para su reforma, parece lo más razonable que verse sobre él la definición. Olvidémonos de las reticencias e incertidumbres que reinan habitualmente sobre este punto e, incluso, de su preterintencionalidad para los juristas y **supongamos que consta la definición universal de lo antijurídico**. Tendríamos, así, compendiado el **no-ser jurídico** en todas sus formas. Y el problema que se nos plantearía habría de consistir en **cómo reducirlo a una forma jurídica de ser —con mínima disipación de energía**. Aquello que se respeta por el poder público en las relaciones intersubjetivas y se deja según está y no se interviene para cambiarlo, es: **indiferente** (0) o **jurídico** (+). Y cifra la órbita de la **libertad interindividual**.

II) Minimalización de lo antijurídico. Al mostrarse lo antijurídico como un mal, que ha de ser

³⁷ Vid. explicación pág. 26 y s., nota 4.

³⁸ Si definir realmente consiste en señalar inequívocamente cuáles son los componentes de una clase o hasta dónde alcanza el área semántica a que hace referencia un término, la suma de todos los posibles criterios valorativos clasificadores agotaría necesariamente la experiencia jurídica.

transformado con trabajo y gastos, hay dos poderosas razones para tratar de minimalizarlo. Lo que puede intentarse por vía *consensual*, ganándose el asenso de los afectados, o por vía *coactiva*, ejerciendo la presión necesaria para someterlos. (Ni que decir tiene que la presión sobre unos sólo es posible por la adhesión de los otros y que esta adhesión hay que ganársela también). En último término, se cuenta con dos grandes recursos para inhibir los comportamientos indeseables. Podremos llamarlos: *incentivos* y *disuasivos*. Los primeros, procuran el enrarecimiento de una conducta premiando las opuestas; los segundos, haciendo seguir con abrumadora probabilidad a un acto reprobado un efecto que presumiblemente querrá evitar el autor.

III) Reglas para dirimir la antijuridicidad residual. Donde los incentivos y disuasivos manifiesten parcial ineficacia y hagan su aparición situaciones aliorrelativas inadmisibles, una reacción ulterior de la Comunidad se impone. Hay, pues, que fijar de antemano *cuándo y cómo se procederá*.

En principio, caben dos hipótesis: A) Casos de antijuridicidad *latente* (por bloqueo de libertades que ocasionalmente interfieren) que sólo es posible que consten por denuncia de los interesados y, por ello, se condiciona su resolución a la oportuna *instancia de parte*. Y B) Casos de antijuridicidad *patente* —que tienen *evidencia social*— *cuya denuncia se incentiva* y se tratan, incluso, *de oficio*.

Hay que disponer, por supuesto, de *reglas decisorias* para la hipótesis A) y de *reacciones correctoras* para la hipótesis B). Lo primero, implica un conocimiento universal de las preferencias adjudicativas posibles. Lo segundo, la enunciación de la gama completa del no-ser jurídico y sus sendos modos de transformación a ser-(debido).

¿Cómo formular *a-priori* y en forma exhaustiva los criterios preferenciales necesarios para dirimir sin arbitrariedad cualquier caso litigioso que pueda surgir? ¿Es siquiera posible?

Antes de pronunciarnos en un sentido u otro, percatémonos de la dificultad.

Tipifiquemos, para ello, los temas potenciales de litigio y las razones de preferencia invocables por los contendores presuntos. La necesidad del proceso surge en cualquiera de los casos siguientes:

- 1º) Por bloqueo de una pretensión cuyo ejercicio, legítimo en teoría, implicaría un tomarse la justicia por propia mano.
- 2º) Por invocación contradictoria de cualquier hecho prelativo.
- 3º) Por discrepancias hermenéuticas respecto a la regla preferencial aplicable.
- 4º) Por invocación discordante de la regla preferencial que prevé la litis.

Para discriminar sin arbitrariedad cuál es el fallo apto para zanjar las interferencias anteriores, el juez precisa, cuando menos, dos normas: a) Una norma para la adveración formal de las afirmaciones contradictorias; vale decir: ¿cuál de los litigantes presenta la versión de los hechos más verosímil? Y b) Otra norma para fundar, sin soluciones de continuidad, las preferencias adjudicativas. E incluso podría preverse una tercera norma supletoria *para emergencias*, por si ocurriera que las dos anteriores dejaran la contienda indecisa. (Esta última debería ser de aplicación indeficiente y resultados incuestionables) ⁽³⁹⁾.

³⁹ Para más amplio desarrollo de estos postulados vid. *infra* VI,

La norma de adveración formal a) podría hacerse consistir en una enunciación taxativa de títulos, seguida de una cuantificación aritmética jerarquizada de su respectivo coeficiente probabilitario. (Por ejemplo: «El índice de frecuencia de un hecho o de un título probatorio es la medida de su valor procesal; la de varios títulos o hechos, su «ajuste». Se tendrá por averada la afirmación con mayor índice»).

La norma preferencial podría formularse de este modo: «La distribución de bienes socialmente preestablecida sólo podrá alterarse por libre decisión del adjudicatario, acreditada en forma, (o por la pertinente norma pública»).

Las reglas anteriores serían algo así como la síntesis del Derecho Privado. Veamos ahora cómo se podría compendiar el Derecho público.

La vía para lograrlo estriba en habilitar algún procedimiento que permita identificar *toda la gama de manifestaciones antijurídicas cuya inhibición se considera esencial* —para el progreso humano. Como no cabe norma pública sin explícita formulación⁽⁴⁰⁾, la investigación positiva nos permitiría en cualquier momento recopilarlas y reducirlas a sus contenidos mínimos.

Imaginemos que esto ya no es problema y centremos nuestra atención en el tema que realmente nos trae de coronilla. Es decir: preguntémonos cuándo alguna relación interhumana no debe abandonarse a la voluntad de las partes sino que debe ser intervenida por órganos estatales y resuelta según norma pública.

La respuesta es muy ardua. Pero, en general, podríamos decir que una norma se hace pública cuando la solución puramente privada del conflicto carecería, con máxima probabilidad, de los más elementales requisitos de verdad jurídica.

Más adelante explicaremos el significado del aserto anterior; ahora conviene completar nuestra organización jurídica en miniatura y ver de qué manera funcionaría.

Demos por supuesto que contamos con un «*Juez imparcial*»⁽⁴¹⁾ y hagamos mentalmente la interesantísima experiencia de representarnos *qué puede hacer y cómo actuará*, si ha de ser fiel a los esquemas precedentes.

Sea también, entonces, un primer pleito, planteado ante él; y, para mayor concreción, en materia de Derecho Privado. En síntesis: Una persona *P* pretende frente a otra *Q* cierta preferencia o

⁴⁰ La norma *privada* puede existir —y existe— con antelación a cualquier pronunciamiento autoritario. Como es una *regularidad de conducta o el resultado de un pacto* consta en la experiencia social o de las partes. La norma «pública», en cuanto *decisión impuesta*, no puede existir sin algún acto político que la imponga. Para más amplias aclaraciones vid.: *La Investigación*, cit. II, 156 ss.

⁴¹ Presiento aquí, como es lógico, un sobresalto en casi todos los lectores. ¡Ahí es nada: postular, como quien no quiere la cosa, todo un juez imparcial! Sí; reconozco que en la actual Política del Derecho y con los procedimientos selectivos imperantes tal pretensión pecaría de utópica. Hoy constituye un azar no precisamente tranquilizador la evaluable probabilidad de tropezarse en un eventual proceso con un juez de veras imparcial. Por haches o por res muchos no guardan el grado de neutralidad deseable. Por motivos de muy diversos órdenes —ideológico, político, de afinidad de intereses, religioso, etc.— toman partido *a-priori* por la posición de una de las partes y creen, incluso, a veces, *que es así como hay que hacer justicia*. Por eso, la suposición actual está pensada para otros contextos. Por una parte, yo preconizo un Colegio Judicial muy amplio, sin incardinaciones jurisdiccionales fijas. En mi sistema no hay la forzosa sujeción a un juez por razones de competencia territorial o funcional, sino que son jueces aquellos en quienes recae la coincidente elección de las partes. Además, cada vez mayor número de pleitos habrá de resolverse por computadora. ¿Le produce escándalo la tesis? Pues siga leyendo y, sin prejuicios, opine después.

cierto desbloqueo de su libertad sobre el objeto *r*. El fallo judicial dará —deberá dar— respuesta a esta pregunta ¿*P* o *Q*? Si *P*, y no *Q*, qué hacer respecto a *r* y qué actitud adoptar respecto a *Q*? Si no *P* y sí *Q*, qué medidas se tomarán sobre *P* o cómo compensar a *Q*? Cualquier asunto, sin embargo, nunca resulta tan sencillo. Hay cuestiones previas que juegan como *constantes* ante todo litigio. Por ejemplo: ¿Quiénes quedarán facultados para litigar y bajo qué condiciones y quiénes no? ¿Cuándo será formalmente viable una pretensión y cuándo, por aparecer como inadmisibles de raíz, no provocará siquiera un proceso, en la acepción técnica de la palabra?

Sobreseyendo, o dando ya por zanjados estos artículos, acometamos ahora el tema capital. A la pregunta, ¿*P* o *Q*? (es decir, ¿deberá prevalecer la tesis de *P* o la posición —acaso indefendida— de *Q*), en materia de Derecho Privado, **la respuesta consistirá siempre en la evaluación de una probabilidad**. Nuestro pre-esquemático Derecho consagra absolutamente el principio de *autonomía volitiva* y, lejos de crear normas supletorias para que las aplique el Juez cuando no consten las *privadas* ⁽⁴²⁾, preconiza para tal hipótesis la adopción de la regularidad de conducta con mayor índice de frecuencia. Como «lo que se dejó como estaba» (la distribución originaria) tiene que ser igual a su *acreditamiento más probable*, todo será aquí contienda sobre títulos, a decidir en función de su respectiva probabilidad.

Esto no es, por otra parte, una anomalía. La verdad es que cualquier Derecho, al haber de estrenarse en una insoslayable actualidad empírica, tiene, a la fuerza, que comenzar *de hecho*. Aunque consagre como protonorma el más sublime ideal de Justicia, no podrá evadirse a la necesidad de *iniciar su realización por alguna parte*. El *primer acto* introductorio del Derecho, la presuposición, convencional o impuesta —si después reconocida— que defiende bienes en función de cierto protagonismo jurídico, no valdrá nada mientras no se efectúe; pero, desde que conste *como un hecho*, tiene que constituir en adelante un obligado punto de referencia para todas las demás relaciones «jurídicas». Como que la misma «juridicidad» habrá de consistir fundamentalmente en una determinada legitimidad *histórica*; es decir, en una continuidad sin rupturas en la titularidad protagónica.

Para comprender claramente lo expuesto basta evocar cualquier coyuntura inaugural de un nuevo Derecho positivo. Como ejemplos pueden servir los asentamientos territoriales consecutivos a una invasión victoriosa, como la de los Germanos en España o de los españoles en América. En el primer caso, la quiebra de la tradición distó de ser drástica. Los Visigodos se arroparon con el propio Derecho Romano. La ley *de metatis* y la relación de «hospitalidad» (que instituía en favor del soldado en hospedaje impuesto el usufructo del tercio residual, a elegir entre los dos sobrantes, después de que el dueño de la casa hubiese optado con antelación) sirvieron para implantar, sin total rechazo del pasado, una fórmula de ocupación que fuera soportable a los vencidos ⁽⁴³⁾. Sea como quiera, lo que se inicia como crudo exponente de poder, termina, por

⁴² De otra manera: Al igual que hoy, en materia *dispositiva*, hay que atenerse en primer lugar al *pacto*; esto es, a la *norma preestablecida por las partes*. Si se ignora cuál es esta norma o qué dice realmente, se induce la más probable, que es aquella que se da con mayor frecuencia en la vida real en casos semejantes. Sólo en último término —y en la forma que veremos después (cap. VI)— será lícito el recurso a una norma «pública».

⁴³ Vid. sobre este punto, Fernández Guerra & Hinojosa: *Historia de España desde la invasión de los Pueblos Germánicos hasta la ruina de la Monarquía Visigoda*, en la *Historia General de España* escrita por individuos de número de la Real Academia de la Historia bajo la dirección de Cánovas del Castillo, I, 160 y ss. También: Torres & Prieto Bances: *Instituciones económicas, sociales y políticoadministrativas de la Península Hispánica durante los siglos V, VI y VII*, en el tomo III de la *Historia de España* dirigida por Menéndez Pidal (España Visigoda), 1940, 144 ss. (El autor del pasaje es M. Torres). Una exposición muy precisa y al día en García Gallo: *Manual de Historia del Derecho Español*, I, El Origen y la Evolución del Derecho, 1973, 529 ss. Las Fuentes, en

efecto del hábito, siendo aceptado por unos y otros como punto central u origen de un nuevo sistema de coordenadas jurídicas. En lo sucesivo, saber *quién tiene «derecho»* hará necesarias reiteradas indagaciones *de hecho*; es decir, averiguar si se da, o no, una ininterrumpida concatenación de titularidades o un salto permisible a hechos generativos de otras nuevas ⁽⁴⁴⁾.

Quizás, al llegar a este punto, cualquier lector con espíritu crítico se sienta tentado a recordar que las precedentes afirmaciones pasan por alto un tipo muy usual de disensiones jurídicas: las que se producen por la interpretación discordante de algún texto legal, invocado antagónicamente por ambas partes en confirmación de pretensiones incompatibles.

Para rechazar la objeción es suficiente advertir que semejante posibilidad queda excluida de raíz dentro del cuerpo de postulados aquí presupuestos. En el Derecho que acabamos de describir no existen, por hipótesis, normas privadas supletorias. Hay relaciones jurídicas «privadas», sí; pero *normadas por las partes*; hechos previos, que las explican y avalan o invalidan; y hechos subsecuentes, que sin toma tizan actitudes para el diagnóstico y la exégesis. Mas las dudas o anfiologías no se dirimen ya mediante reglas prefabricadas por un poder legislativo o judicial sino por conjeturas estadísticas o presunciones fundadas en superiores índices de frecuencia.

Se prueba, con esto, una verdad de suma importancia: Que el Derecho «privado» *lo es por contar ya con sus propias y connaturales normas*, no por graciosa concesión de los gobernantes. Las normas privadas no son, como las públicas, el resultado de un designio político sino las consecuencias que ha deducido la libertad de ciertos hechos iniciales y las condiciones ineludibles para que el propio poder público se haga posible. El recurso a criterios legales para substituir una regulación que precisamente por ser «privada» puede carecer de *evidencia social* ⁽⁴⁵⁾, representa una «publicación» que, por incongruente con los hechos estadísticos y, así, «desmoralizadora» ⁽⁴⁶⁾, sólo cabe justificar como un mal menor. Además, por los procedimientos político-jurídicos dominantes, el Derecho *privado* (¡!) supletorio estatal acusa graves máculas, que son otras tantas conraindicaciones a su empleo. Lejos de ser diáfano en sus prescripciones, presupone una serie de conceptos indefinidos, abunda en antinomias, deja lagunas y frecuenta demasiado el trato corruptor con la arbitrariedad. De ahí que sea en la hora presente un cometido principalísimo que la Ciencia jurídica no debe descuidar el idear métodos expeditos que permitan sustraerse a tales limitaciones.

II, 361 ss. Y para la incorporación de Indias, el mismo: I, 666 ss. II, 634 ss.

⁴⁴ *Un perceptible ejemplo de que las cosas son como las describimos pueden proporcionárnoslo los sistemas hipotecarios formalizados. Para los derechos reales inscriptibles, la inmatriculación vale como una especie de adjudicación originaria. La historia válida de las transmisiones tendrá que ser en lo sucesivo un hecho registral. (Un desarrollo riguroso de principios análogos podrá verse infra en VI).*

⁴⁵ *Un pacto es tanto más «privado» cuanto menos trasciende a los demás (al público). Un contrato verbal sin testigos, pongamos por caso, es socialmente desconocido. Su efectividad dependerá, por tanto, de un reconocimiento por las propias partes. Como el Derecho condiciona la aplicación de disuasivos a la existencia de títulos (formalmente evidenciables), no cabe demandar con fundada probabilidad de éxito si falta algún medio de evidencia social.*

⁴⁶ *La norma «privada», por hallarse instituida en los hechos mismos, resulta la más acorde o connatural con ellos. Si las partes la han adoptado libre y conscientemente, sus respectivos poderes de disposición sobre lo suyo la hacen justa, sin más; con lo que tiene que resultar injusta cualquier modificación que se le entrometa. De ahí que quien pactó y se perjudica contra el pacto se sienta defraudado y vea con escepticismo la actuación de los Tribunales. Y quien se beneficie de su mala fe encuentre el aliciente para perseverar en ella en la propia ventaja que le ha reportado.*

Dos vías se nos ofrecen, en principio, para tal intento: 1ª) *Atenerse a las regularidades de conducta que alcance a poner de manifiesto la investigación social*; o 2ª) *buscar nuevos módulos de identificación, capaces de inventariar exhaustivamente los actos jurídicos*. Ambas cosas son propugnadas como algo esencial por la concepción empiriocrítica del Derecho; pero es la segunda la que no ha sido adecuadamente explicitada aún —pese a los prolegómenos tendentes a ello. Refirámonos, pues, a la misma.

V

Los títulos, la probabilidad y el cálculo jurídico

Para llevar a la práctica nuestro intento en forma más espectacular e intuitiva, permítasenos recurrir a un audaz experimento imaginario.

Supongamos que tenemos a nuestro servicio una «computadora», sumamente perfeccionada —aunque no nos paremos en describirla—, que nos cabe manejar a gusto.

¿Qué deberemos hacer con ella para utilizarla, como un Juez-autómata, en la discriminación de posibles interferencias?

Está claro, en primer lugar, que nos será menester «programarla»; es decir, comunicarle previamente las «informaciones» e «instrucciones» capaces de contener implícitamente todos los resultados que deba obtener. (El «modo» según el cual nos interesa que lo haga viene también supuesto; pero puede ser ya, por «prefabricación» *connatural* a la máquina).

Representémonos, pues, enseguida, la clase de problemas que la computadora habrá de resolver.

Según es evidente sin esfuerzo, lo que nosotros brindaremos a la máquina cuando esté lista (el llamado «input»; es decir, la «entrada» o «datos») consistirá en algún «caso litigioso» real (o, incluso, ficticio o hipotético, como el de una «práctica»). Lo que habrá de devolvernos nuestro dispositivo cibernético (su «output», «salida» o «resultados») constituirá sus «fallos», sus «decisiones jurisprudenciales». Las «operaciones» que, por construcción, realizará la computadora para convertir el caso «cifrado» (traducido a «lenguaje-máquina») en su propia «fórmula resolutive» ejemplifican los diversos tipos de *razonamientos jurídicos* [a cargo de la «unidad» (o eventualmente «unidades») de cálculo].

No discutiré ahora *ex-abrupto* cuál pueda ser, si existe, la lógica interna con la que habrían de trabajar las unidades de cálculo. Es más sencillo evidenciarla indirectamente, para que, sin necesidad de argumentación, su íntima consistencia resulte conformada de suyo en la conciencia de los lectores.

Comencemos, pues, por el análisis de las *características genéricas* que son *comunes* a todos los casos.

Al corresponder éstos —en nuestra primera suposición— al campo del Derecho Privado, sabemos ya que cualquier posible pleito se iniciará con una *pretensión de parte privada, tendente a desbloquear una cierta conducta interferida por un título*.

Por eso, se presentan como *temas preliminares o cuestiones de previo pronunciamiento* las que versan sobre los *requisitos que deberá reunir una persona para merecer* la que podríamos denominar *beligerancia ante la máquina*.

En principio, este problema es susceptible de recibir varias soluciones. Una, rigurosamente privada, consistiría en mantener una correspondencia estricta entre *protagonismo para la disensión y protagonismo para instar la discriminación*. Diríamos, así, que *quien ha podido sufrir interferencias en su libertad, debe poder igualmente comparecer para lograr que se las eliminen*. Hay también soluciones «públicas», que son generalmente corolarios de otras normas *públicas*. Así, por ejemplo, si se ha instituido la «patria potestad» sobre «menores» o «incapacitados» —o la «tutela», en su caso—, la beligerancia de los no-capaces podría deparar perjuicio a los padres o tutores, sin culpa ni ocasión de defensa. Por tanto, puede hacerse «jurídicamente necesaria» la *representación legal*.

Dando por solucionado este problema —no muy complejo, por otra parte, y que puede «inmaquinarse» o no—, proyectemos toda nuestra atención sobre la antítesis fundamental, constante en todo proceso, entre «pretensiones» y «títulos». Como la función de la computadora habrá de estribar, en la inmensa mayoría de los casos, en acabar con esta antinomia mediante una *decisión preferencial* preestablecida, es necesario investigar aquí de qué manera podríamos enumerar exhaustivamente y de antemano las posibles *pretensiones y títulos conflictivos*. Cabría sugerir, por ejemplo, la realización de un inventario de *pretensiones*, del mismo modo que en el Derecho Romano las *acciones* estaban, por así decirlo, *catalogadas*, y eran la medida de la positividad⁽⁴⁷⁾. Pero resulta mucho más factible acometer la tarea por otro camino. La viabilidad de cualquier pretensión depende siempre de que la causa que invoca cumpla dos condiciones: a) *constar como jurídica* y b) *quedar evidenciada por algún título*. Ahora bien, como el caso a) se reduce también en la experiencia concreta a la *exhibición de algún título*, es lícito generalizar la afirmación de que en el proceso todo gira en torno al *orden de prelación de titulaciones incompatibles*.

Quizá convenga explicar incidentalmente por qué se sostiene que en la realidad práctica la *causa petendi* tenga que materializarse en títulos. La razón es obvia: El Derecho «vivido» arranca —como hemos indicado con anterioridad— de *ciertas adjudicaciones originarias reconocidas*. Para que puedan existir *relaciones jurídicas* entre las partes es menester que éstas actúen manteniendo la conexión con la fórmula general atridistributiva originariamente implantada. La propia computadora puede demostrar fácilmente esta tesis. Supongamos que, valiendo como una suerte de Registro público, incorporamos a la misma la inicial fórmula atridistributiva. Inscritas, así, las primitivas titularidades, ¿cuándo se admitirán los «cambios», las «sucesiones» y substituciones de un titular por otro? Supuesta la «autonomía de la voluntad», la respuesta es paladina: «Cualquier transmisión *invocada* deberá ser acreditada por *títulos idóneos*». Y, en principio, las soluciones de continuidad o cualquier eslabón perdido serán inevitablemente repudiados por la máquina, porque su «lógica» férrea no admite «saltos» a lo *alógico*.

Con esto, tenemos ya, envidiablemente simplificado, el confuso asunto que anteriormente nos preocupaba: No nos será preciso, desde ahora, para que nuestro dispositivo cibernético pueda trabajar, *identificar todos los supuestos facticios normativos* e imputárselos o almacenarlos en la máquina, *basta con efectuar un completo recuento de títulos, y evaluar la probabilidad aislada de cada uno y el modo cómo unos y otros se refuerzan o debilitan al conjuntarse*.

⁴⁷ Sobre este tema, d'Ors: *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, 1943, 58 ss.

El problema, pues, que se impone incontestablemente a nuestra atención y requiere minucioso estudio es el problema de los títulos. Es esencial contestar a la pregunta «¿*qué son títulos?*» y ponerse en condiciones de enumerar exhaustivamente a éstos. Por último, tampoco se puede esquivar la carga de asignar a cada título un coeficiente probabilitario.

Una primera aproximación a la teoría de *títulos* podría hacerse sugiriendo su coincidencia parcial con los *medios de prueba*. En principio, los títulos desempeñarán, como hemos visto, la función que habitualmente se atribuye a los instrumentos probatorios. Sin embargo, su concepto es mucho más general. Para captarlo, lo mejor es comprender *genéticamente* el papel que cumplen en el Derecho.

Imaginemos que los recursos técnicos de nuestra época han hecho posible realizar, sin costo insoportable, el siguiente invento:

Sobre cada ciudad o distrito geográfico prefijado hay, a la requerida altura, —sea en un satélite artificial, en un globo cautivo o en una isla flotante, como la que describe Gulliver en sus famosísimos *Viajes* ⁽⁴⁸⁾—, una cámara cinematográfica o televisiva (o tantas como sean necesarias) capaz de emitir y recibir radiaciones tan ultrapenetrantes que todos los cuerpos sin excepción sean transparentes a ellas. Por un proceso de filmación continua *todos* los actos *de todos* los hombres quedan registrados con indicación precisa —o deducible— del momento exacto en que sucedieron. Para mayor perfección y eficacia del sistema, poco nos cuesta suponer también que al registro de imágenes se superponga otro similar de sonidos. Así las cosas, demos por bueno igualmente que tales filmes o tomas sean transferibles a voluntad a nuestra computadora-juez que, con una simple instrucción evocativa de las coordenadas espacio-temporales de un suceso, puede saber siempre cómo ocurrió realmente —si ocurrió— cualquier hecho o relación jurídica controvertida.

¿Qué efecto tendría esta situación hipotética sobre el Derecho? Uno muy importante: *Haría innecesaria la prueba y todas las instituciones a ella conexas*. A nuestro juez-máquina *no habría necesidad de probarle nada, porque disfrutaría de omnisciencia respecto a los hechos*. En Derecho Privado, lo único que podría ofrecer problema a la computadora sería *la resolución de cuestiones que las partes no hubieran previsto*. En lo demás, sentenciar sería sumamente simple. Si el litigante *A* invoca, por ejemplo, como fundamento de su preferencia respecto a la cosa un acto de «ocupación», que el otro litigante *D* niega, el mecanismo automático despeja en un instante la incógnita con sólo remitirse a las coordenadas espacio-temporales del suceso, pues ellas harán revivir en la pantalla fluorescente del aparato el comportamiento y las expresiones del demandante en el momento crítico. Se verá si *A* o *D* afirman con verdad o si mienten ambos, con lo que el fallo quedará predeterminado sin necesidad de ulteriores audiencias. En general, sea originario o derivativo el título, siempre cabría retrotraerse al hecho que lo genera, al revés que hoy, que se nos pierde irremediabilmente en el pretérito.

Comprendemos, así, mejor que mediante prolijos argumentos cuál es la *naturaleza* y cuál la *esencia* de los títulos. Por su «naturaleza» o «*ratio essendi*» los títulos vienen a ser «hechos empíricos de evidencia reproducible» que oficiarán jurídicamente como representantes o sustitutivos de los supuestos fácticos «inobservables» de cualquier norma. Porque, en efecto, todas las normas jurídicas ligan algún «disuasivo» o «incentivo» o, si se quiere, una «consecuencia jurídica» a la ocurrencia de un supuesto fáctico. Pero tal

⁴⁸ SWIFT: *Viajes de Gulliver, Tercera Parte, Viaje a Laputa*. (Cito según la edic. de Garnier, París, 1883, 211 ss.).

supuesto es, al tiempo de ventilarse el pleito, un *evento pretérito* del que ninguna huella permanece ya. El Juez no puede, pues, fiscalizar los hechos litigiosos directamente ni saber de veras si han ocurrido o no. ¿Se ha dado o no se ha dado la «ocupación»? El Juez lo ignora. Y no hay modo de que se cerciore sin perplejidad. Si no quiere pecar de arbitrario, la duda lo atenaza. Porque el actor que afirma que se dio el supuesto y el demandado que lo niega (o que se presume que lo niega) deben ser para él de idéntica credibilidad (¡o se haría acepción de personas!). Luego, ninguna resolución no arbitraria resultaría posible sin la substitución del *supuesto fáctico transitorio por algún equivalente jurídico de evidencia social reproducible*. Donde una norma parece decir: «Si *SH*, entonces ∇ (o *I*)», hay que leer realmente «Si $T(A) > T(D)$, entonces ∇ (o *I*)». [∇ = disuasivo; *I* = incentivo].

Los títulos son, según esto, esencialmente «síntomas probabilísticos de preferencias adjudicativas cuantificables». En otras palabras: *Son las unidades de medición en que cabe expresar empíricamente los valores jurídicos*.

¿Cuales son los títulos?

Ahora es posible comprender ya la correlación que existe en la práctica entre *títulos* y *medios de prueba*: Los títulos aparecen en una investigación minuciosa como *situaciones preferenciales fundadas en superiores índices de frecuencia*, sin importar cómo se originen. Basta con que tengan *constancia empírica y evidencia social reproducible*. Por tanto, al lado de los medios de prueba tradicionales, como son *la confesión, los documentos de todas clases, los testimonios, las presunciones, los indicios* (no la pericia, ni la inspección o reconocimiento judicial, que constituyen, en cambio, «operaciones de enjuiciamiento» sobre los títulos), hay que mencionar también, como tales, *las sentencias, la posesión, la costumbre y usos* (como «testimonios» reiterados y reiterativos), *las adquisiciones procesales, y cualquier regularidad de conducta que permita inferencias probables matemáticamente legítimas*.

¿Cómo cuantificar, con plena legitimidad, el valor de los títulos? Contra lo que pudiera pensarse, no existe ninguna dificultad invencible frustrando la respuesta. Si cualquier título no es otra cosa que una generalización de resultados empíricos, justificada por índices de frecuencia sumamente altos, no cabe negar que se dé identidad de naturaleza entre «títulos» y «cálculo probabilístico».

Consideremos, por ejemplo, el testimonio. ¿Por qué le confieren todos los Ordenamientos eficacia de *prueba*? ¡Sólo porque las aseveraciones de los testigos encuentran, con abrumadora frecuencia, corroboración suficiente en la experiencia humana! Si la mayoría de nuestros informadores resultara ser de tan dudosa veracidad como los cretenses que inspiraron la paradoja del embustero, difícilmente podría la legislación, a espaldas de la persuaden común, arriesgarse hasta depositar en ellos un mínimo de confianza. El testimonio merece crédito —y todos se lo prestamos a diario—, *porque nuestros hábitos estadísticos subconscientes demuestran plebiscitariamente su exactitud sustancial*.

A cada paso llegan a nuestro conocimiento informaciones transmitidas por otros, que, más pronto o más tarde, tenemos ocasión de confirmar o de ver refutadas: Pues bien, salvo casos anómalos, numéricamente de escasa monta, tales informes o declaraciones testificales son nuclearmente correctos.

¿Cuál será el valor probabilístico de la declaración del testigo promedio? Podríamos calcularlo

mediante adecuadas *encuestas por muestreo*; pero trataremos ahora de aproximarnos a su magnitud previsible por procedimientos, si no tan rigurosos, sí al menos, cómodos y aceptables.

Imaginemos, a este fin, que hubiésemos grabado magnetofónicamente durante un largo tiempo todos los mensajes recibidos testimoniando eventos comprobables y que luego, tras su escrupulosa verificación, los hubiésemos clasificado según evaluaciones precisas de su corrección y fidelidad a los hechos. ¿Podríamos esperar que también aquí, como en otros fenómenos estadísticos, la representación gráfica de los cómputos de frecuencia se amoldara al familiar perfil de la curva campaniforme llamada de Gauss-Laplace? A primera vista, no habría inconveniente en la hipótesis: Los testigos con error cero o verdad nula deben tender, en efecto, a cero; el testigo-promedio, aun cuando sufra errores de detalle, acierta en lo fundamental con la verdad y ha de constituir la «moda» de la distribución.

Sin embargo, un análisis más preciso parece debilitar el argumento. La teoría de errores, básiase *a-priori* o *a-posteriori*, necesita para desenvolverse presumir tres cosas: a) La compensación, a la larga, de los errores de sentidos opuestos o signos diferentes (en *más* o en *menos*); b) La existencia de un límite superior o inferior, que no pueda ser franqueado; c) La frecuencia del error como inversamente proporcional a la magnitud del mismo.

Todas estas condiciones se cumplen escrupulosamente si se presupone en los testigos una *disposición informativa no maliciada*; es decir, la voluntad constante de no traicionar deliberadamente la verdad. Pero huelga decir que una disposición informativa llena de malicia en un elevado número de testigos echaría por tierra todas las anteriores asunciones.

¿Cómo salir, entonces, del atolladero? Procediendo por aproximaciones sucesivas, vamos a considerar, en primer lugar, el caso más importante y más común: el de *testigos desinteresados con disposición informativa no maliciada*. Tales testigos abrigan, por definición, el propósito de decir la verdad y se esfuerzan por acertar con ella (¡como se presupone siempre en la teoría de errores!); pero, en virtud de una complejísima serie de causas, sólo lo consiguen parcialmente. Cuanto más minuciosa quiera ser la reconstrucción de los hechos, más factores de error asoman al relato o vician el interrogatorio. La descripción fiel al cien por ciento es prácticamente irrealizable. Ocurre, pues, aquí, lo mismo que en cuidadosas operaciones de medición: Los yerros de gran bulto apenas resultan concebibles; pero en cuanto se trata de llegar hasta el límite en la explotación de nuestros instrumentos, se ven aparecer las incertidumbres y un orden completo de cifras decimales baila ante nosotros toda una danza de muy escurridiza credibilidad.

Así como toda medida termina por disiparse en dígitos inseguros, con error cuya probabilidad se acrecienta en función al decremento de la escala; así también en el testimonio se incrementa el porcentaje de datos inexactos desde que urgimos más y más detalles.

No hay, por tanto, inconveniente alguno, a primera vista, para aplicar a la *capacidad informativa de los testigos* ⁽⁴⁹⁾ las fórmulas de la *teoría de errores*. La ocultación o tergiversación deliberada de la verdad nada tiene que ver con los errores accidentales, que son aquellos- que, por no deberse a causas cognoscibles, cabe tratar como *aleatorios* ⁽⁵⁰⁾.

⁴⁹ Sobre la capacidad informativa, en general, me remito a mi libro: *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal*, Santiago, 1951.

⁵⁰ Sobre la detección y minimalización de errores en fuentes informativas no históricas, vid. *La Investigación*, cit. I, 60 ss. Sobre la *teoría de errores*, propiamente dicha, pueden consultarse: Gauss: *Theory of the Motion of the Heavenly Bodies Moving about the Sun in Conic Sections* (Davis) New York, 1963. (La parte fundamental para el tema es la sección tercera, que versa sobre la determinación de una órbita que satisfaga, con la mayor

Pues bien, la fórmula de la *función normal de probabilidad*, como no ignora ningún estudioso, puede concretarse según alguna de las siguientes expresiones análogas:

$$\phi(\Delta) = \frac{h}{\sqrt{\pi}} e^{-h^2 \Delta^2} = \frac{1}{\sqrt{2\pi}\sigma} e^{-\frac{\Delta^2}{2\sigma^2}}$$

En consecuencia, si convertimos h (que es igual a $\frac{1}{\sqrt{2}\sigma}$, como es fácil colegir por las igualdades precedentes) en la unidad de abscisas, tendremos:

$$y = \frac{1}{\sqrt{\pi}} e^{-\Delta^2}$$

Con lo cual, el punto modal o máximo de la curva, fácilmente calculable hallando la primera derivada e igualando a cero, resulta ser:

$$y' = \frac{1}{\sqrt{\pi}} e^{-\Delta^2} \cdot -2\Delta = 0$$

(para $\Delta = 0$), en cuyo momento $y=0,5641895 \dots$)

Bueno sería preguntarnos ahora qué significa este número. En principio, dada la convencionalidad —y la «indefinición» empírica— del valor asignado al parámetro h , sólo representa una relación abstracta entre el mínimo presunto de los errores y la relativa frecuencia de los mismos. Imaginemos, sin embargo, que hubiésemos determinado ya, por métodos adecuados, y con suficiente aproximación, el valor de h . Aun entonces cabría inquirir —¡pues, en verdad, que no sería obvio!— *cómo debería interpretarse* el producto $h \cdot 0,5641895 \dots$. En términos generales, el máximo de la curva normal representa —según cierta *analogía mecánica* que hubiera complacido extraordinariamente al coloso de Siracusa⁽⁵¹⁾— el punto en que la masa probabilitaria obtiene la mayor densidad de concentración. Dicho punto coincide aquí con el

aproximación posible, un número de observaciones cualesquiera). Págs. 249 ss. Chauvenet, W.: *A Manual of Spherical and Practica Astronomy*, II, New York, 1960 (Reproducción de la ed. de 1891), 469 ss. Bertrand, J.: *Calcul des Probabilités* (Reproducción de la ed. 1907, corregida), New York, s.f. 175 ss. (Una exposición crítica de impresionante lucidez, en un estilo prácticamente insuperable, que alcanza las más altas cimas de la didáctica). Una exposición más sucinta y también sugestiva en Borel; Deltheil y Hurón: *Probabilités. Erreurs*, 13ª ed. 1964, 164 ss. Muy interesantes también: Aller, R. M.: *Introducción a la Astronomía*, Madrid, 1957, 578 ss. Arley y Buch: *Introducción a la teoría de la probabilidad y de la estadística*, (Bombal), Madrid, 1968, 193 ss. (Otra exposición afortunada, que se puede recomendar, aunque reclame más elevados conocimientos matemáticos). Mills: *Métodos estadísticos*, (Herranz), 1969, Apéndice C, 752 ss. Ríos, Sixto: *Métodos Estadísticos*, 1975, 406 ss.

⁵¹ El motivo de esta afirmación está en el *Método* arquimediano. Y sobre él, vid. *La investigación*, II, 81 ss. Sobre la aplicación de la analogía física a la teoría de probabilidades, vid. V. Mises: *Probabilidad, Estadística y Verdad* (Grimberg) Buenos Aires, 1946, 64 ss. Arley-Buch: *Op. cit.* 48. Brunk, H. D. *An Introduction to Mathematical Statistics*, 1965, 41 ss. Uspensky: *Matemáticas de las Probabilidades*, (Prélat), 1947, 258 ss. Borel, Deltheil, Hurón: *Probabilités. Erreurs*, cit. 23 ss.

valor medio esperado ⁽⁵²⁾ —centro de gravedad del sistema—; pero esta coincidencia es ocasional, aunque característica de la función descrita. En ordenadas (eje vertical o de las y) se reflejan las **frecuencias** de las agrupaciones que se reseñan; en **abscisas** (eje horizontal, ahora con $\Delta = x$), los valores particulares de cada grupo. Tendríamos entonces, aplicando estos criterios al testimonio, que el producto $h \cdot 0,5641895\dots$ indicaría las frecuencias teóricas correspondientes al error nulo. O lo que sería equivalente aquí, el «valor probable» de una **información verdadera** —para testigos imparciales. La probabilidad de un error comprendido entre Δ y $\Delta + d\Delta$ vendrá dado por la fórmula

$$\frac{h}{\sqrt{x}} e^{-k^2 \Delta^2} d\Delta$$

Y la de que se halle entre 0 y 1 podrá determinarse según esta otra:

$$\frac{h}{\sqrt{x}} \int_0^1 e^{-k^2 \Delta^2} d\Delta$$

El fulcro en que pende todo el razonamiento anterior es la dilucidación del problema de si los testigos de buena fe se acomodan a la ley normal o a cualquier otra —en cuyo caso habría que preguntarse cuál podría ser ésta.

Para tomar partido en tal alternativa parece imprescindible enjuiciar con alguna detención los resultados globales de la moderna crítica del testimonio.

Sometiendo a un examen abstracto la capacidad informativa de los testigos podemos establecer los siguientes resultados interesantes:

- 1) Las versiones de los sucesos presenciados próximas a la integridad absoluta son sumamente raras.
- 2) Por lo general, los testigos, aunque pongan el máximo empeño en ser exactos y minuciosos en la descripción de sus recuerdos, omiten datos y detalles, introducen en su narración elementos fácticos espúreos e interpretan o colorean los eventos según su espectro intelectual y afectivo. Esto equivale a proporcionar un informe **por defecto** o **por exceso** erróneo.
- 3) Como las diversas versiones de una pluralidad de testigos presenciales **no confabulados** ni contagiados ⁽⁵³⁾ habrán de responder a ecuaciones personales distintas, parece razonable esperar, si el número de testimonios es suficiente, **que los errores por defecto y por exceso se compensen y que también aquí la media aritmética o la desviación cuadrática media de las respuestas cuantificadas puedan servir como factores de corrección que permitan columbrar la descripción con error nulo.**

⁵² No se confunda este **valor medio esperado** (llamado también **esperanza matemática**) con la media aritmética, la cual es un promedio de valores **reales**.

⁵³ Se excluyen aquí las **confabulaciones** —conciertos para el engaño— y los influjos sugestivos ambientales de que una persona inadvertidamente puede **contagiarse** (según la gráfica expresión de G. Dumas).

En efecto; cada testigo imparcial, que proceda de buena fe, es **un proveedor de observaciones complementarias** que, consideradas aisladamente, cabría clasificar como **exactas** o **inexactas**. Y estas últimas lo serían **por carta de más o por carta de menos, pues una relación completa y sin añadidos de una experiencia muy compleja resulta proporcionalmente inverosímil**.

Consideremos, primero, con cierta parsimonia, el caso más común: Las versiones que pecan **por defecto**. ¿Por qué las omisiones, las inadvertencias y olvidos en casi toda rememoración? La explicación no parece difícil. La memoria está íntimamente condicionada por los fenómenos psíquicos que le proporcionan el estímulo material, los cuales, lejos de consumarse en una operación simple y única, consisten en procesos entrelazados de extremada complejidad. Tal ocurre con la **percepción**, en todas sus formas. La percepción necesita autolimitarse, porque, en principio, salvo en muy excepcionales supuestos, sobrepasa el reducto de acotación intencional. La verdad es que uno percibe globalmente y que sólo parándose adrede en alguna faceta particular del panorama contemplado se hace posible el desmenuzamiento del todo en sus detalles. De primera intención tenemos que acechar sin ver otra cosa que un conjunto insuficientemente diferenciado. En rigor, para captar y retener es preciso resaltar aspectos, arrancarlos del anonimato en que **ab initio** se dan y centrar la **atención** deliberadamente sobre ellos. Sin atención, apenas si puede funcionar la **memoria consciente** —aunque tal vez, subconscientemente, lo haga. En cualquier caso, la atención depende en su espontáneo actuar de intereses personalísimos y de hábitos inveterados, debidos a ellos. Se proyecta de suyo sobre aquellas peculiaridades del campo observable que intelectual, emotiva o afectivamente suscitan mayor atracción sobre nosotros. Por eso, cada uno percibe a nivel de conciencia y suele recordar los rasgos escénicos que con más viveza ejercen influjo sobre él. Cuanto sea factor protagonista en la vida de cada uno se rememora sin esfuerzo sensible, pues tiene ya bastantes alicientes para dar cuenta de sí mismo. En cambio, lo que se juzga por actitud o hábito anodino, irrelevante o tedioso queda relegado de la percepción e implícitamente condenado al vacío de los recuerdos.

Cabe decir, así, que tanto el sentir como el recordar son función de las querencias íntimas. Y por ende, como las propensiones y los hábitos de diferentes observadores no son iguales, tampoco enfatizarán las mismas cosas, sino que repararán unos en este sesgo, otros, en aquél, preterido por los anteriores.

He ahí por qué la riquísima variedad humana entraña como consecuencia una **compensación de los errores por omisión, tanto más efectiva cuanto mayor es el número de testigos y menos complicado el suceso. Las cosas que ninguno vea se habrán pasado por alto, porque no son interesantes para nadie; lo que quiere decir que no son interesantes en absoluto** —y sería un dispendio testificarlas.

Más sutil análisis imponen las versiones **por exceso**.

¿Por qué llegamos a entrometer en nuestros relatos detalles, hechos o circunstancias irreales?
¿Por qué suponemos haber percibido algo que nunca estuvo en nuestra auténtica percepción?

Quizás la solución más plausible sea la siguiente:

Como consecuencia de la precitada polarización de nuestras apercepciones, nuestros recuerdos **son incompletos y se saben tales. Hemos rememorado algo que había; pero hemos retenido también que había algo más**. Y en nuestro empeño por revivir lo que echamos de menos, suplimos imaginativamente los rastros en penumbra. Las vagas imágenes que la atención ha marginado son ahora interpretadas y reconstruidas con mayor o menor advertencia. ¿Con qué criterio? Acaso la respuesta menos aventurada consista simplemente en decir que cada uno

olvida y reconstruye según es. Lo cual significa que cualquier generalización depara riesgos y que lo prudente es diagnosticar en los casos individuales. Las reglas abstractas, las asunciones presuntamente válidas tienen aquí muy endebles evidencias en su favor. Incluso el desvanecimiento, progresivo de los recuerdos, con el que estamos tan familiarizados desde la infancia, se nos hace a duras penas comprensible. Uno propende a imaginar que las percepciones dejan como una traza fotográfica, que el tiempo va debilitando; pero, ¿por qué se reavivan a veces las huellas mnémicas mucho más tarde? ¿Por qué, durante el sueño, reaparecen, acaso con nitidez de sensaciones directas, imágenes que uno creería definitivamente apagadas? ¿Persisten, por ventura, las diversas reminiscencias en forma latente, sólo de momento obscurecidas por las impresiones dominantes, como en un palimpsesto escrito y borrado varias veces? ¿Es el velo de los sedimentos recientes lo que desfigura y contamina la imagen anterior? ¡Muchas conjeturas son posible; pero todas ellas arduas de probar! Lo que sí parece cierto es que las rememoraciones obedecen a una ley de abstracción constante. Es como si los recuerdos se clasificaran y los más generales oficiaran por los más concretos. Los elementos individualizadores de cada imagen mnémica semejan gastarse o degradarse por contacto, como los guijarros se pulen entre sí, y quedar fundidos en una representación prototípica. ¿Cuál es, por ejemplo, la fisonomía memorizada de una persona querida? ¿Conservamos una o varias imágenes de la misma? A lo que puedo colegir, una imagen prima y opaca las otras, aunque coexista, quizás, con recuerdos concretos de otra procedencia, como, por ejemplo, los de tal o cual retrato al óleo o esta o aquella fotografía. Uno diría, pues, que hay rastros mnémicos *individualizados* y rastros mnémicos *genéricos* y que la repetición de los primeros los va empujando a los segundos. Sería interesante indagar si este curioso efecto es una mera manifestación de la *ley de entropía* (⁵⁴); pero sin duda el tema vendría fuera de lugar aquí. Lo importante ahora es subrayar cómo entra en nuestros hábitos mentales el adicionar por extrapolación datos genéricos para rellenar esquemas borrosos en las impresiones de sucesos pretéritos determinados. Se incurre, así, en un error positivo, o *por exceso*, que se compensará también en una pluralidad de versiones, gracias precisamente al hecho de la disimilaridad en los olvidos y reconstrucciones individuales.

La consecuencia general que, según parece, debe desprenderse es que, si nos atenemos a su capacidad informativa, los testigos resultan asimilables a observadores que nos brindan sus estimaciones al medir. Según todas las apariencias, cumplen los tres requisitos que, tal como señalábamos antes, presupone para su aplicabilidad la teoría de errores (⁵⁵).

Hay, sin embargo, cierta dificultad, de índole matemática, que se opone, a primera vista, a que las fórmulas de aquella puedan ser trasplantadas, sin más, a la crítica de testimonios emitidos con buena fe. Tanto en la valoración del testimonio como, en términos generales, en la de cualesquiera títulos desempeña un papel capital el que podría llamarse «reforzamiento

⁵⁴ *Ley de entropía* es denominación que se da también al *segundo principio de la termodinámica*, por el cual se enunció primero la imposibilidad de convertir en trabajo mecánico la totalidad de una dada magnitud de calor. Resulta, pues, que en la realidad *la energía sufre degradaciones*. Suele decirse también que la ley de entropía no es *causal*, sino *estadística*; no tiene un significado absoluto, sino probabilístico; se presenta como una *función logarítmica de la probabilidad*. De ahí, que la conformación de entropía máxima sea el estado más probable, no el único que pueda ser hallado en la práctica. La evolución entre estados entrópicos tiende a seguir estadísticamente la dirección impuesta por la predominante aparición de las configuraciones más probables. Por eso, Eddington ha concebido la entropía como *incremento universal del azar*. (No obstante, es punto menos que inimaginable hacer semejante extrapolación a la totalidad del Universo. Y en su virtud parece preferible vincular más bien la entropía a la *degradación de la información*).

⁵⁵ Vid. en pág. 74.

indiciado», que hace que cada prueba o presunción mejore las expectativas o incremente la verosimilitud de todas las concordantes. En cambio, aritméticamente, las probabilidades, que son siempre fracciones, *si se multiplican, decrecen; y si se suman, como quebrados comunes, podrían rápidamente sobrepasar la unidad* —lo que implicaría un absurdo, ya que la unidad simboliza en el cálculo probabilitario la seguridad absoluta o la certeza ⁽⁵⁶⁾.

La teoría matemática tradicional, incluso en sus más avanzados métodos, hacía frente al problema mediante expedientes tan ingeniosos como cuestionables. Puede servir de paradigma el razonamiento de que se vale un hombre tan genial como Boole en sus *Laws of Thought*. Argumenta: «La probabilidad de que un testigo *A* diga la verdad es *p*; la probabilidad de que otro testigo *B* diga la verdad es *q*, y la probabilidad de que ambos disientan en un aserto es *r*. ¿Cuál es la probabilidad de que su aserto sea verdadero, si están conformes? Representemos por *x* la hipótesis de que *A* diga la verdad; y por *y* la de que la diga *B*; entonces, la de que *A* y *B* disientan en su aserto se representará por $x(I-y) + y(I-x)$; la hipótesis de que ambos convengan en el aserto por $xy + (I-x)(I-y)$ y la hipótesis de que concuerden en la verdad por xy . Tenemos, en consecuencia, los siguientes datos: Prob. $x = p$; Prob. $y = q$; Prob. $x(I-y) + y(I-x) = r$, donde vamos a determinar

$$\frac{\text{Prob. } xy}{\text{Prob. } xy + (1-x)(1-y)}$$

Pero como Prob. $x(I-y) + y(I-x) = r$, es evidente que Prob. $xy + (1-x)(1-y)$ será $1-r$; por tanto, tenemos que investigar

$$\frac{\text{Prob. } xy}{1-r}$$

Supongamos ahora que hacemos $x(I-y) + (1-x)s = s$; $xy = w$ (Ec. 1). Nuestros datos serán, entonces, Prob. $x = p$, Prob. $y = q$, Prob. $s = r$, y deseamos encontrar Prob. w . El sistema (Ec. 1) da, por reducción:

$$x(1-y) + y(1-x)/(1-s) + s/xy + (1-x)(1-y) + xy(1-w) + w(1-xy) = 0$$

; de donde

$$\begin{aligned} w &= \frac{x(1-y)(1-s) + y(1-x)(1-s) + sxy + s(1-x)(1-y) + xy}{2xy - 1} \\ &= \frac{1}{0}xy + xy(1-s) + 0x(1-y)s + \frac{1}{0}x(1-y)(1-s) + 0(1-x) + \\ &\quad + \frac{1}{0}(1-x)(1-y)s + \frac{1}{0}(1-x)y(1-s) + 0(1-x)(1-y)(1-s) \end{aligned}$$

En la expresión de este desarrollo, el coeficiente 1/0 reemplaza a cada forma equivalente

⁵⁶ Si no se olvida que la probabilidad es una *ratio* entre dos clases de eventos, o, más claramente, *una fracción de un total*, cuando la fracción y el total se igualen o, lo que es lo mismo, el numerador y el denominador sean el mismo número, el cociente tendrá que ser la unidad.

(booleana) (X. 6). ⁽⁵⁷⁾. Tenemos ahora

$$V = xy(1-z) + x(1-y)z + (1-x)yz + (1-x)(1-y)(1-z)$$

; de donde, pasando de la Lógica al Algebra,

$$\frac{xy(1-z) + x(1-y)z}{P} = \frac{xy(1-z) + (1-x)yz}{q} = \frac{x(1-y)z + (1-x)yz}{r} =$$

$$= xy(1-z) + x(1-y)z + (1-x)yz + (1-x)(1-y)(1-z).$$

$$\text{La Prob. } w = \frac{xy(1-z)}{xy(1-z) + x(1-y)z + (1-x)yz + (1-x)(1-y)(1-z)}$$

de la que se deduce fácilmente

$$\text{Prob. } w = \frac{p + q - r}{2}$$

de donde tenemos

$$\frac{\text{Prob. } xy}{1-r} = \frac{p + q - r}{2(1-r)}$$

para el valor buscado» (57).

Luego Boole compara sus métodos con los preconizados por Cournot en su Exposición de la Teoría de Probabilidades, quien había propuesto «seleccionar de las premisas originales diferentes series de datos, cada serie igual en número a los eventos simples que encierra; suponer que tales eventos son independientes, determinar separadamente de las respectivas series de datos sus probabilidades y, comparando los diferentes valores así obtenidos para los mismos elementos, juzgar hasta qué punto la hipótesis de la independencia está justificada ⁽⁵⁸⁾.

El enjuiciamiento crítico de puntos de vista similares, mantenidos desde antiguo por autores de tanto prestigio como Condorcet, Laplace, Poisson, Cournot, etc. y contradichos por otros matemáticos no tiene aquí cabida. Los argumentos de unos y otros serán examinados con todo detalle en otra sede ⁽⁵⁹⁾. Aquí baste decir que, por lo que se refiere a la línea de ataque booleana, tan original en su forma, Keynes en su *Tratado sobre la Probabilidad*, intenta una refutación a fondo y hace ver que el razonamiento de aquél encubre una falacia ⁽⁶⁰⁾. Lo que, a mi entender, debe contar sobre todo (¡las demás faltas serían reparables!) es si proporciona, o no, *un procedimiento*

⁵⁷ BOOLE: *An Investigation of the Laws of Thought on which are founded the mathematical theories of Logic and Probabilities*, New York, 1958, 279 ss.

⁵⁸ *Op. cit.* 281.

⁵⁹ *El testimonio como problema político-jurídico* (Obra en preparación).

⁶⁰ KEYNES: *A Treatise on Probability, en The collected Writings of John Maynard Keynes*, VIII, Cambridge, 1973, 199 ss.

que permita cuantificar los eventos posibles, uno a uno identificados. La posterior introducción del algoritmo correspondiente va luego de suyo y es de mucho menor entidad. He ahí nuestra meta.

Otra cuestión episódica que cabe suscitar concierne a la aplicabilidad de la media aritmética. Si, según es notorio, la media aritmética supone una desvirtuación de los valores extremos, ¿cómo conciliar tal tendencia niveladora con el **reforzamiento indiciario**, postulado aquí?

La respuesta no parece difícil. Los valores extremos son en este caso precisamente las desviaciones hacia el error máximo, en tanto que la media aritmética representa aquel valor que presuntivamente lo minimaliza. Pero —compréndase bien— aun cuando estemos haciendo alusión a errores *mínimos*, la magnitud computada seguirá siendo el «error». Por tanto, si lo que tratamos de medir realmente es la **credibilidad** del testigo (su verdad probable), tendremos que restar aquella cifra de la unidad, para obtener su complemento, pues es éste el que proporcionará la indicación que ahora importa de veras. Y (¡huelga decirlo!) cuanto más se reduzca la media, más se incrementará correlativamente su complemento. En síntesis: **credibilidad = 1 - 0**.

Con todo, la mejor forma de aproximación matemática a la teoría del reforzamiento indiciario parece ser otra. Veamos cuál, del modo más intuitivo que nos sea posible.

Para ello, modificando de raíz el planteamiento del problema, preguntémonos, no cuál es, por ejemplo, el valor probable de la declaración del testigo promedio, según sus hábitos de veracidad —al modo usual—, sino **cuál es la probabilidad de que m testigos no confabulados ni tampoco «instruidos» por un tercero para que rinda testimonios conformes**, relaten un suceso complejo, conformado por w elementos observables distintos, en una forma unívoca que no venga determinada por el propio suceso; es decir, que no sea substancialmente verdadera?

Garantizada la **independencia** entre los testigos, uno propendería a evaluar la probabilidad de la coincidencia testimonial por asimilación al caso canónico de la repetición de una misma secuencia, ya producida, en m extracciones, con reposición, de w_n bolas (si se quiere, de colores distintos, según se refieran a las «categorías clasificadoras o «unidades de cuenta» utilizadas; a saber: personas, cosas, acciones, circunstancias, etc.), numeradas de **1** a n . Pero es posible más exacto cómputo ⁽⁶¹⁾.

Expuesto el asunto de otro modo: Se trata de hallar el número total de formas en que es posible hacer una descripción a partir de $p + r + s + t...$ elementos que cabe silenciar o seleccionar desde uno sólo a todos; y de ahí evaluar la probabilidad de que dicha descripción se repita en m ocasiones distintas.

Por si alguien mostrase repugnancia a que los diferentes elementos de un relato pudieran ser tratados como «equiprobables» o de similar «indeterminación causal», quizás convenga adelantarse a decir que, donde sea necesario, las ponderaciones son factibles. Y además, la crítica ulterior no descuidará las **presunciones de verosimilitud** ni la **inversión injustificada del orden usual de frecuencias** ⁽⁶²⁾.

⁶¹ *Téngase presente que estamos mostrando procedimientos de aproximación que de alguna manera permitan domesticar tan vidriosa temática. Lo esencial es conseguir la cuantificación a error controlado. La eliminación total del error no entra en cuenta siquiera, porque el cálculo de probabilidades se refiere a estimaciones mensurativas, no a resultados de operaciones de conteo: sus números no pueden ser exactos.*

⁶² *Como veremos enseguida, la correlación probabilitaria se establece entre un subconjunto de elementos, en alguna forma contrasentidos, y el conjunto global del que forman parte; pero la condición presupuesta para que una «razón» semejante tenga sentido es que los diversos elementos no gocen de ninguna preferencia causal, sino*

Pero, pasemos a los cálculos.

El número total de posibilidades es obtenible mediante la fórmula $(p+1)(r+1)(s+1)(t+1)...$ (que comprende, incluso, el caso de recusar la opción y negar el supuesto).

Frente a ese conjunto de alternativas seleccionables, una forma determinada tiene la probabilidad de

$$\frac{1}{(p+1)(r+1)(s+1)(t+1)...$$

La de que semejante distribución pudiera repetirse en m ocasiones diferentes vendría dada por m factores análogos. Por ende, la fórmula final habría de ser:

$$\frac{1}{[(p+1)(r+1)(s+1)(t+1)]^m...$$

Para que los menos matemáticos de los lectores puedan tomar conciencia de la magnitud aludida, en toda su abrumadora pequeñez, vamos a tratar numéricamente un caso concreto de las proporciones más modestas. Sea, pues, $p = 2$; $r = 5$; $s = 3$; $t = 4$ y $m = 4$. Tendremos, entonces:

$$\frac{1}{(2+1)(5+1)(3+1)(4+1)^4} = \frac{1}{(3 \cdot 6 \cdot 4 \cdot 5)^4} = \frac{1}{360^4}$$

O sea: 0,0000000005953...

Si, como enseñaba Borel, consideramos que es desdeñable a escala humana (⁶³) una probabilidad del orden de 10^{-6} ¿qué decir de una cifra diez mil veces menor?

La conclusión es franca: la probabilidad de que cuatro testigos, no concertados previamente, puedan urdir una misma historia es, en absoluto, deleznable. Por tanto, la coincidencia en un relato de un pequeño número de testigos «independientes» es en la práctica equivalente a la certeza.

Hay muchos modos de ponderar la insignificancia de esa fracción consignada antes —digámoslo para los curiosos. Uno, podría ser el siguiente: Tomemos como unidad de referencia el milenio. Pues bien, restar de esa unidad aquella partícula sería comparable a abstraer al millar de años algo más de un segundo. Dicho con otro ejemplo: Apreciar o reparar en una magnitud semejante

que aparezcan de tal modo que cualquier sesgo durable quede excluido. La lógica probabilitaria —conviene entenderlo— es el rechazo consecuente de cualquier posibilidad causal: Sólo es lícito hablar de «equiprobabilidad» después de estar seguro en lo posible de no darse propensiones causales en favor de alguna hipótesis.

⁶³ BOREL: *Valeur Pratique et Philosophie des Probabilités*, fascículo 3) del tomo IV del *Traite du Calcul des Probabilités et de ses Applications*, París, 1952, 4 ss. Morel distingue la «escala humana», que ha de ser despreciada a diario, pues «un hombre que quisiera tomar en cuenta **constantemente** posibilidades tan poco probables, se convertiría rápidamente en un maníaco o, incluso, un loco»; la «escala terrestre», que fija en 10^{-15} (como resultado de dividir la escala humana por la dimensión de la población mundial); y la «escala cósmica», que sitúa en 10^{-50} .

es querer estimar centímetro y-medio en la distancia Tierra - Luna.

Y conste, para los más escépticos, que, lejos de exagerar los datos numéricos iniciales, los estamos tomando por defecto. En rigor, la probabilidad buscada es aún sensiblemente menor que la deducida según nuestros postulados y método. La razón no habrá pasado inadvertida a más de un lector perspicaz. ***Entre testigos comunicados que quisieran «inventar» un suceso, las alternativas posibles rondan la infinitud***: Son casi las mismas que rigen para obras de pura fantasía. Los elementos seleccionables para la narración son punto menos que ilimitados. Las únicas restricciones que contarían aquí (aun debiendo reconocer que son importantes) son las que impone la congruencia y la intrínseca verosimilitud del relato. Aunque uno descartara, por eso, la plausibilidad de atribuir a *p, r, s, t,...* valores infinitos, el resultado práctico sería el mismo: Uno acabaría llegando a guarismos anonadantes. Salvo las precauciones necesarias para no hacer sospechosa la declaración, por los requerimientos mnémicos que exigiría, (supuesto excluido por hipótesis), el número real de datos y de testigos puede hacer despreciable la probabilidad, incluso a ***escala cósmica*** (que es del orden de 10^{30}). ⁽⁶⁴⁾.

Esto nos alecciona decisivamente sobre la extraordinaria relevancia que tiene para el enjuiciamiento de la prueba testifical la independencia de los testimonios recibidos. He ahí, pues, el hecho del que hay que cerciorarse a toda costa. Porque, a independencia inconcusa ⁽⁶⁵⁾, la concordancia insospechable de dos testigos en la descripción de un suceso, o, mejor aún, en los datos esenciales que lo configuran, es acreditamiento suficiente de su exactitud substancial.

Queda en parte, contestado así uno de nuestros interrogantes primarios; vale decir: ¿cómo se interafectan los testimonios, en particular, y las pruebas, en general? No obstante, falta todavía concentrarse sobre el problema con toda la atención y universalidad que requiere.

Volvamos, para ello, a nuestra paradigmática curva de campana, representada ahora gráficamente en la figura de la página contigua, y demos por supuesta su adecuación al caso actual. (En otra sede ⁽⁶⁶⁾ se discutirá la cuestión a la luz de los resultados que cabe inferir de experiencias concretas).

Supongamos que *m* testigos han prestado declaración sobre un hecho. Sus diversos relatos constituyen tomas de posición, estimaciones o valores de la incógnita *h*, que uno pretende investigar. En torno a esos valores no es mucho lo que sabemos hasta el presente, aunque no podemos ignorar una cosa: ***Que la unidad se ofrece como límite a la suma de todos ellos.***

(Se deduce este aserto de la definición misma de probabilidad, pues siendo *n* los desenlaces totales de un evento aleatorio, *v* cierto subgrupo contrasignado y *v'* los restantes, si puede excluirse cualquier acción causal que determine la irrupción privilegiada de alguno en particular, la probabilidad de que ocurran los unos es a la probabilidad de que sucedan los otros como *v* es a *v'* por tanto, siendo $v + v' = n$,

⁶⁴ *La escala cósmica toma en cuenta los fenómenos que pueden acontecer en toda la porción de Universo accesible a nuestra experiencia. Las reflexiones de Borel (págs. 15 y ss. de op. cit.) son aleccionadoras y del más alto interés.*

⁶⁵ *La independencia de los testigos es, pues, la clave para una crítica racional del testimonio; sobre ella deben concentrarse todas las investigaciones de jueces e instructores. Lo malo, que no hay actualmente cauces adecuados para cumplir un cometido tal. La nueva Política científica del Derecho debe abrírsele y hacer probable su seguimiento.*

⁶⁶ *Vid. nota 59.*

$$P_i = k (v - v') = l \text{ (donde } k = \text{ constante de proporcionalidad).}$$

Luego

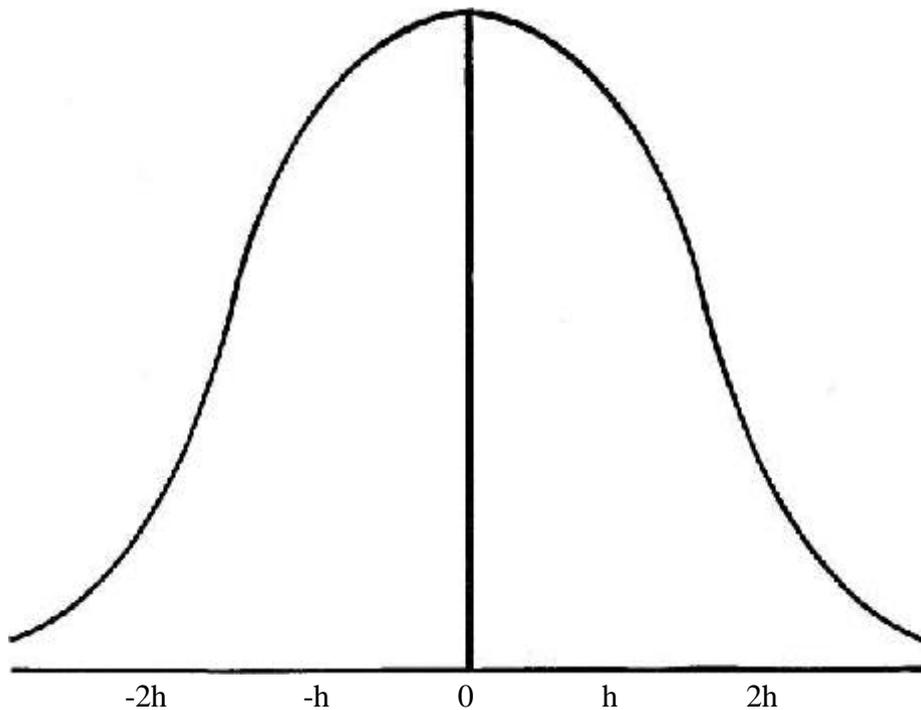
$$k = \frac{1}{v + v'}$$

Y por ello la probabilidad del subgrupo v es

$$\frac{v}{v + v'} = \frac{v}{n}$$

y la probabilidad de los desenlaces restantes v'/n . De aquí,

$$\frac{v + v'}{n} = 1$$



La ordenada máxima de la curva corresponde al punto modal, que coincide aquí con la *media* y la *mediana*, h , la unidad de abscisas elegida, expresa las desviaciones de las medidas particulares obtenidas respecto a la media, lo que implica también aquí respecto a la moda y la mediana. La curva gráficamente representada tiene sus *puntos de inflexión para $y_2 = 0$* . $\pm h$. Cambios en esta última magnitud implicarían una compresión y aguzamiento formal o bien un aplastamiento y expansión laterales.

Resulta, entonces, que la declaración de cada testigo no puede valorarse aisladamente y sumarse luego con las de los demás ⁽⁶⁷⁾ sino que lo correcto será estudiar primero el origen de cada testimonio, sus relaciones de intercambio con otros o su incomunicación, las posibles fuentes de contagio y las constantes personales del propio testigo con su deformación sistemática). Tras esto, procede indagar si la independencia ha quedado garantizada para dos declaraciones, al menos. Si así, las fórmulas anteriores pueden aplicarse.

Sería temerario descuidar aquí un problema crítico: ¿Cómo acreditar la incomunicación e independencia entre dos testigos? En la mayor parte de los casos tan decisiva circunstancia dependerá de *otra prueba testifical*. Una prueba que, por desgracia, la generalidad de las leyes procesales no han previsto ni programado. Ya es grave, en el orden teórico, que la máxima convictividad de un medio de prueba repose sobre ese mismo medio. Más aún lo es más que ni siquiera la utilización del susodicho sea factible.

Demos, sin embargo, por sobreesido este problema (que será tratado detenidamente en otra ocasión) e imaginemos que, con pleno fundamento, hubiésemos llegado a persuadirnos de que dos testimonios concordantes gozan de cabal independencia. Según las fórmulas de págs. 85-86, reajustadas para el caso actual, la probabilidad de una coincidencia fortuita en la hipótesis allí contemplada será entonces un poco mayor que la que Borel reputa despreciable a *escala humana*: es decir, habría que cifrarla en $1/360^2 = 0,00000771...$ Lo cual significaría que el valor veritativo probable de los asertos coincidentes vendría dado por el complemento sustractivo de la cantidad anterior. Y sería tan alto como $0,9999923...$ (pues, en efecto, $1 - 0,00000771 = 0,9999923$).

Puestas así las cosas, supongamos aún que un tercer testigo, de independencia no acreditada; pero tampoco en entredicho, produce una deposición que, pese a ciertos puntos discrepantes, viene a concordar en lo esencial con las anteriores. ¿Cuánto incrementará su valor?

Para abordar intuitivamente el problema, probemos a efectuar un tratamiento geométrico del mismo. Como no ignoran cuantos se han asomado alguna vez al cálculo de probabilidades, el área bajo la curva normal entre dos coordenadas definidas representa la medida de la correspondiente probabilidad. (Por eso, la totalidad de la superficie subtendida simboliza *certeza* y vale *I*). De ahí que, delimitada un área, el incremento probabilitario permisible pueda obtenerse tratando cada testimonio (o cada prueba, en su caso), como un incremento elemental determinado por el producto de la ordenada variable por la diferencial de su abscisa. Podría calcularse también su monto obteniendo la integral definida bajo la curva gaussiana desde el límite ya alcanzado hasta el que imponen las nuevas unidades que se computan. Pero veamos prácticamente cómo se procede.

El valor antes calculado para la probabilidad ($0,9999923...$) corresponde a un área perfectamente definida bajo la curva normal, cuyas coordenadas constan tabuladas con antelación —y que sería un juego de niños inmaquinar en una computadora. En Bertrand, por ejemplo, figura una tabla de valores de la integral

$$\Phi(t) = \frac{2}{\sqrt{\pi}} \int_0^t e^{-t^2} dt$$

⁶⁷ Por pequeño que fuera el coeficiente probabilitario asignado a cada testigo, sería cuestión de número lograr cualquier rango de probabilidad si se *sumaran* sus declaraciones. ¡Las fórmulas valorativas no pueden ser tan simples!

con siete cifras decimales ⁽⁶⁸⁾. Sirviéndonos de la misma podríamos averiguar fácilmente el valor de la función (*t*) o, viceversa, los correspondientes de la variable. Por ellos podríamos deducir los que en el presente caso interesan. Pero no se necesita —¡sería, incluso, engañosa!— tanta precisión. Lo más práctico para despacharse en estricta concordancia con los datos empíricos es construir una tabla de frecuencias acumulativas a partir del número de datos acertados en las declaraciones de multitud de testigos, ordenarlos en orden descendente, calcular los respectivos porcentajes y sumar a cada valor extremo el simétrico correspondiente.

Alguien objetará, de seguro, al llegar aquí, que todas estas reflexiones, por muy plausibles que parezcan, no son aplicables sino a «testigos de *laboratorio*», cuya fidedignidad se dé por descontada. ¿Y qué tiene que ver esta situación «ideal» con la imperante en el proceso, donde la *disposición informativa* adquiere importancia capital y hace dudosa, en principio, la misma capacidad de atestado?

Sin desconocer el hecho de que las actuales normas procesales no son las más aptas para la crítica científica ⁽⁶⁹⁾, no es imposible, ni mucho menos, dar con procedimientos adverbativos eficaces.

En efecto; los testigos que comparecen al proceso dispuestos a actuar de mala fe son, por lo general, testigos *preparados*. Las propias partes o su consejo de defensa los han instruido previamente acerca de lo que tienen que decir. Por tanto, no han vivido, o no han vivido así, los hechos que narran. Lo que harán será recitar una lección, más o menos cuidadosamente aprendida, urdida para ellos por terceras personas, sin tener en cuenta la «ecuación personal» de cada declarante, sus íntimas propensiones y hábitos. Las circunstancias que harán constar, por eso, en su deposición no podrán ser, entonces, consecuentes con los intereses vitales de cada testigo sino de una delatora uniformidad. Hechos que este declarante, en particular, nunca hubiera pasado inadvertidos, sospechosamente no los recuerda; en cambio, menciona otros en que por temperamento no suele reparar. La entropía del testimonio, la degradación informativa concreta, que, pese a su carácter probabilístico muestra direcciones preferentes en cada persona y consiente por ello la compensación por el número de los errores accidentales, está ahora visible y profundamente alterada. De ahí, que un estudio previo, metódico, de las actitudes psíquicas de cada testigo como tal, tenga que revelar, sin duda, tras un interrogatorio suficiente, si la disposición informativa es, o no, irreprochable. Como la entropía crece proporcionalmente a la complejidad de los acaecimientos y aparece gobernada por el azar, resulta prácticamente inmune a cualquier tentativa de falsificación. Cuantificado el testimonio, los amaños no pueden menos de translucirse, porque *lo aleatorio no puede ser reproducido con exactitud por el designio humano*.

Estas conclusiones, lejos de ser nuevas, ofrecen únicamente otra formulación a ciertas implicaciones de la teoría de errores. En ésta, al tratar de determinar la constante *k* de Gauss (ligada a la *h* de nuestras expresiones abreviadas por la relación

$$k = \frac{h}{\sqrt{\pi}}$$

⁶⁸ Bertrand: *Calcul*, cit. 329 ss.

⁶⁹ Cfr. *La Exploración*, cit. 113 ss. Pero ni siquiera las posibilidades que ofrece la aplicación de las «reglas de la sana crítica» han sido aprovechadas mayoritaria-mente por los Tribunales de Justicia. Y el T. S., por su parte, tampoco ha contribuido a urgir tan fundamentalísimo deber a los órganos de instancias inferiores. Se ha exonerado a sí mismo y ha condescendido con los demás.

, se llega a las ecuaciones siguientes:

$$\frac{e_1 + e_2 + \dots + e_n}{n} = \frac{S_1}{n} = \frac{1}{k\sqrt{\pi}};$$

$$\frac{e_1^2 + e_2^2 + \dots + e_n^2}{n} = \frac{S_2}{n} = \frac{1}{2k^2};$$

$$\frac{e_1^3 + e_2^3 + \dots + e_n^3}{n} = \frac{S_3}{n} = \frac{1}{k^3\sqrt{\pi}};$$

$$\frac{e_1^4 + e_2^4 + \dots + e_n^4}{n} = \frac{S_4}{n} = \frac{3}{4k^4}$$

(Donde e_1 , etc. son los errores y n , su número).

A propósito de las mismas escribe Bertrand: «Cada una de estas ecuaciones da un valor de k y todas deben concordar y concuerdan entre sí, en efecto, en las aplicaciones de una manera muy satisfactoria. De aquí se han deducido relaciones notables. Si S_1 , S_2 , S_3 , S_4 , designan respectivamente, la suma de los errores, tomados en valor absoluto, la suma de los cuadrados, la suma de los cubos, la suma de las cuartas potencias, se debe obtener aproximadamente:

$$\frac{\frac{S_2}{n}}{\left(\frac{S_1}{n}\right)^2} = \frac{\pi}{2}$$

$$\frac{\frac{S_3}{n}}{\left(\frac{S_1}{n}\right)^3} = \pi$$

$$\frac{\frac{S_4}{n}}{\left(\frac{S_1}{n}\right)^4} = \frac{3\pi^2}{4}$$

«Estas fórmulas singulares, cuyo primer miembro viene suministrado por el azar, merecen tanta confianza que un calculador a quien se remitan observaciones y encuentre estas igualdades en defecto puede tener por seguro que se han retocado y alterado los resultados inmediatos de la experiencia»⁽⁷⁰⁾.

⁷⁰ Bertrand. *Op. cit.* 190 ss.

(Quien tenga interés en las aplicaciones de la teoría de los mínimos cuadrados sin sentir preocupación por sus fundamentos matemáticos puede consultar provechosamente: Mineur, Henri: *Technique de la méthode des Moindres Carrés*, París, 1938).

Para cuantos sientan invencible repugnancia frente a la tentativa de cuantificar lo que les parece irreductiblemente cualitativo, bueno será decir que cualquier relación de un suceso contiene abundantes estimaciones cuantitativas, que valen como medidas de otras tantas magnitudes físicas. Es computable, así, el número de datos, la cronología del suceso, las evaluaciones espaciales de todo tipo, los ritmos y velocidades, y muchas otras dimensiones físicas implicadas. Además, otros factores circunstanciales supuestamente cualitativos dependen en su naturaleza de ciertas correlaciones en proporción muy bien conocida. Precisarlas, equivale, por eso, a efectuar una medida subrepticia, que cabe, en cualquier momento reducir a valores numéricos. Tal ocurre con los calificativos cromáticos, de forma y otros. En cuanto el número de observaciones sea suficiente, las fórmulas de la teoría de errores deben ser aquí esencialmente aplicables, por lo menos como instrumento de control.

Todo esto (parece innecesario advertirlo) requiere, para que pueda ser llevado a la práctica, reformas bastante profundas en la legislación procesal. En primer lugar, debe dejarse a los testigos que relaten libremente los hechos litigiosos sobre los cuales puedan aportar información. Luego, un jurado técnico, sugerirá la forma que deben revestir las preguntas, interesadas por las partes, más las adverativas que en su opinión convengan. El Juez decidirá sobre su redacción definitiva. Y tales preguntas serán entonces propuestas a los declarantes, cuya deposición se registrará en cintas magnetofónicas para evitar que se deforme al transcribirla y para que los Tribunales de apelación dispongan, en lo posible, de los mismos elementos de juicio que tuvo presentes el Juez de instancia.

VI

La computabilidad del Derecho

La concatenación de los razonamientos anteriores podría erróneamente fomentar la impresión de que todas las cuestiones jurídicas fueran susceptibles de ser transformadas en cuestiones *de hecho*. No de otro modo quiere ver las cosas el positivismo sociológico de mayor crudeza ⁽⁷¹⁾. Hay que afirmar, sin embargo, que sólo en apariencia es así, pues, aun cuando en una realidad histórica concreta uno se pregunte inevitablemente si Ticio o si Cayo tienen, en efecto, la titularidad que se arrojan, tal planteamiento es únicamente posible gracias a normas valorativas enmascaradas. Así sucede, por ejemplo, cuando ambas partes muestran conformidad en los hechos o media confesión, *real* o *ficta*. Para el Juez —o cualquier observador crítico— reconocimiento, no contradicción y verdad no son, ni mucho menos, la misma cosa. ¡Es una norma procesal la que establece la equivalencia jurídica (¡con fundamento en una probabilidad que habitualmente se trata como certeza!) entre dichas actitudes ante los alegatos contrarios a la tesis del litigante y lo que haya podido acontecer de veras.

Aun sin esto, de todos modos, el principio básico del Derecho Privado, el de autonomía de la voluntad, conduce evidentemente, muy a menudo, a situaciones de incertidumbre, a casos

⁷¹ *Merefiere, en particular, a la Escuela Escandinava del Derecho. Sobre ella, vid. LEGAZ: Filosofía del Derecho, cit. 236 ss. LOIS: Introducción, cit. 150 ss.*

litigiosos carentes del imprescindible criterio resolutorio. Puede ocurrir que las partes no hayan previsto cómo tratar una coyuntura o circunstancia que después se presenta; o acaso la cláusula contractual pactada se interprete por cada interesado en acepciones que entrañan efectos muy distintos. ¿Qué determinación habrá que tomar entonces?

El principio de imparcialidad o de igualdad ante la ley, que uno quisiera mantener *a-priori*, nos llevaría a un auténtico callejón sin salida: a la imposibilidad de fallar. Para zanjar y no perpetuar el conflicto intersubjetivo se hace indispensable disponer de alguna norma litisdecisoria capaz de suplir tales deficiencias. ¿Cómo debe ser esa norma? En términos generales y viendo las cosas por encima, uno podría dudar entre *resoluciones preferenciales* —que atribuyen el derecho a una parte y se lo niegan a la otra— y *resoluciones transactorias* —que reparten la *res litigiosa* entre ambas.

Las mismas decisiones —o normas— preferenciales podrían ser *aleatorias* o *fundadas en alguna causa plausible*. Las primeras, consistiendo en una elección por *sorteo*, tendrían a primera vista, la ventaja de mantener hasta el último instante la igualdad de trato y la imparcialidad del Juez. No serían, pues, injustas, en principio; si se aplicaran, ninguna de las partes podría razonablemente quejarse. Siempre cabría decirles: *como vosotras mismas habéis dejado incierto el derecho, sólo el azar vale como forma no arbitraria para deferirlo. Si yo, Juez, me pronunciase, en ausencia de norma, en favor de la posición de un litigante determinado ¿no habría dado motivo a su contrario para pensar que simplemente estaba haciendo acepción de personas?*

Existe, sin embargo, una deficiencia terrible que hace impracticable el recurso a la *decisión por sorteo*. Si, dando la ocasión para un pleito, cualquier litigante malintencionado tuviera un 50 % de probabilidades de alzarse con un derecho, ¿cuántos se resistirían a la tentación de probar fortuna? ¿Qué sería en tal hipótesis de la paz y seguridad jurídicas?

Algo semejante, aunque incluso más instigador, ocurre con las normas transactorias. Si al bajo precio de provocar una contienda procesal se obtuviera con seguridad alguna porción del bien disputado, pocos se resignarían a no participar de cuando en cuando en tan productiva quiniela... ¡Los obsesos de la igualdad jurídica harían muy bien en meditar sobre esta inescapable disparidad, impuesta por la mismísima naturaleza humana!

Una vez que consta la necesidad de normas privadas de carácter preferencial, fundadas en causas plausibles, hay que idear las públicas substitutivas, para subsanar, en su momento, las lagunas o deficiencias de las primeras. Pues, aun siendo posible comisionar al Juez para que «invente» ante el caso una regla capaz de dirimirlo sin contraindicaciones visibles, parece impolítico este modo de proceder por la similitud que guarda con las resoluciones aleatorias y por exponer a que se convierta el intérprete en un verdadero arbitro del Derecho.

Elaborar *normas públicas preferenciales computables* se hace, por tanto, para nosotros al presente una misión perentoria y capital. ¿Estaremos en condiciones de cumplirla? ¿Cómo garantizar que la computadora pueda albergar de antemano una solución indeficiente para todos los casos? ¿Son éstos siquiera previsibles?

La opinión dominante entre los juristas propende a imaginar que los supuestos facticios que sería necesario prever para que los dispositivos cibernéticos ofrecieran la seguridad de un funcionamiento no demasiado discontinuo forman un infinito innumerable, por lo cual está de antemano condenada al fracaso la pretensión de cubrir todas las eventualidades. Sin dilucidar

ahora esta cuestión —tratada con detenimiento en otro lugar ⁽⁷²⁾—, conviene, en cambio, poner al descubierto los motivos latentes de esta creencia.

Los juristas, por una parte, dan pruebas de pensar que la realidad jurídica encierra tal complejidad que resulta *imposible llegar a premisas lo suficientemente abstractas para obtener después por deducción las soluciones apetecidas*. Pero, por otra parte, dicha convicción se reserva como doctrina esotérica, ya que, contradiciéndola en la práctica, la profesada «oficialmente» tiene una letra bien distinta. Cuando los grandes Códigos Continentales regulan la función judicial patrocinan métodos similares al consagrado en el art. 1º, núm. 7, del flamante Título Preliminar a nuestro Código Civil: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Esto significa —por más que la defectuosa redacción del precepto autorice muy otras exégesis— que *todo litigio debe y puede ser dirimido sin recurrir a otras fuentes que las previstas. Porque, en efecto, ¿cómo imponer un deber inexcusable de resolver todos los asuntos*, ateniéndose a las normas que se le brindan, *si no es seguro que se cuenta ya con medios suficientes para llevar a cabo el cometido impuesto?* Claro que los espíritus críticos pueden preguntar: ¿Cómo sabe el Legislador que las fuentes que proporciona bastan para solventar todos los problemas posibles? ¿Son acaso superabundantes? ¿O es que se quiere quizás que el magistrado judicial, como aquel traductor del cuento, temeroso de sanciones gravísimas, salga por donde le venga en gana; pero rinda homenaje absoluto al mito de la indefectibilidad del Derecho? ¿Constituye precisamente esta simulada lealtad el atributo humano, la privativa que no puede desempeñar ninguna computadora? ¡Hace falta toda la confianza en sí mismo que distingue al político profesional para mantener impasible un dogma como el presente! De tomarlo en serio, uno se sentiría inclinado a recordar aquí la fatal aplicación de aquella divertida paradoja del montón de trigo! ¿Es nuestro actual Ordenamiento positivo tan perfecto que no fuera posible suprimir una norma sin detrimento de su tan afortunada capacidad de previsión? Pues bien, si aun sin ésta o aquella norma sigue funcionando tal cual la aplicación judicial del Derecho, ¿no sería ventajoso prescindir de las mismas? ¿Conformes? ¡Pues animémonos a continuar con las amputaciones! ¿O no sería un edén —al menos para el pueblo— un Derecho reducido a unos pocos principios? ¡Y subsistente el art. 1º, núm. 7, tengo la seguridad de que el problema de las lagunas no habría de sentirse con más apremio que en nuestros días!

A pesar de sus pésimas apariencias, este dualismo es explicable y profundamente significativo.

Para captar el difícil asunto desde sus raíces, importa percibir la diferencia entre una decisión puramente *formal* de los pleitos, donde no cuentan las circunstancias particulares del caso; y otra decisión que arranque de sus mismísimos contenidos. Es inconcuso que con unas pocas reglas preferenciales abstractas —con una sola, incluso— cabría dilucidar, no la mayoría, sino absolutamente todos los litigios.

Imaginemos que la única norma pública supletoria fuera la siguiente: «En casos de duda u omisión de criterios preferenciales en convenios privados, el Juez atribuirá el derecho al litigante de más ejemplar conducta o al que mayores servicios haya prestado a la Comunidad».

Con una fórmula como ésta — se considerara conveniente añadirles alguna litis quedara indecisa.

con algunas aclaraciones adicionales, si - sería muy poco verosímil suponer que

⁷² *La Investigación, cit. II, 133 ss.*

Lo malo de fórmulas parejas estriba en ignorar las peculiaridades del propio caso, lo cual tanto vale como decir que se hace tabla rasa del acierto en la decisión, de los motivos intrínsecos de justicia.

Aprendemos, así, una lección de la máxima trascendencia, a saber: Que hay substancialmente dos clases de normas: *Las que se han adoptado tras una ponderación concienzuda de las circunstancias del supuesto hipotético al que se aplican; y las que, ciegas a toda especificidad, se destinan acríticamente a gobernar, como un curalotodo, múltiples situaciones heterogéneas.*

Los juristas, instintivamente, han sido reacios siempre a poner entre paréntesis las circunstancias inherentes a cada relación jurídica. Aunque se pinte a la Justicia con los ojos vendados, ellos no se dejan —con entera razón— poner la venda sobre los suyos. Su aferramiento a la intuición —una y otra vez justificado— explica sus prevenciones contra cualquier exceso formalista. De ahí su preterintencional incredulidad y suspicacia ante cualquier formalización lógico-jurídica. Desconfían de todo abstrusismo sistemático. No quieren, bajo ningún concepto, que nadie ni nada pueda desvanecer de sus ojos la verdadera imagen del drama humano que, con la inescindible unidad de su vividos pormenores, surge, entrañable y cálido, de la vida. ¿Cabe valoración —se preguntan— privando a los eventos de todo su patetismo? ¿No es la vivencia emocional consustancial a la comprensión de cualquier determinación jurídica?

Para replicar a estos argumentos y centrar la polémica es menester referirse a tres hechos en verdad concluyentes. Diremos, en primer lugar, que la propia cientificidad del Derecho impone como corolario la supeditación a ciertas peculiaridades objetivas que se traducen en contenidos privativos indeclinables. Al no constituirse lo jurídico en un mero rincón de la Lógica, precisa ceder a requerimientos que exceden lo formal. Como en otra ocasión hemos afirmado: «Al lado de las exigencias generales impuestas por el formalismo lógico a todo razonamiento que deba fidelidad a sus premisas, en cualquier Ciencia tienen que existir reglas metódicas adecuadas para el manejo de su propio material semántico. Luego, como quien dice, se hacen inevitables dos reglamentaciones: una, que atienda a la estructura lógica y al engarce de las proposiciones, si bien con abstracción de su contenido. Y otra que se preocupe concretamente por las *condiciones de legitimidad de las innovaciones introducidas...* (73).

Si, pues, la Lógica concierne a lo que todos los saberes —y aun pensamientos entrelazados— tienen en común, lo que resulta regionalmente definido y obediente a sus circunstancias reclama una descripción fiel, con creta, y no admite la volatilización en abstracciones.

Claro que quien no sea un obseso fanático del formalismo no podrá ignorar el primado de la experiencia. Incluso las fórmulas matemáticas se limitan —en cualquier aplicación— a condensar los hechos ocurridos o que se espera que sucedan; intentan declarar cómo acontecen los fenómenos sin atender en lo más mínimo a su verdad. Ninguna fórmula servirá para nada de no ajustarse escrupulosamente a esta condición. ¿O pasará de autoengaño el falseamiento consciente de una secuencia fenoménica natural? ¡Ningún científico puede pretender otra cosa al apadrinar una fórmula matemática sino su conformidad con los hechos que trata de resumir; conformidad que se debe a una deliberada persecución tras múltiples tanteos, retoques y comprobaciones !

Cuando, pues, un jurista consciente patrocina la generalización de alguna norma discriminativa hasta un número n de casos, sería de la máxima insensatez no haberlos examinado antes, al

⁷³ *La Investigación, cit. II, 127.*

menos de un modo global, para que la posterior aplicación de la receta seleccionada no venga a resultar una repetición del tratamiento de Proculo. Mas, lejos de ser éste un achaque del que adoleciesen los procedimientos informáticos, lo cierto es que casi la primera preocupación que hay que imbuir a quienes aspiran a valerse de computadoras estriba en el *hábito del análisis*. Para sacar partido de tales máquinas lo esencial es *desmenuzar por adelantado las instrucciones que se les van a dar para que todo quede previsto y expresado en el mínimo de operaciones de que son capaces*.

Añadiremos, en segundo lugar, que la previsibilidad «exacta» o «casi exacta» de las sentencias constituye uno de los bienes máximos que puede reportar el Derecho. A falta de *verdad* o, lo que es lo mismo, de justicia, la *certidumbre* puede valer como un paliativo.

Supongamos que la solución «justa» para un determinado género de litigios sea *s*; pero que la norma —o el Juez— manifiesten criterios oscilantes, *r, t, u, v*, incluso aun cuando alguna vez acierten con la verdad jurídica (*s*). Cuando la duda o la equívocidad afectan a la norma, su efecto es como una invitación a litigar. Viendo cada uno las cosas con inevitable subjetivismo, la propia conveniencia suele confundirse con lo mejor y ofrece el estímulo necesario para encender, en diversos lugares y tiempos, la voluntad de vindicar el derecho presunto. De ahí que las leyes, pese a su destino primordial, opongan a la paz obstáculos crecientes, en razón directa con la multivocidad que suscitan.

Cuando es la jurisprudencia la que ocasiona la variabilidad, las consecuencias pueden ser menos graves, por su lento progreso conformativo, su adscripción a los casos, y estar siempre sujeta a un constante refrendo. (Si algo bueno tiene la jurisprudencia es su litisdisuasividad: Tan aleatoria resulta, que se hace temible, con razón o sin ella; de no haber leyes, que hicieran concebir ilusiones, ¿no se podría tomar como exponente de la imprevisibilidad que rodea las actuaciones humanas?).

En último término, sea cualquiera la clase de norma, si es insegura en su sentido, en vez de regular situaciones y despejar incógnitas preferenciales, creará desorden y turbulencia y se hará ella misma causa de conflictos. Será también una fuente de trato desigual, por cuyo motivo contribuirá más al descontento y a la protesta que la misma injusticia, ya que la injusticia no se percibe sin un cierto esfuerzo racional y va ligada a la admisión de ciertos axiomas, mientras que la desigualdad de trato es evidente, hiere el amor propio y dobla su escozor con la envidia.

Frente a inconvenientes tan notorios, la ventaja de una regla cierta está, sobre todo, en su mayor índice de pacificación. Si su aserto consta con claridad y es muy probable que no lo desvirtúen los Tribunales, sólo recurrirán a la vía procesal quienes sientan realmente la necesidad de tutela jurídica en los supuestos prevenidos: La litigiosidad será mínima; la sociedad no soportará pleitos innecesarios que impidan su progreso. Aunque la norma, resultando injusta, arrebatase un derecho a quienes debería reconocérselo, este perjuicio queda, en parte, contrapesado por el bien social que reporta su máxima eficacia litisdisuasoria. Además, al tomar partido sin rebozo, facilita las reacciones contra ella y, por lo mismo, su corrección.

Las normas oscuras, en cambio, por bien intencionadas que sean, y aunque contengan la solución justa en una de sus posibles interpretaciones, no pueden resultar, de suyo, acertadas: Engendrarán litigios, contradicciones, polémicas entre juristas, incertidumbres y desigualdades. Y si redundaran en favor del particular que justamente se beneficia con ellas, traerán daño a los restantes y quebranto sensible a toda la sociedad. Por eso la certidumbre de los derechos y obligaciones juega como condición necesaria, aunque no suficiente, de la verdad jurídica o justicia.

En tercero y último lugar, si en alguna hipótesis se probara que ciertas facetas de un caso sólo por vía emotiva fuesen detectables, ¿qué dificultad habría en hacer de las mismas, circunstancias de excepción o valiosas, capaces de matizar las calificaciones jurídicas? ¿No están ya contando como tales en la legislación actual ciertas agravantes en el asesinato (ensañamiento, parricidio) —en el Derecho Penal— o ciertas causas de excepción, por ejemplo, en el Civil (así, la *ingratitude* del donatario para fundar la revocación de las donaciones)? ¿Es acaso distinto recoger notas afectivas en un texto legal o hacer que cuenten al programar una computadora?

No insistiremos más en ello. Quede a salvo el hecho crucial de que las fórmulas generales que cifren preferencias adjudicativas no respondan a un aleatorio voluntarismo, sino que se inspiren en causas objetivamente fundadas. Cómo se determinen y cuántas y cuáles puedan ser, constituirá nuestra preocupación en lo sucesivo.

Con el fin de que un problema ya en exceso arduo no se nos torne inmanejable debemos hacer un importantísimo distingo. Concedamos, de primera intención, a nuestro interlocutor renuente que el número de posibles casos litigiosos sea tan elevado como a él le plazca (alef sub cero, si lo quiere así). Y subrayamos el adjetivo posibles, porque tal como hemos puntualizado en otra sede (⁷⁴), el de casos reales está siendo contado cada día en todos los países del mundo civilizado; y se enjuician y dirimen. Ahora bien, ni siquiera el anterior reconocimiento invalida nuestro propósito: Incluso para un número infinito de supuestos fácticos concebibles el número de soluciones tendría que ser de idéntica cardinalidad. En rigor, a un «input» todo lo abundante que se desee, habrá de corresponder un «output» relativamente precario: A innumerables conflictos, fórmulas resolutivas escasas. ¿Por qué?

No es difícil llegar a la persuasión de que a mayor número de casos diferentes mayor tiene que ser la impracticabilidad de dar con soluciones individualizadas para cada uno. Los auténticos desenlaces que cabe ofrecer a un conflicto intersubjetivo son, en el fondo, sólo unos cuantos. Y si han de apaciguar a una de las partes, por lo menos, tendrán que reducirse aún más. Por si esto fuera poco, la pretensión de igualdad, tan fuerte en el hombre como lo deja ver la universalidad de la envidia, origina una tendencia a desvanecer los posibles motivos de diferenciación y a subrayar los de tratamiento uniforme y genérico. Así, las *consecuencias jurídicas*; es decir, los *incentivos* y *disuasivos* y los *factores de preferencia y titularidad* se contraen más allá de lo que sería *a-priori* concebible.

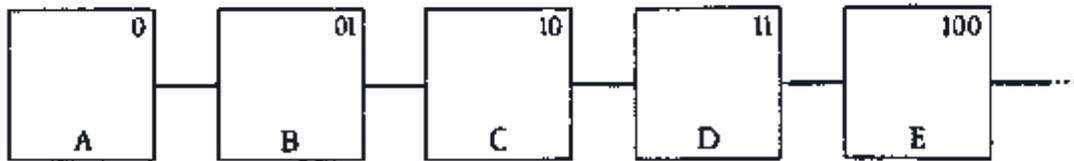
El resultado es el siguiente: múltiples supuestos circunstancialmente diferenciados tienen, no obstante, *idénticos efectos jurídicos*. *El Derecho los trata como iguales*. Luego, dejando a un lado ahora la cuestión sobre si verdaderamente deben ser, o no, tratados con tal homogeneidad, lo cierto es que la *tipificación abstractiva* de las hipótesis se hace apodíctica. Aquí, como en toda mensuración, han de aparecer magnitudes inapreciables. Las reglas discretivas acaban en lo *indiscernible*. Fatalmente. Y entonces, donde no permitan llegar los módulos justificativos de desigualdad, ha de estimarse reinando la igualdad jurídica.

En resumen: Casos discernibles —incluso, discernidos— a los que se hayan asignado los mismos efectos, estarán siendo jurídicamente equiparados. El Derecho positivo vigente los reputa fungibles: Son, en él, *iguales*. Formando, pues, en realidad una «clase» no será ya necesario «almacenarlos» todos en la computadora, sino uno solo que los represente. Lo único esencial para realizar una tarea eficiente será que se registren *todas las consecuencias jurídicas* —y los *necesarios criterios de igualdad y aplicación para que cualquier caso sea maquinalmente*

⁷⁴ *Op. cit.* 143 ».

remitido a su correspondiente efecto prototípico. Mostremos cómo semejante empeño pueda llegar a cumplirse.

Imaginemos una distribución inicial de las fincas radicadas en un determinado territorio, cuyos límites se han hecho depender de la capacidad de nuestra máquina. Una «celdilla» numerada representa e identifica cada finca, según deja ver el esquema que a continuación se transcribe.



Asociada con cada celdilla, una letra mayúscula podría oficial por el nombre y circunstancias del *titular dominical originario*. Pero no es menester llegar a un grado tal de complejidad. En vez de referirse a fincas y a titulares” individualizados resulta igualmente eficaz y mucho más cómodo y hacedero sub-sumir ambas denotaciones en sendas variables. La finca x estará representando, así, a cualquier finca posible; y el titular Z será uno indeterminado —no importa cuál— que viva la hipótesis predefinida. Qué personas y cosas puedan desempeñar estos papeles tendrá que constar de algún modo en el oportuno registro memorizador, bien al condicionar inicialmente la beligerancia ante la máquina (⁷⁵), bien al señalar qué bienes son susceptibles de apropiación y qué otros quedan substraídos a la disponibilidad privada (⁷⁶).

En todo caso, la consecuencia es invariable: Dada una asignación de titularidad sobre un inmueble, no se admite su *permutación*; es decir, la orden de substituir un titular por otro, sino por causas especificadas y en formas típicas —evidenciables socialmente (⁷⁷). En principio, el cambio de titulares no afecta al contenido jurídico; esto es: al régimen de derechos y obligaciones preexistentes (por eso, los esquemas abstractos de las relaciones jurídicas valen en la práctica). Los poderes que confiere la titularidad dominical no sufren pérdida o menoscabo en las transmisiones: sólo se transforman (⁷⁸). De ahí que: o bien todos subsisten en el dueño o bien se ha enajenado alguno.

Tratando de sistematizar las causas legitimadoras de una nueva titularidad la doctrina tradicional se ha referido a las siguientes: a) Ocupación de cosas sin dueño o abandonadas; b) heredamiento; c) donación; d) compraventa; e) permuta; f) prescripción adquisitiva. A ellas habría que añadir, con alguna menor frecuencia, las *enajenaciones forzosas* de cualquier índole, a saber: confiscaciones, expropiaciones, requisas, embargos, etc. En el fondo, todas estas causas podrían reducirse a dos clases: 1) *Cesiones voluntarias*; y 2) *Cesiones impuestas*; pero, una vez más, se advierte aquí la tendencia a la concreción, al examen circunstanciado de los hechos, a juzgar desde una intuición cuidadosa de los posibles contenidos diferenciadores, tan características de

⁷⁵ Vid. sup. pág. 69.

⁷⁶ Sobre esto, cfr. CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral, I, Vol. 2.º*, 1971, 548 ss. LACRUZ: *Elementos*, cit. 215 ss.

⁷⁷ Sobre el principio de *evidencia social*, vid. *Estudios*, cit. 55 ss. 47 ss.

⁷⁸ Cfr. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit. 332 ss.

los hábitos intelectuales de los juristas.

Ni que decir tiene que los problemas jurídico-privados procesalmente planteables son susceptibles de reducción a una contienda preferencial entre pretensiones incompatibles, cuya superación final, lo mismo que el tratamiento in itinere de las cuestiones incidentales sobre el fondo o la forma, podrá cifrarse en decidir si se dan o no las condiciones para substituir a 2 en el lugar de A y, por tanto, si la permutación procede o no procede. En una palabra: estamos ante un tema que entra en la *lógica del sí o no, del álgebra booleana o del sistema binario*.

No es momento éste para demostrar la computabilidad del Derecho en todas y cada una de sus partes: eso se queda para una publicación ulterior, muchísimo más amplia (⁷⁹). Aquí vamos a limitarnos a examinar en qué manera cabe transformar los enunciados legales relativos a la compraventa en series dicotómicas aptas para tramitaciones maquinales.

El método de ataque que vamos a adoptar ahora, no es el único sugerible ni siquiera el más económico; pero sí, probablemente, el más conservador e intuitivo. De todas suertes, si alguien quiere hacer indagaciones en líneas diferentes puede repensar los procedimientos más formalizados de aproximación que he sugerido en otra de mis obras. Allí (⁸⁰), la conducta humana está, primero, clasificada sobre esquemas ternarios (0,+ , —), *incidencial, coincidencial, concurrencial*; pero con la posible exclusión sistemática de los primeros miembros (que no es necesario inmaquinar). Luego, siguen las agrupaciones binarias y sus combinaciones matriciales. Las posibilidades de conducta pueden agotarse; aunque frente a las consecuencias jurídicas que han de seguir a cada supuesto el jurista *necesita una demostración de que la justicia haya quedado a salvo, porque, con tanta abstracción, la percepción intuitiva de los casos se desvanece*.

Dejando para otra ocasión las pautas anteriores, vamos ahora a poner de manifiesto dos cosas. La primera, que no existe ninguna dificultad insuperable que acabe obstando radicalmente la computabilidad del Derecho.

La segunda, que una vez iniciado el camino de la disección informática mejorará la comprensión de los problemas jurídicos y se evidenciará progresivamente su íntima consistencia cuantitativa.

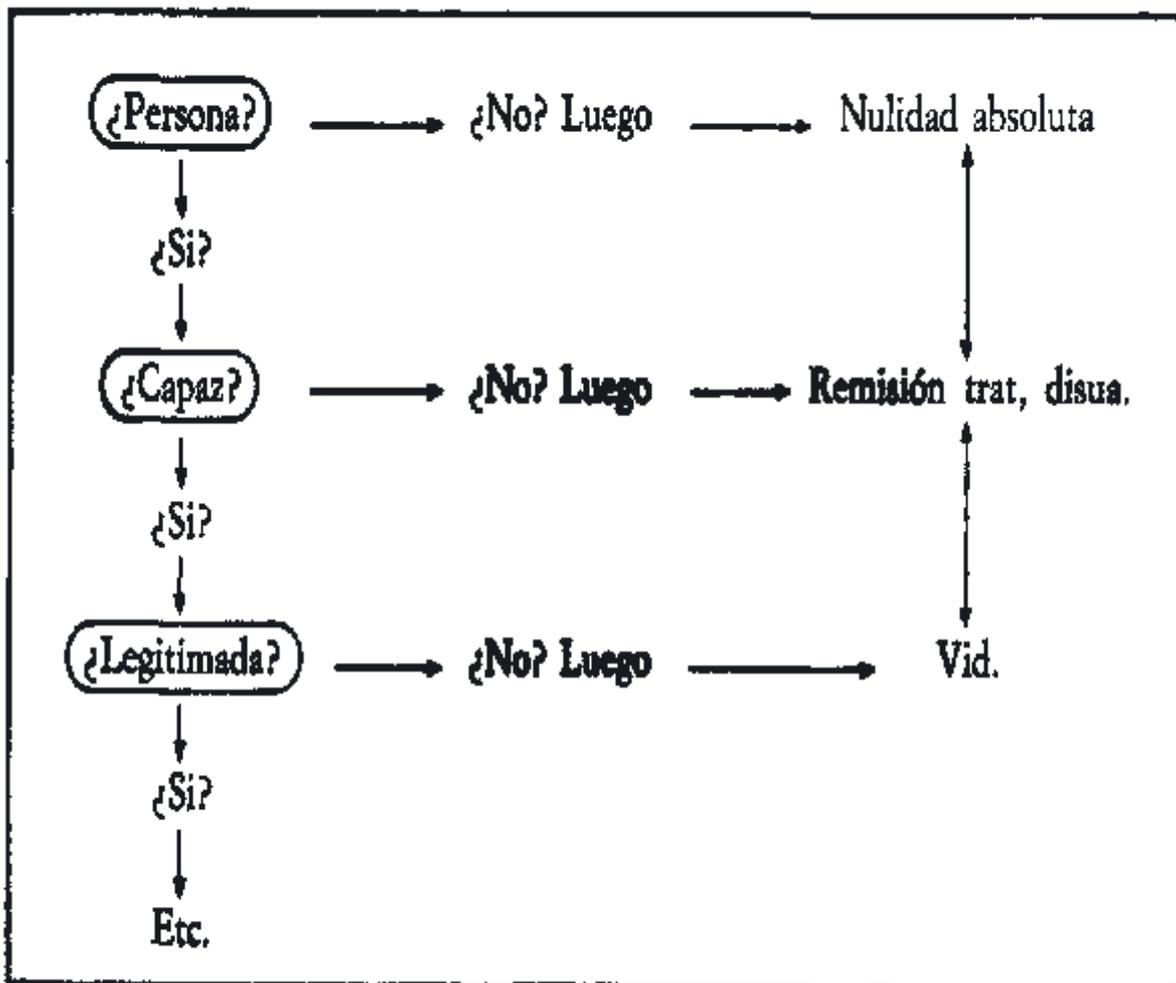
1ª) Si tomamos como ejemplo la *compraventa*, pronto podremos ver cómo tal concepto jurídico se utiliza en la práctica para clasificar, dentro de lo posible, todas las cuestiones litigiosas relacionadas con la efectividad —o no— de una determinada forma de substitución en la titularidad. Sinópticamente, la instrucción que se daría al ordenador sería la siguiente: «Si resultare *compraventa válida* entre **Z** (comprador) y **A** (vendedor), regístrese **Z** en la celdilla 0 —en lugar de **A**». Ejecutada la orden, ello significaría que, en adelante, corresponderían a **Z** todas las prerrogativas que se atribuyen al «propietario» (localizadas en otra *dirección* de la computadora). Lo malo es que este esquema tan simple aparece complicado en la legislación por la necesidad de prever y decidir múltiples posibilidades intermedias.

En efecto; desarrollando el esquema enunciativo de la compraventa en términos algo más amplios veremos ya cómo asoman las cuestiones dicotómicas disimuladas antes. Ahora, la simplicidad inicial se esfuma: «*Si una persona capaz, legitimada, promete a otra «evidenciablemente» entregarle una cosa determinada si aquélla promete a su vez, a cambio, pagar un precio cierto en dinero o signo de valor análogo y ambos aceptan las respectivas*

⁷⁹ *Estudios de Lógica jurídica (en curso de elaboración)*.

⁸⁰ *La Investigación, cit. I, 163 ss.*

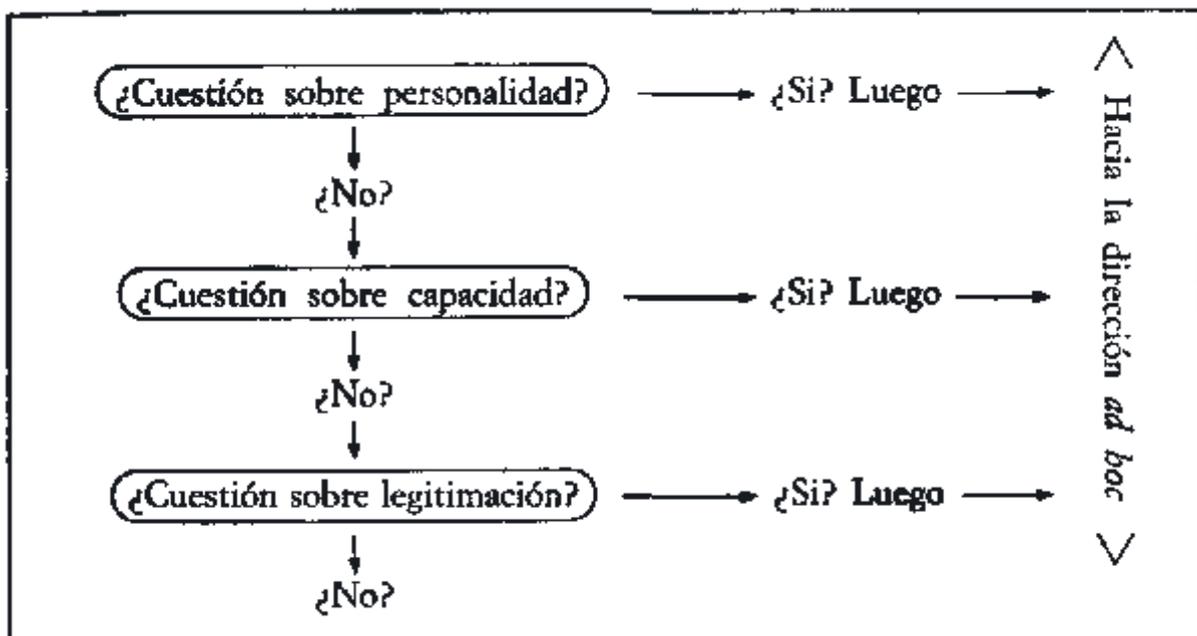
promesas y cumplen los requisitos formales, dése efectividad a la sustitución de titulares consignando Z en la celdilla 0 en lugar de A». Cada término utilizado (persona, capaz, legitimada...) puede dar ocasión a una ruptura de secuencia. Pues siempre, por ejemplo, cabe preguntar: ¿Qué ocurrirá si alguien pretende contratar para quien no ha sido siquiera concebido; es concebido pero no nacido, etc.? ¿Qué, si se carece de capacidad; si falta la titularidad dominical; si el título no es formalmente idóneo; si la promesa se ha conformado con error, bajo constricción, etc.? En todos estos casos —y en otros similares— cabe una posible interrupción del flujo. Cuándo tenga lugar, o no, habrá de depender de incidencias concretas en la litis pendiente. Pero la regla de tramitación procesal para las eventualidades cubiertas por los conceptos transitivamente definitorios; es decir, condicionantes de la continuidad en la sucesión de cuestionamientos analíticos totalizadores es bien simple: «Término incuestionado no rompe flujo», o, lo que equivale a lo mismo $I+0=I$. Por el contrario, la oposición denegadora a cualquier término de la secuencia la interrumpe y remite a otra dirección en busca de la regla idónea para solventarla. O sea: «Término cuestionado corta el curso prefijado como normal e induce ruptura» [$I+(-I) = 0$]. Y la ruptura detiene el avance en la serie de suposiciones concatenadas y provoca un salto hacia otra instrucción para esa emergencia, que ha de estar habilitada con antelación. Por consiguiente, la fórmula normativa desarrollada se propone y presenta, primero, como una yuxtaposición de interrogantes condicionales que jalonan la iteración procesal hacia el fallo.



Entre cada *¿sí o no?* si la duda cabe o la oposición se plantea formalmente se hace inevitable su remoción y para eso se precisan nuevas dicotomías: ¿Hay, o no, ser humano; con vida independiente por más de 24 horas? ¿Se da, o no, persona *jurídica*? Sea como quiera, y por mucho que insistamos en problematizar y proponer preguntas, más tarde o más temprano tocaremos fondo. Y, en último término, desembocaremos en un altercado sobre *titulaciones*, que se resuelve en la ya sabida *jerarquizarían probabilitaria*, o sobre la realidad jurídico-positiva de un pronunciamiento axiológico que decida la contienda preferencial.

Más adelante aclararemos la postrera expresión. De momento, nos es imprescindible retornar a la secuencia de conceptos clasificadores ya examinada para explicar mejor las características de su progresión condicional.

Si nos atenemos al *principio dispositivo* ⁽⁸¹⁾, el tránsito de un término al inmediato de la serie se producirá siempre, si no se *plantea explícitamente contienda sobre él*. Por tanto, el «sí» y el «no» en que dilemáticamente desenlaza cada uno de los términos pueden ser interpretados como respuestas a la pregunta: *¿Se ha discutido, o no, este problema por las partes?* Si no, se pasa a enjuiciar el concepto siguiente; si, en cambio, se ha promovido discusión, se rompe la secuencia y, por la instrucción adicional eventualmente consignada, se salta hasta la sede donde consten las reglas para tratar y dirimir el tema de conflicto. Y según sean estas reglas se tendrá entonces un nuevo *sí o no* —esta vez a la cuestión de fondo que propone el término—, que traerá consigo la reanudación de las restantes indagaciones o la conclusión del proceso con una resolución definitiva. El diagrama actual ofrece esta forma:



⁸¹ Un proceso está dominado por el *principio dispositivo* cuando no se le pide al Juez que se preocupe más por averiguar la verdad y acertar con el derecho material de lo que se preocupan las partes. De ahí que se presuponga que si las partes tienen facultad dispositiva sobre sus (posibles) derechos *antes del proceso*, la tengan también en el mismo para pronunciarse sobre extensión e incidencias. Por eso no se procede sin demanda, no se tramita sin impulso de parte, hay que alegar y probar al Juez, cabe allanarse, transar, desistir por acuerdo privado, etc. Y la sentencia habrá de ser congruente con lo pedido.

Si, en lugar de atenernos al principio dispositivo, consideráramos preferible el *inquisitivo* ⁽⁸²⁾, entonces, resintiéndose la economía procesal ⁽⁸³⁾, no se ahorraría jamás a la computadora el *salto hacia la dirección destinada a tratar y resolver estas cuestiones previas*. Como un problema idéntico se presentaría *en todo contrato*, e incluso *en todo negocio y relación jurídica*, queda de manifiesto así cómo tales temas adquieren el rango de constantes, porque cualquier indagación científica en el Derecho las necesita o presupone ⁽⁸⁴⁾. Como —por lo que se infiere de lo dicho— estas y otras posibles «constantes» son *unidades clasificatorias imprescindibles* (¡imponen a la computadora *saltos* «constantes» (régimen inquisitivo) o siempre «posibles» (régimen dispositivo!) parece esencial, antes de entrar en la materia específica de la compraventa, preguntarse *qué otras nociones categoriales puedan existir*.

La pregunta —planteada en esta forma— es superlativamente difícil. Incide, nada menos, en el tema de las *categorías*, la magna cuestión, aún irresuelta, que el genio aristotélico vislumbró como fundamento estructural de las indagaciones científicas ⁽⁸⁵⁾. Pero es precisamente con la lógica inquebrantable de las computadoras, y al clasificar por entero los conceptos indispensables a cada región del saber, cómo la respuesta surgirá de suyo.

En el ámbito del Derecho, al descubrir inductivamente —en el tratamiento de cada problema particular—, las asunciones o premisas que se repiten, recaeremos por fuerza en la inevitable distinción entre los *elementos comunes a todas las relaciones jurídicas (constantes) y los que definen singularmente cada tipo*. Esto se percibe muy bien, al tomar la compraventa como ejemplo, con sólo seguir, por su orden, los enunciados conceptuales de nuestro esquema. Pues al par que los requisitos generales de protagonismo legítimo (personalidad, capacidad, legitimación), las *promesas recíprocamente aceptadas y provistas de alguna evidencia social son predicables de todos los contratos; las promesas —con aceptaciones correlativas— características de todos los negocios jurídicos; y la evidenciabilidad, atributo de cualquier relación jurídica*. Por ello, lo específico de la compraventa —lo que habría que regular necesariamente bajo este rubro— es mucho más limitado de lo que a primera vista parece. Y depende —como vamos a ver— de la *definición* y de la *naturaleza* del instituto.

Tratemos de definir la compraventa. Según la fórmula tradicional y más abstracta es «*el cambio de cosa por dinero*». Jurídicamente, sin embargo, esta noción resulta incompleta, pues o bien predica demasiado (ya que hay muchas manifestaciones de «cambio») o bien demasiado poco (pues el compromiso de efectuar un cambio no se equipararía, en principio, al cambio *actual*,

⁸² *El principio inquisitivo se impone cuando el aspecto social o público de la resolución prima sobre los intereses privados en disputa. Donde se sustraiga una relación jurídica a la disponibilidad de las partes, el proceso no puede dejarse como un medio fácil para eludir la cautela o la prohibición y entonces el Juez supervisa los actos decisivos de las partes.*

⁸³ *Porque estadísticamente cabría demostrar que en la mayor parte de las ocasiones se incurriría en tramitaciones innecesarias.*

⁸⁴ *Sobre este importantísimo tema versará mi obra de próxima publicación: Las Constantes de la Investigación jurídica. Indicaciones sumarias en: La Investigación, cit. II, 131, 147, nota 41.*

⁸⁵ *No discutiré aquí la legitimidad de la atribución de las Categorías al estagirita. Sigo la doctrina más general, que me parece bien fundada. El punto interesante estriba en averiguar la intencionalidad de la construcción aristotélica: ¿A qué necesidad gnoseológica trataba de dar satisfacción Aristóteles con esta indagación? ¿Qué lo llevó a plantearse un problema tan arduo y abstracto? La respuesta no es fácil, en verdad, pues el filósofo (que sepamos) no llegó a realizar aplicaciones prácticas de su teoría; pero, no obstante, tengo para mí que la elaboración como norte para las investigaciones científico-filosóficas.*

en presente). Para definir *jurídicamente* la compraventa se hace necesario tomar partido con antelación sobre la *naturaleza, forma originaria* o *idea matriz* de tal institución⁽⁸⁶⁾. ¿Es la compraventa un *compromiso bilateral*, de orden *consensual*, o un contrato real, con entrega efectiva? En puridad, ambas hipótesis serían sostenibles. A primera vista, cabe adoptar convencionalmente cualquiera de ellas. Todo parece consistir en decir de entrada: «Llamo “compraventa” a...» y ser después consecuente con los postulados establecidos. Las cosas, sin embargo, no son, en el fondo, tan sencillas. Si uno restringe el significado de la compraventa al de un *contrato real* y *actual*, deja fuera de su ámbito los posibles contratos meramente *consensuales* o de *contraprestaciones diferidas*, que, como existen en la experiencia, obligarán después a constituir una rúbrica separada para ellos, salvo que se cierre los ojos despreocupadamente a las turbadoras lagunas que golpearían nuestra imprevisión en el caso contrario. Por ello, la definición de la compraventa como contrato consensual ofrece la indudable ventaja de permitir una *regulación mínima*⁽⁸⁷⁾, con ahorro de medios.

Otro presupuesto polémico para la ulterior reglamentación se refiere a la relación entre *compraventa* y *propiedad*: ¿Debe, o no, ser la *tradicción* necesaria para la transferencia del dominio? Sin entrar ahora de lleno en el asunto, digamos simplemente, al paso, que, siendo concebible una substitución circular en la plena titularidad dominical —en la lista completa de poderes jurídico-privados sobre una cosa— habrá de existir algún contrato que provea a ella. ¿Y por qué no ha de serlo la *compraventa consensual*, antes evocada? ¡Las mismas razones de economía lógica —tan importantes en el uso presente de los conceptos— invitan a patrocinar esta tesis!

Definamos, pues, la compraventa como «acuerdo —entre personas hábiles— para la substitución en las titularidades dominicales respectivas de cosa determinada y dinero o signo dinerario cierto». (Lo que concuerda, con variantes accidentales, con el art. 1.445 CC). Y preguntémosnos inmediatamente por *el alcance en la experiencia* de las diversas nociones que componen la definición; es decir, por los *significados reales* de cada término.

Para enfrentar posibles eventualidades, contestaremos por vía de *sí* o *no* (mediante los signos =, ▼) a la problemática de que se ocupa nuestro Código. Así:

Precio cierto ▼ precio cotización en Bolsa o mercado en día cierto = = al de otra cosa cierta=determinable por tercera persona inequívocamente *nombrada*. (1447, 1448).

Precio cierto ▼ precio fijado por comprador o vendedor (1449).

Regla para precio *incierto* = no-precio = no-compraventa (*por definición*) (1448, 2).

Regla para precio *mixto* —confundiendo permuta y compraventa—: Deslinde institucional *según lo pactado*. A falta de constancia, si valor cosa > > valor dinero = permuta; si valor cosa ▼ valor dinero = compraventa (1446).

Substitución en titularidades dominicales: Cosa ▼ Precio.

Regla operativa fundamental: *Si compraventa* existe, y *Z* = comprador y *A* = vendedor,

⁸⁶ Cfr. sobre esto *La Lucha*, cit. 195 ss. *Introducción a la Filosofía del D.* cit. 319 ss

⁸⁷ Vid. sobre esto: *Introducción*, cit. 340.

regístrese Z en substitución de A , y viceversa. Es decir: Si $C, Z \nabla A$.

Por ende, si cosa = r , y precio = p , $Z > A (r); Z < A (p)$. (O sea, hay preferencia adjudicativa de Z sobre A respecto a la cosa y de A sobre Z respecto al precio).

Norma concreta originaria: Desde C , la prestación de un contratante, obliga al otro. O, en símbolos, $C, \nabla Z; \nabla Z > A$.

Definición de «substitución»: $S. = entrega legitimada por título suficiente$.

Entrega = cesión poder y posesión de hecho (1462) = otorgamiento escritura pública (1462, 2) = entrega llaves lugar de custodia (1463) = acuerdo entrega (id.) = preentrega (id.) = entrega títulos (1464) = consenso al uso (id.).

Norma supletoria para iniciativa no tomada espontáneamente: Salvo aplazamiento estipulado, la entrega de la cosa queda subordinada a la recepción del precio. (En símbolos: Si $-S, p$ 1º ent. O sea: De no mediar instrucción en contrario, precio debe preceder a la entrega) (1466).

Excepciones a la obligación de entregar: Insolvencia de comprador que debe precio (1467). (Descubrimiento insolvencia $C = no-precio = no-compraventa$).

Definición de entrega «cabal»: E. «c» = total cumplimiento de los compromisos contractuales (1469) = entrega cosa tal cual se hallaba al tiempo de perfeccionarse el contrato + frutos producidos desde entonces (1468).

Cuestiones sobre «cabalidad» en compraventa de inmuebles, cuando cabida expresada ∇ cabida real.

Reglas para dirimirlas: 1ª) En ventas a precio alzado, éste no variará con la cabida. 2ª) A tanto por unidad, regirá la proporcionalidad entre cabida y precio: (A menor cabida, menor precio, y viceversa). 3ª) Defecto de cabida superior a 1/10 o exceso superior a 1/20 faculta al comprador para la rescisión (1469, 1470, 1471).

Error de cabida en ventas de varias fincas deslindadas y a un solo precio: Opción al comprador para reducción proporcional o rescisión del contrato (1471, 2).

Entrega viciada por defectos inaparentes: Saneamiento. (Nos limitamos a señalar aquí la posibilidad, porque, dada la producción en grandes series y el control estadístico de calidades, una regulación general se impone, incluso como una «constante» que desborde la compraventa: habrá, pues, necesidad de una ruptura de secuencia).

Titulación insuficiente = nula titulación (antecedente o sobrevenida) (1475 ss.): Remisión al problema general de títulos y prelación entre ellos (incluso, 1473).

Pago del precio por el comprador: Ruptura de secuencia por asimilación al pago en dinero, supuesto común a la mayoría de los contratos.

A vista de la esquematización precedente podemos afirmar que las peculiaridades normativas impuestas por el contrato de compraventa son mínimas. Podrían subsumirse perfectamente en una definición, si los términos utilizados se determinasen en su sentido, *experimentándolos* ante sus interpretaciones *de hecho*. En cualquier caso, una adecuada comprensión del cometido que cumple la compraventa ¿no permitirá deducir soluciones para los posibles conflictos? Tratemos de verlo.

Supongamos que no constan las convenciones establecidas por las partes o que son deficientes. ¿Podríamos inferir reglas resolutorias para suplirlas? ¿No sabríamos decidir, por ejemplo, ante los supuestos concretos, si la forma de fijación del precio consentía, o no, hablar de si era cierto o incierto? ¿O es que le añaden mucho a estos adjetivos las aclaraciones de los arts. 1447 y 1448 del CC? Se dirá que la réplica posible descansará, en una y otra hipótesis, sobre una estimación intuitiva, apta para el juicio humano; pero inasequible a las máquinas. Sin embargo, ¿no cabría, sin perder, en mayor medida que hoy, los miramientos a la Justicia, definir el precio cierto como el que, convenido por ambas partes o de procedencia imparcial, adquiriera constancia numérica? ¿Acaso si comprador y vendedor confían a un tercero la fijación del precio, habrá que negar que se haya observado este requisito? Donde rijan la autonomía de la voluntad, ¿no será preciso respetar este pacto como inobjetablemente legal? ¿Y no sucede lo mismo con el que se atiende al precio resultante en Bolsa o mercado, en una fecha precisa?

¡Hay, evidentemente, muchas formulaciones que cabría omitir por su trivialidad! Sin esforzarse mucho, la simplificación de los preceptos jurídicos podría llevarse sin daño hasta límites casi increíbles. Pensemos, por poner otro ejemplo, en el art. 1466 CC. ¿Qué sucedería si decidiésemos omitirlo? Exploremos la hipótesis para emitir juicio con conocimiento de causa. El supuesto fáctico es obvio: El comprador no ha pagado el precio, ¿podrá reclamar la entrega de la cosa? Si hace semejante reclamación, al amparo, por ejemplo, del art. 1451, el vendedor siempre podría excepcionar que, a falta de aplazamiento del pago, la operación habría de entenderse al contado, y subordinar, así, su obligación al cumplimiento de la otra.

Con mucha mayor claridad, la norma concreta originaria introducida en nuestro esquema no permite exigir, en principio, (salvo pacto expreso), la contraprestación sin que el reclamante haya adelantado la suya. Si ninguno toma la iniciativa y mientras no la tome habrá que sobreentender el mutuo disenso.

Así, pues, la regla del art. 1466 resulta redundante.

Efectuando otras simplificaciones y otras rupturas de secuencia (como por ejemplo, la subsunción de la entrega en la constante general del «pago»), la disciplina peculiar a la compraventa se contrae hasta dimensiones casi inimaginables. Habrá que definir la compraventa, afirmar el respeto al pacto privado, y enunciar luego las normas públicas supletorias. Por último, habrá que **arbitrar algunas reglas indeficientes para cubrir todas las lagunas posibles**. Tales reglas podrían ser: 1ª) Para restablecer mediante exégesis las cláusulas dudosas de un contrato se dará preferencia, en primer lugar, a la propuesta interpretativa que demostrablemente propicie mayor equilibrio entre las prestaciones. 2ª) En defecto del anterior criterio, se optará por la tesis que produzca perjuicio mínimo acreditado a la menos favorecida de las partes. 3ª) Si los anteriores principios no pudieran ser aplicados, se preconizará la regla resolutoria que, entre las brindadas por las partes, quepa acreditar que resulta más favorable a la comunidad al generalizarla. 4ª) Si la existencia del contrato fuese incuestionable y algunas cláusulas inesenciales objetivamente dudosas, el contrato podrá, no obstante, ser proclamado nulo cuando el perjuicio que pueda deparar a una parte su subsistencia sea mayor que el que entrañe para la otra su nulidad.

Así las cosas, veamos ahora cómo podría ser un completo organigrama de cálculo.

Conste, ante todo, que ciertas exigencias procesales pueden imponer una instrucción previa. Sería: **¿Anticipa el proceso que se ventila la protección formal?** Si la respuesta es afirmativa, regístrese el nombre del actor en celdilla 0, antes de comenzar los trámites. Si la respuesta es negativa, inicie la secuencia conceptual predefinida en sede (octal X01) hasta dirección a que

remite constante de ruptura por la contradicción del demandado. Tramítense según pautas allí consignadas. Si resultado negativo (0), entonces «salida» (ouput) «disuasivo» correspondiente. Si resultado positivo (1), retórnese a concepto inmediato de la secuencia definitoria que se articulará también en «sí» o «no», según la *contradicción (real o ficta)* del demandado. El «sí» lleva consigo el salto a la localización correspondiente y la tramitación según sus reglas peculiares. El «no» implica el avance en la secuencia conceptual. Procediendo así se llegará en algún momento a las alternativas específicas de la institución que engloba el tema litigioso capital (en la actual hipótesis, la compraventa). Y, dentro de las mismas, habrá que distinguir, respecto a cada supuesto, nuevas articulaciones dilemáticas (según la índole de la controversia) que podrán exigir, o no, pronunciamientos máximo-probables en torno al hecho generativo dubitado (es decir, obligarán a no, a recurrir a evaluaciones probabilitarias de los títulos invocados por cada parte). La decisión sobre este punto se acomoda a un esquema muy simple (aunque resulten muy complejas las diferentes operaciones intermediarias). Es el siguiente: Si la probabilidad del hecho es mayor que la probabilidad de que no se produzca, téngase aquél por acaecido. Si no, dése tal contingencia por frustrada. O sea, en símbolos:

$$(01) \sim P(h) > P(-h) \nabla h$$

$$(10) \sim P(h) < P(-h) \nabla -h \quad (88).$$

Como la aplicación normativa presupone la situación evocada en (01), la evocada en (10) conduce a negar la posibilidad de que la consecuencia jurídica pueda insertarse. Salvo, pues, en aquellos procesos que anticipen la protección formal⁽⁸⁹⁾, la inaplicación de los incentivos o disuasivos mentados en la tesis es equivalente a la absolución del demandado. La cuestión estrictamente jurídica se plantea sólo desde que, tras haber acreditado el hecho como más probable, se acusa discrepancia entre las partes respecto a cuál o cómo sea la norma litisdecisoria; —cosa que puede ocurrir asimismo mediando conformidad en los hechos.

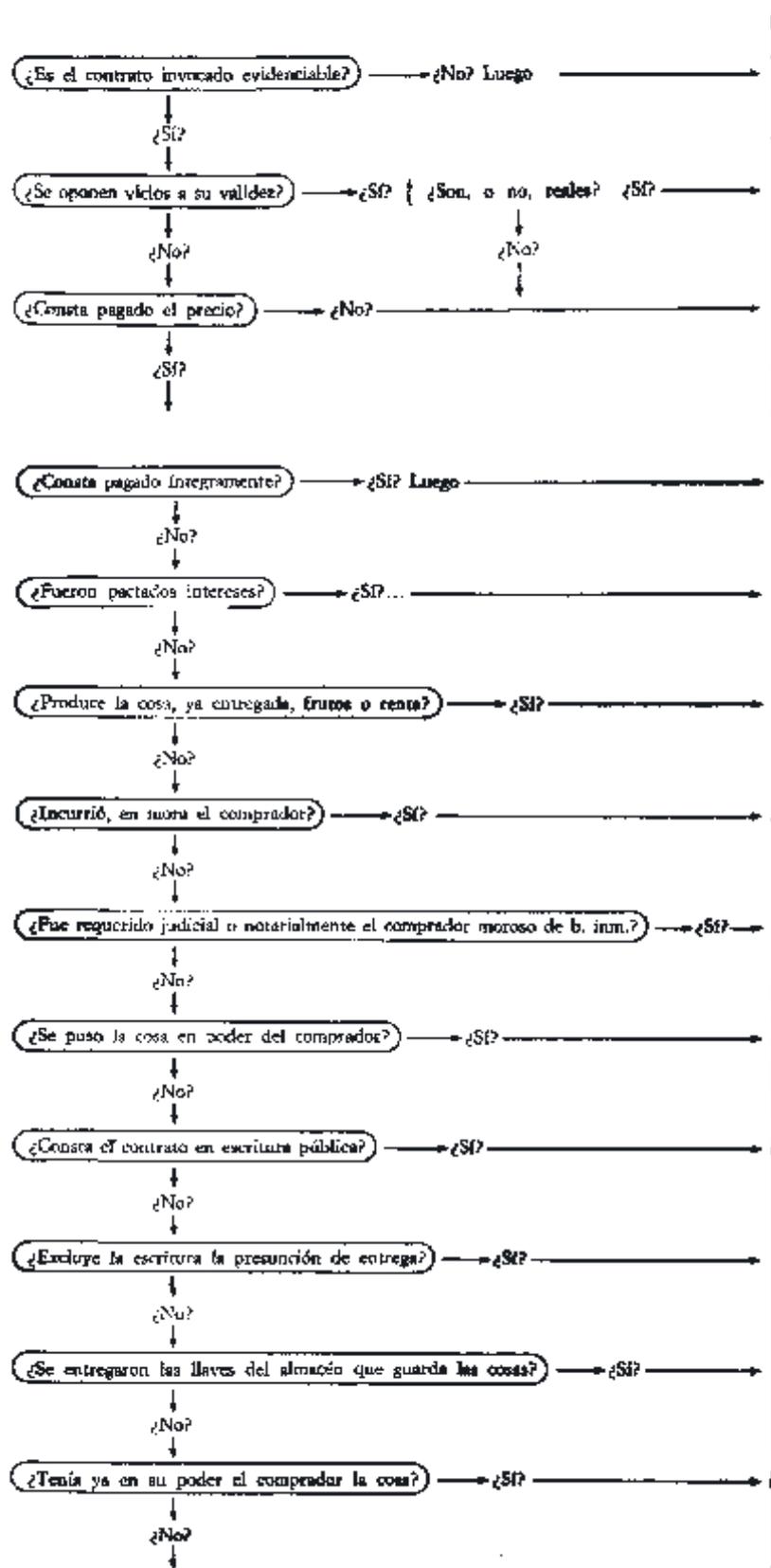
Cabe, según esto, discutir si existe norma directamente aplicable al supuesto; si es una u otra la que lo regula de propósito —actor y demandado difieren en ello—; o cómo deberá entenderse un precepto sobre cuya interpretación hay disensiones.

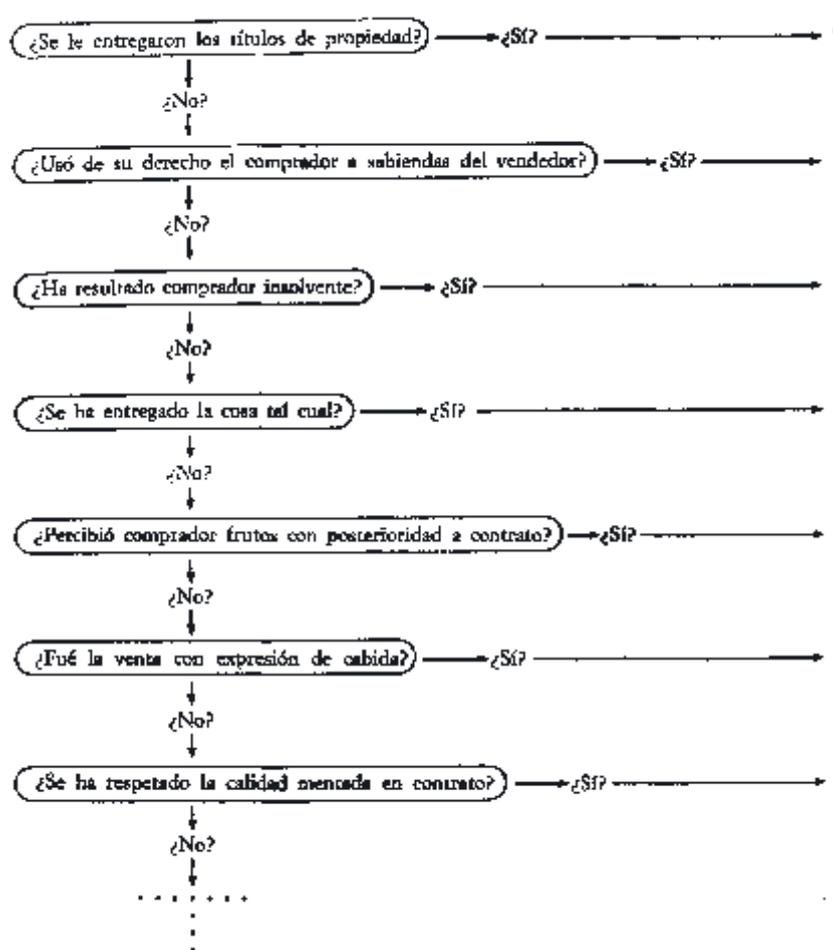
La regla metódica de que parte la teoría jurídica para solventar cuestiones de Derecho privado es de la máxima sencillez y, por lo mismo, muy plausible. Consiste en presuponer un modelo abstracto, tan universal como lo permita su practicabilidad, y en presumir, a falta de cláusulas explícitas estipuladas por las partes, que dicho modelo, merced a su «naturalidad» y máxima expectativa, ha sido también el adoptado por ellas. Como cada contrato y relación jurídica son creaciones sociales tendentes a la consecución de finalidades comunes, estadísticamente acreditables, los efectos típicos perseguidos por los interesados habrán de resultar fungibles y cabe sobreentenderlos. Son en cambio, las cláusulas singulares, insólitas, las que deben constar expresamente, ya que de otra manera nadie podría ser capaz de pronosticarlas: Una rutina se ofrece, siempre, como verosímil; el hecho excepcional no debe darse por ocurrido sin constancia. La compraventa es, por ende, normal (es decir, se amolda al esquema habitual que brinda multiplicado la estadística) en tanto no resulte otra cosa de manifestaciones evidenciables que hayan hecho o se infieran del comportamiento de los contratantes.

⁸⁸ El signo \sim debe leerse como «sí» o «cuando»; el ∇ como «no»; ∇ como «entonces».

⁸⁹ Sobre protección formal, vid. *Grandes Problemas*, cit. 140 ss.

En resumen: En cuanto al tema específico de la compraventa, los interrogantes indispensables habrán de ser:





Bueno... Parece innecesario alargar más ahora el monótono ejemplo. Sobre todo, porque cuando una nueva Política del Derecho tenga que pronunciarse por la reconstrucción cibernética del Ordenamiento positivo, la fidelidad absoluta para con los textos legales históricos distará mucho de considerarse esencial. Salvo exigencias indeclinables de Justicia, la Lógica, la univocidad del lenguaje y la economía formal van a pesar bastante más que la tradición en las actitudes de los juristas. Por eso, lo que importa realmente en este instante es mostrar cómo nuestra segunda previsión pendiente se cumple también: Que las clasificaciones y los análisis indispensables para el tratamiento informático pondrán de manifiesto, en mayor medida cada vez, la raíz cuantitativa de los grandes problemas jurídicos.

2ª) La razón es bien neta. Aunque el cúmulo de detalles y una multitud de figuras intermedias nublen la realidad subyacente, el problema jurídico capital, siempre supuesto, estibaré, en el fondo, en una *decisión cuantitativa*. Esto se percibe claramente en muchas instituciones como la herencia, sobre la que hay que preguntar: *¿Hasta cuánto* debe reconocerse facultado al causante para disponer? *¿Qué detracción* fiscal habrá de efectuarse para que las nuevas generaciones no resulten expropiadas de su alícuota correspondiente sobre los bienes del planeta? *¿Cuánto* se considerará sustraído a la libre disposición y *cuánto* será confiado a la voluntad de los testadores? *¿Tendrán* que ser, o no, iguales las porciones hereditarias abintestato? Pero incluso la *ocupación* y otras instituciones jurídicas cuya regulación actual parece disimular

el hecho, cuando se examinan en perspectiva de Justicia descubren sin dificultad el subsuelo cuantitativo de que dependen. Si uno inquiriere: *¿Cuál es el punto crítico de una teoría sobre la ocupación?*, la respuesta justa no se podrá desentender de las implicaciones que cualquier *atribución exclusiva entraña para los demás, en el presente o en el futuro*. Muy en especial la *ocupación de la tierra* promueve la cuestión de determinar *hasta qué cantidad y por cuánto tiempo* se debe permitir *por persona*. Y, por supuesto, aun cuando el Derecho Internacional se inhiba en este punto todavía, también habrá que averiguar bien pronto si exiguos contingentes de población pueden, por mera motivación formal, acaparar extensas áreas del planeta mientras los densos núcleos demográficos quedan enclaustrados en mínimos recintos.

En términos más generales, el tema central del Derecho consiste en la *transformación justa del trabajo en prestaciones contractuales equivalentes*. Y salta a la evidencia que «justa» querrá decir aquí «equiparación cuantitativa no recusable».

No es difícil demostrar el aserto anterior. Todo el Derecho patrimonial gira en torno a los tres medios jurídicos esenciales: *la ocupación, el trabajo, la herencia*, que son, en principio, los *modos de adquirir* de uso habitual. (*La donación*, también muy frecuente, tiene importancia económica mucho menor; pero podría representar genéricamente la herencia. Diríamos entonces, en términos aún más precisos, que los tres medios jurídicos esenciales se cifran en ocupación, trabajo y donación. Ciertamente tampoco son los únicos, ya que se dan también *adjudicaciones originarias, asignaciones de bienes por entes públicos, a título premial; transferencias arbitrarias, adquisiciones por prescripción*, etc.; pero incluso estas manifestaciones podrían ser subsumidas en las anteriores). Lo que importa en este momento es comprender que si la *ocupación* se toma como una forma más de trabajo (y no sería sin base, porque se materializa, asimismo, como una acción humana sobre la naturaleza para refaccionarla), y la donación como «transmisión voluntaria a otra persona de alguna porción del beneficio granjeado por el propio trabajo», se hace incuestionable la tesis sustentada con anterioridad, porque tanto la relación laboral, cuya retribución «justa» es *necesariamente* cuantitativa, como todos los contratos que sirven de vehículo para el *consumo* o la *inversión*, encuentran su módulo de Justicia en la *incolumidad substancial* que, pese a todos los avatares que experimenten, *mantengan los rendimientos del trabajo* (sea el propio, sea el ajeno, legítimamente disfrutado).

En síntesis: uno de los axiomas inspiradores del Derecho «público» queda consignado bajo *la ley de conservación de poderes*, a la que nos hemos referido en otro lugar ⁽⁹⁰⁾. Dicha ley, sumamente pródiga en consecuencias, implica no sólo la inadmisión *de hecho* de cualquier pérdida en las libertades copresentes (ya que «antes y después de cualquier acto transmisivo, las facultades jurídicas en juego deben mantener una ecuación estricta»), sino también la fiscalización global y estadística de las atribuciones legítimas para que la porción de «comodidades» ⁽⁹¹⁾ en que es jurídicamente convertible el trabajo humano no sufra en el curso de la contratación subtracciones que no se correspondan con otro paralelo y proporcional rédito de trabajo.

Amén de todo esto, adiciones y subtracciones generan institutos jurídicos. Basta decir, en prueba, como, por ejemplo, el usufructo es igual al dominio menos la absoluta disponibilidad propia de este último. O sea: $U = D - da$. El usufructo resulta, por su parte, igual al uso, si se suma

⁹⁰ *Introducción, cit. 332.*

⁹¹ *Utilizo esta expresión para referirme por su medio a la connotación correspondiente a la palabra inglesa «commodities», según la acepción que le suelen dar los economistas.*

al mismo cierto disfrute parcial, que marca la diferencia entre ambos. Por tanto: $U' = U - dp$. (siendo U' el uso). Las servidumbres son dominio menos su ilimitada facultad de exclusión. O, de otra manera, menos cierta fracción de las personas en principio excluidas, etc.

Digamos finalmente que identificando los vectores de conducta mediante dos (o más) números cabe fijar el punto litigioso (o los varios puntos litigiosos) a que debe brindar su solución la máquina. Tendremos, para eso, ordenadas en estratos categoriales *numerados* las posibles causas de litigio. Tal como las conciben los Códigos, éstas quedan censadas en las unidades clasificatorias de que se dispone, que no agotan, sin embargo, los casos conflictivos por computar. Pues cabe asimismo que se cuestione la unidad clasificatoria que deba ser aplicada —o *incluso todas ellas*. Sea cualquiera la hipótesis, el equívoco no proviene de aquí, puesto que la traducción al lenguaje vectorial (o matricial, en su caso) excluye la duda.

Imaginemos, para comprobarlo, que la «unidad clasificatoria» conocida como «compraventa» lleva el número 16 (en sistema binario «10000») y que la secuencia definitoria tiene igualmente numerados sus términos en notación idéntica: 0, 1, 10, 11, 100, etc. Si el actor subsume los hechos como «compraventa» y fija el punto litigioso sobre el término 111, sus dos coordenadas clasificatorias se enunciarían entonces: 00010000, 00000111. Y si el demandado no controvierte o se muestra conforme en ambas puntualizaciones, sus dos coordenadas coincidirán —aunque pueda invocar titulaciones preferentes (¡con otro número identificador!) o proponer diferente interpretación del término definitorio. (La discrepancia la zanjará la máquina).

Si la pugna se plantea en torno a la procedencia o improcedencia de la unidad clasificatoria aducida por el actor, el demandado, al citar, por su parte, la calificación que, a su juicio, merecen los hechos, señalará otras coordenadas numéricas, con lo cual el ordenador tendrá que recibir una instrucción clasificatoria de los hechos mismos. Para ello habrá de efectuar un análisis exhaustivo de las *designaciones circunstanciales máximo-verosímiles; es decir*, de las menciones fácticas que los títulos aportados hacen más probables, para establecer *cuáles constan y cuáles no constan* en su elenco terminológico (memoria), prescindir de las últimas y decidir luego qué sucesión de términos de las dos categorías en debate es la que conviene a la descripción facticia inferida como más probable. Hecho esto, la computadora regresa a las coordenadas numéricas que ella misma ha precisado como adecuadas.

LA RECONSTRUCCIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO ⁽¹⁾

¹ *Antes de la lectura de la conferencia que se publica a continuación, pronunciada en el Seminario de Profesores de Derecho (Universidad de Navarra, 15-XI-74) se distribuyó, según es costumbre, un breve resumen, para facilitar al ulterior cambio de impresiones. El que presenté para el caso fue el que, por idéntica razón, incluyo ahora.*

Tesis concatenadas que fundamentan y sintetizan la exposición y que pueden servir para facilitar el cambio de impresiones y la discusión de los diferentes asertos.

1.— La Ciencia se concibe aquí como «un lenguaje inmune a los cambios de observador por buscar las descripciones invariantes de los fenómenos». Precisa contar, por ello, con evidencias reproducibles e intersubjetivamente corroborables.

2.— Para hacer del Derecho una Ciencia estricta es menester servirse sin intermitencias del *método científico*, que no es otra cosa que «sistematización de la conjetura, contrastada por exclusión y simplificada, para minimalizar el error residual de las proposiciones»—en este caso, *jurídicas*.

3.— La anterior exigencia requiere: a) Desterrar del Derecho todas las «apreciaciones», es decir, las formas preposicionales carentes de fundamento predicativo evidenciable y, en consecuencia, insusceptibles de *verdad-falsedad*. b) Someter a severa crítica epistemológica todos los enunciados jurídicos, a fin de comprobar si albergan variables entre sus términos (sólo serían entonces «funciones preposicionales») o si se remiten a condiciones de contexto ilusorias (inexistentes en el Ordenamiento positivo), c) Introducir, en cambio, como medida del *error jurídico* que persiste en las proposiciones normativas dos fórmulas de aproximación: una directa: el coeficiente de disipación o entropía política, y otra *indirecta*: el grado de arbitrariedad que delata su genealogía.

4.— La consecuente aplicación del principio epistemológico comienza desde la misma reflexión en torno a lo que *es* el Derecho. Entre dos actitudes extremas —la que lo concibe como «deber ser» y la que lo cifra en hechos sociales— cabe tender, a modo de puente y en función de complementariedad, la solución conciliadora: El Derecho *privado* es el *cúmulo de regularidades de conducta sobre el que resulta erigida una sociedad* (dato empírico —sociológico— del Derecho); el Derecho *público*, en cambio, consiste en *proyectos* (innovaciones e invenciones) para perfeccionar la sociedad; en una «optimización practicable de las realizaciones jurídicas».

5.— Si, pues, el Derecho privado es «norma *vivida*», las leyes de esta índole no pueden verse sino como tentativas oficiales para suplir su deficiencia (o desconocimiento momentáneo) por algún órgano público (sobre todo, el juez). Desde el punto de vista de la Política del Derecho, el Derecho privado consta en la experiencia, se reconoce mediante indagaciones estadísticas en función de probabilidad y tiene su máximo de eficacia en el respeto a las «modas» que uniformizan las relaciones de compatibilización interhumana. (Ahí tiene, pues, su *f fuente informativa originaria*).

6.— Careciendo, por el contrario, el Derecho público de precedentes sociológicos similares, sus reglas de juego son distintas. Su mira es la creación jurídica: *el idear y valorar los inventos jurídicos capaces de colmar, en optimidad practicable, las necesidades jurídicas*. Por tanto, compete a la Política del Derecho «concebir y describir modelos; inventar las estructuras cooperativas que los puedan hacer practicable; someter a cálculo (lógico, matemático) o, si se quiere, a computación y a experiencia mental o real los resultados previsibles de cada modelo

y, tras valorar el coeficiente de disipación probable o probado en cada uno, emitir el fundado juicio de preferencia que justifica la promulgación de una ley».

7.— La Política del Derecho puede asumir formas muy diversas, aunque, en substancia reductibles a dos diametralmente opuestas: La *voluntarista* y la *intelectualista* o *racional*, cuyo pináculo ha de encontrarse en la *impersonalización científica*, en hacer del poder una consecuencia, difusamente deducida, del saber. Pues la ley aplicable *a la sustitución racional de modelos* tiene que regir también para las invenciones político-jurídicas y, por tanto, para el Derecho positivo como totalidad. De la Política como impulso ciego desencadenado por un crudo poder hay que pasar a la Política como *cooperación programada subsecuente a conocimientos fehacientes con progresiva impersonalización del poder y atenuación de las disparidades que resultan de su ejercicio*.

* * *

Hay un uso en la novelística contemporánea con el cual me siento en la más absoluta disconformidad. Para identificarlo de algún modo, lo llamaré el «autoendiosamiento maniático», ya que consiste en situarse el autor frente a sus personajes en actitud de ser omnipotente y omnisciente. En las obras y en los géneros en que se cede a esta tentación de ensoberbecimiento —que por algo se denominan ahora, con cierta pomposa suficiencia, «de creación»— cada uno de los actores que juegan en la trama, en lugar de aparecer como hombres auténticos, con todas sus complejidades y arcanos, se convierten apenas en dispositivos cibernéticos, tan transparentes en su actuación como en sus pensamientos más íntimos.

Si cuando un relato transcurre en primera persona tiene sentido exteriorizar procesos de conciencia, pues es natural que cada uno conozca y pueda manifestar los suyos, no lo tiene, en cambio, y rezuma inverosimilitud, que, narrando en tercera persona, no se retroceda ante la fácil tentación de hacer diáfana la mente misma de las criaturas de ficción que uno se representa. El afán despótico de absorción explica muchas cosas. ¿Llegaríamos, sin él, a esas novelas que describen los pensamientos de cualquier personaje hasta el mismísimo momento de su muerte?

No sé cómo enjuiciarán ustedes esta tendencia literaria. En último término, si la defienden, podrán argüir frente a mí que estoy tratando con excesivo dogmatismo una cuestión que no pasa de ser cosa de gustos; y que el Arte, pese a cierta lógica peculiar, carece de reglas absolutas y su única medida para aquilatar los valores viene a reducirse al éxito o fracaso ante el público.

Sí; pese a mi opinión personal, puede ser que ustedes estén en lo cierto y que, al no recusar *a-priori* ninguna orientación estética, pongan a salvo para el futuro obras de arte de calidad excepcional. Pero si del campo de la creación artística pasamos al científico, mis reservas epistemológicas frente a las pretensiones de omnisciencia se hacen incontrastablemente firmes. El hombre de Ciencia no sólo no debe arrogarse atributos divinos, sino que, en cuanto tal, tiene que abnegarse hasta la dilución de sus percepciones particularísimas en una fórmula impersonal, en ese «se» fungible que vale para cualquier sujeto. Pues para que una observación o experiencia sean científicamente válidas es preciso que gocen de *reiterabilidad* y puedan ser corroboradas por diferentes observadores. Si su contrastación y prueba no son *reproducibles*, si se quedan en vivencias incommunicables que uno no pueda hacer sentir o «duplicar» en los otros, no serán ya *hechos científicos*, sino experiencias de muy distinta índole.

Las proposiciones científicas han de consignar, por consiguiente, *percepciones fungibles*,

capaces de soportar invariantes los efectos de los cambios de observador.

Este principio, al que vamos a conocer desde ahora como «principio epistemológico», compendia y explica desde fuera casi todos los enunciados de mi teoría sobre el Derecho. Lo digo francamente, porque si la discusión de la doctrina que voy a sostener ha de ser aleccionadora para ambas partes, debe centrarse en las premisas filosóficas que la sustentan y no en las consecuencias lógicas fielmente extraídas de las mismas.

¿Es aplicable el principio epistemológico al Derecho? ¿Constituye nuestro saber una Ciencia, en sentido propio? Y aun en el caso de que así sea, ¿de qué clase de Ciencia se tratará? ¿Será una Ciencia de la Naturaleza o de las llamadas de la Cultura o del Espíritu?

Me parece obvio que si hubiéramos de debatir uno a uno todos estos problemas, nos vendría escaso el tiempo de que disponemos y no podríamos ocuparnos de ningún otro asunto. Por eso, no voy a empeñarme ahora en refutar las aseveraciones contrarias a mi punto de vista. Me limitaré a evidenciar plásticamente, por representabilidad imaginativa, cómo los fenómenos jurídicos pueden —y deben— ser estudiados a la luz de un método científico-natural.

Supongamos, pues, que ese resobado cuento de los platillos voladores que nos endilgan insistentemente personas sugestionables, ingenuas o ávidas de notoriedad fuera algo más que una fantasía y que, en efecto, seres inteligentes de procedencia extraterrestre visitaran nuestra hermosísima morada en busca de informaciones similares a las que nosotros nos afanamos por lograr en la Luna y en los mundos vecinos. Ellos estudiarían, como es natural, la composición de nuestra atmósfera, la naturaleza de nuestro suelo, nuestra geografía y la flora y la fauna de nuestro planeta. Entre esta última, pronto atraería su atención, seguramente, el extraño comportamiento de ciertas criaturas de hábitos inusitados, que andan erectas sobre dos pies, se intercomunican y cooperan y hacen multitud de instrumentos y construcciones valiéndose de dos apéndices superiores que manejan con rara habilidad. No creo pecar de antropocentrismo interesado si supongo también que estos paradójicos seres que se llaman a sí mismos «hombres» serían observados con preferencia por nuestros hipotéticos visitantes. Pero si ustedes están en desacuerdo conmigo, me disculparé alegando que esta afirmación no es esencial para la suerte de mis argumentos. Basta con que me concedan que nuestros curiosos «polizones» lleguen a mostrar interés por la especie humana. Puesto que, habiendo llegado hasta aquí, hay que hacerles gracia de una Ciencia muy avanzada, no será temerario presumir que prefieran conservar el incógnito para no perturbar ni condicionar con su presencia las reacciones de los sujetos observados. Así, nos espían, anotan lo que hacemos, fiscalizan nuestras formas de cooperación y nuestras disensiones y procuran reducir a leyes abstractas los hechos singulares en que las relaciones interhumanas se manifiestan ¿Tendrán éxito en su pretensión? He aquí la pregunta clave. ***Si el comportamiento de los hombres puede ser reducido a ciertas secuencias naturales cíclicas***, entonces no cabe dudar que sus investigaciones lograrán fortuna. En caso contrario, fracasarán.

Ni que decir tiene que, a mi juicio, los ***actos humanos aliorrelativos admiten la reconducción a regularidades naturales con sólo formar con ellos índices de frecuencia estadísticos***. Si prescindimos de las causas que pueden determinar la uniformización de la conducta y consideramos exclusivamente cómo se porta la gente una y otra vez para hacer compatibles pretensiones que, en principio, son contrapuestas, nos las veremos enseguida con clases de fenómenos que, en tiempo y espacio, se repiten ¡Los exploradores foráneos podrán, así, calcular ***la probabilidad de las diferentes regularidades de conducta posibles***, sin más que aplicar los axiomas matemáticos de que seguramente dispondrán!

Bueno; como imaginar cuesta poco, demos ya por conclusa su tarea y he ahí en sus protocolos las leyes estadísticas a que se amolda nuestro comportamiento social. ¿Cómo serían tales leyes? ¡No es difícil hacerse cargo! Los visitantes extraterrestres habrían formado *un inventario cuantitativo de tipos homogéneos de relaciones interhumanas y, tras buscar explicaciones coherentes a su relativa escasez o riqueza, habrían dado seguramente con las unidades clasificatorias capaces de domesticar las rebeldes manadas de los hechos agrestes que nos conciernen*. La casuística innumerable de nuestros acuerdos y disensos habría cedido entre sus mentes a la simplificante arquitectura de sus teorías. Sin saber una palabra acerca de nuestros Códigos y restantes leyes, conocerían mucho más a fondo que nosotros *el Derecho que verdaderamente vivimos*. ¿Que no es fácil aceptar esta idea? Pienso sinceramente que sobran argumentos para convencer a cualquiera. Si procediendo por inducción analizáramos, uno a uno, todos los actos jurídicos y antijurídicos realizados; es decir, todas las relaciones de compatibilización y las tentativas de disgregación existentes, así como sus consecuencias sobre el medio social, tendríamos una información completísima respecto *a las normas que la Comunidad está efectivamente aplicándose*. Pues constarían ahí todos los contratos y relaciones jurídicas que ustedes y yo —y todos los hombres— vamos suscribiendo a lo largo de nuestra vida y con todas sus condiciones y cláusulas. No faltarían tampoco los efectos que cada uno haya conseguido tras su cumplimiento o incumplimiento, las repercusiones sociales de uno y otro, según su número; e incluso los incentivos o disuasivos con que el grupo político competente los fomenta o reprime. ¿No tendríamos ante nosotros, en esta forma, *la totalidad de la experiencia jurídica*? Me parece que no se puede negar. Pero, entonces, ¿qué papel desempeñarán las normas jurídicas que llenan tantos libros? ¿No se aniquilará con eso la noción capital del «deber ser»? ¿No quedará el Derecho absorbido por la Sociología, según quiere, por ejemplo, la Escuela jurídica escandinava?

Todas estas preguntas —muy puestas en razón— deben ser contestadas, a fin de ahorrarnos muchos malentendidos. Pero antes démonos cuenta de la función que pueden cumplir y del significado que realmente llegan a tener las normas jurídicas.

Veámoslo, primero, de una manera intuitiva. Leyendo, por ejemplo, el viejo *Título preliminar* de nuestro Código Civil nos enfrentamos con disposiciones como éstas:

1. Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos a la legislación peninsular, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.
2. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.
3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.
4. Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez...

¿Para qué están ahí estas disposiciones? ¿Qué se dice en ellas? ¡No se crea que preguntamos sobre trivialidades! El Código Civil comienza hablando de «leyes», de las «obligaciones» que imponen, de su radio de acción territorial, de su promulgación, etc., *cuando aún no se nos ha dicho lo que son todas estas cosas*. Bien; —me dirán ustedes— es que el lenguaje es algo previo y los términos utilizados valen con una denotación consabida. Todo el mundo sabe lo que son «leyes» y lo que significa la «promulgación» de una ley. Perfectamente: Admitámoslo; pero tratemos de averiguar qué significa eso de que las leyes «obligarán». Ahora reconocerán ustedes que el uso lingüístico no nos consiente una verdadera aclaración. La «obligación» puede entenderse de muy diversos modos: como *deber de conciencia*, como *intimación exigible*, como

moción para obrar, como *compulsión operante de hecho, etcétera*. ¿A qué se refiere el Código Civil? ¡Con certeza no lo sabemos! Los juristas hablan de la «entrada en vigor» de las leyes, del estreno de su vigencia; pero la primera expresión es una metáfora y lo que se entiende por vigencia, muy vidrioso. La vigencia puede tomarse en dos principales sentidos: *como refrendo de las normas por las diferentes instancias de poder o como aceptación social efectiva de las mismas*. Y por supuesto que cualquiera de estas dos hipótesis hace descansar el Derecho-Norma sobre concretas realidades empíricas. Las normas son para hacer algo con ellas; manifiestan una tentativa o, mejor, *un proyecto modelador de la vida social*. Pero como los gobernantes no son omnipotentes, *no es lo mismo lo que se intenta realizar que lo que efectivamente se consigue*. ¿A qué nos atendremos, entonces? ¿A los puros proyectos? ¿A los hechos más crudos? Por mi parte, me permito creer que ambas perspectivas son complementarias y que sin su conjugación arrebatamos al Derecho su esencia misma. Simplemente, porque el Derecho es un fenómeno temporal que tiene pasado, presente y futuro *y que no sólo está siendo ahí, sino que también está dejando de ser y haciéndose ahora mismo de otra manera*.

Pero pasemos a otro artículo, por ejemplo al segundo. Este parece reforzar la obligatoriedad, la exigibilidad de las leyes, al independizarlas de cualquier posible desconocimiento por los afectados. Sugiere la impresión falaz de que existe una como conjura de los gobernantes para que se cumpla lo dispuesto en las leyes. Sin embargo, todos los juristas sabemos que no hay tal: Que sólo una porción, más bien reducida, del Ordenamiento está defendida por *acciones públicas*. El resto se rinde de antemano a la libertad de convención entre las partes. Las normas positivas valen en él como *supletorias*; es decir, en defecto o para colmar omisiones en que puedan haber incurrido los interesados. Más aún; existen sectores calificados como «públicos» en los que la injerencia prevista de la autoridad es prácticamente ilusoria. Así, el Derecho de familia, al que se suele atribuir valor «público», cuenta, a la verdad, entre los más «privados» que existen. La institución familiar sigue siendo aún hoy, en su mayor medida, *una sociedad autónoma, regida por normas no jurídicas*. El ideal cristiano para todos los hombres —en la gran familia que la Iglesia hubiera debido formar—, explícito en la superación del Derecho preconizada en el Sermón de la Montaña (Mat. 5, 38), se hace verdad parcial en el seno de la familia, donde lo normal es que esté *gobernada por el amor*. Y la prueba es que cuando éste falla y los resortes del Derecho saltan al escenario, la familia se ha desnaturalizado ya: *ha perdido su ser*, se encuentra en bancarrota.

No faltan tampoco acciones «públicas» que necesitan para su viabilidad el concurso de los particulares. Tales son, por ejemplo, las que atañen a delitos contra la propiedad, los cuales se declaran perseguibles de oficio; pero para que existan es imprescindible que conste y se afirme una titularidad dominical previa.

En resumen: Las tentativas efectuadas desde el poder para modelar las relaciones sociales quedan circunscritas a una fracción de las mismas y ni siquiera tratan de extenderse a la totalidad. Luego es imposible hallar en las normas el espejo de la vida jurídica de ningún grupo humano. Por de pronto, el Derecho *privado* está ahí, campando por sus respetos, suelto y a su albedrío. *Tiene que resultar hecho por las partes*. Y la legislación dista mucho de serle fiel. ¿Cómo, pues, lo investigaremos los juristas? ¿Lo buscaremos en la experiencia, en los casos jurídicos concretos, o en la hipotética abstracción legal? ¡La respuesta no parece dudosa! Consistiendo en lo que de veras se vive y practica por las partes, *el Derecho privado no puede ser concebido como un Derecho - Norma; tiene que ser reconocido y captado como un Derecho - Actividad: como la norma que como moda, se ha vivido*.

¿Cómo es, en cambio, el Derecho *Público*? ¿Qué propiedad especifica sus normas? ¿En qué

consiste? La respuesta no es ni lo abstrusa ni lo trivial que solía creerse. El Derecho «público» queda cifrado simplemente en *voluntad de reorganización*. Arranca de su *disconformidad con los hechos, a impulsos de su aspiración de perfectibilidad*. Se concreta en la infatigable persecución del *deber ser*.

En general, las normas se hacen *públicas cuando se quiere alcanzar ideales jurídicos, a pesar de la resistencia, pasividad o aquietamiento forzoso de los mismísimos interesados*. Con *invenciones* o *innovaciones* transformadoras se pretende remediar alguna deficiencia o inconveniente con que las realidades nos lastiman. Se reacciona ante el presente insatisfactorio, ante el dato penoso de la experiencia, con un esfuerzo para mejorarlo de algún modo, por restarle imperfección tras imperfección. Por eso, hemos dicho que el Derecho público tiene que verse como *voluntad reorganizadora*. Es, por tanto, programa, propósito, proyecto, propiciación política, ascensión hacia la optimidad; en una palabra: *¡norma!*

¿Norma? Bien; pero ¿qué significa aquí la palabra? Permítaseme indicarlo mediante un rodeo.

El art. 4º del Código Civil y, en parte, y paralelamente el 5º admiten la posibilidad de que existan actos y prácticas contra ley y que las normas caigan en desuso. Se viene a reconocer, así, en definitiva, que la sociedad puede ser una criada respondona frente a los gobernantes. Los proyectos de estos últimos encuentran tropiezos, resistencias, son esquivados o sorteados e, incluso, caen en el vacío. Aunque no sin que reaccione el Legislador. Este los condena... *a la nada*, que eso significa la sanción de la nulidad; y busca medios para borrarlos de este mundo. Con todo, irremediabilmente, habiéndose ejecutado tales actos, persisten sus efectos y no se los destruye sólo con que lo quieran los que mandan. Se necesita también hacer algo. Si no, las cosas seguirán como están.

¿De qué dependerá el éxito de los gobernantes en su pugna por anular los actos contra ley? En primer lugar, del número de tales actos. Si es exiguo, la aceptación popular masiva refuerza la probabilidad de una acción correctora. Si es considerable, decrecerá más que proporcionalmente dicha probabilidad. Ni consenso ni disenso pueden, pues, ser pasados por alto.

En segundo lugar, la expectativa de triunfo para los órganos oficiales habrá de quedar entregada a la evidencia social, mayor o menor, de los actos contra Derecho; a que éstos dejen, o no, tras de sí, rastros delatores. Si la evidencia social o el rastro delator es conspicuo, la probabilidad de reaccionar con éxito es grande, a su vez. Si muy pequeños o casi nulos, la probabilidad es mínima o nula igualmente. Y conste que no magnificamos, sino más bien minimizamos el problema. Porque estamos presuponiendo una actuación unánime y sin fisuras de los jueces y funcionarios, como si proviniera de un solo hombre. Y semejante actuación unánime es imposible. El plan político que va flotando en el Derecho Público influye sobre la sociedad; pero no se realiza por entero. ¿Importa, o no, saber hasta qué medida cumple su propósito? Si nuestra respuesta es afirmativa, ni el puro normativismo ni el sociologismo son sostenibles. El primero, como ciego a los hechos; el segundo, como vuelto de espaldas al ideal bullente, aunque no realizado aún. Es decir, a la Política que se va gestando como proyecto científico impersonal para configurar el futuro; como norma en acción y devenir para elevar en todas sus dimensiones el nivel de la vida humana.

Porque, frente a la concepción dominante de la política y, sobre todo, frente a la política practicada, el jurista tiene que afirmar —si ha de ser consecuente con sus pretensiones— la supeditación de todo poder a la voluntad reorganizadora difusa que va despertando en la Filosofía y que en las Ciencias se personifica.

Generalmente la política es amezquinada hasta hacer de ella una acción al tuntún desde el poder.

Una acción que se quisiera inspirada y penetrada de omnisciencia; pero que la experiencia demuestra más voluntarista que racional, absolutamente personalizada y fluyendo a tanteos, como falta de objetivos conscientes. No se presenta al público como actuación amorfa y anormada, porque no puede ya, desde que la Ciencia del Derecho ha ganado esta primera escaramuza contra el arbitrio, al hacer las normas cosa «necesaria». Pero aún rindiendo tributo hipócrita a las normas, las ha profanado, convirtiéndolas arteramente en una forma lógica, indiferente a los contenidos, y destinada a portar la voluntad de los que mandan. Así las normas ya no impiden, sino que disimulan la arbitrariedad. No tienen por qué ser congruentes, ni aptas para fines, ni se deben a la verdad. Son *órdenes, porque sí o simples apreciaciones, no proposiciones verificables*.

Pues, en efecto, una apreciación no es otra cosa que una «apariencia proposicional», no una proposición auténtica; ya que, por carecer de *fundamento predicativo evidenciable*, no puede ser refutada ni confirmada. Una cadena de apreciaciones, que es, gnoseológicamente hablando, lo que habría que calificar como una «ideología», resulta, así, cuando más, el soporte, bien endeble por cierto, de todas las políticas actuales, que, por eso, merecen la abominación del jurista. Pero pese a la conjura de intereses que defienden el *statu quo*, las normas pueden dejar de ser apreciaciones y convertirse en proposiciones verificables. No son, en esencia, *imperativos*, sino *enunciados científicos afectos de un error jurídico mensurable*. Señalan simplemente el medio para conseguir una disminución o decremento del coeficiente de disipación o entropía política reinante, o, de otra manera, una elevación *practicable*, por cualquiera de sus dimensiones, del nivel humano.

Tal es el designio de la nueva Política, que no estriba ya en una cruda actuación sino que es la integración de todas las técnicas, la verdadera Filosofía de la Práctica. Pues si cada técnica consiste en la explotación de un saber para mejorar aspectos concretos de la vida humana, la Política es el gran proyecto en marcha para poner al servicio del hombre todos los saberes con que cuenta en cada presente el acervo social.

Esta nueva Política no puede basarse en el mero poder, el cual no es más que una libertad que consigue escapar a la acción compatibilizadora del Derecho, sino en la investigación desinteresada de la Verdad jurídica. Hay, pues, que garantizarse una más justa distribución del poder, al igual que hemos procurado —y por idénticas razones— una más justa distribución de la riqueza. Pero los métodos de distribución, si no han de ser «políticos» en el viejo estilo, tienen que ser *científicos*; es decir, *seleccionados por exclusión sistemática de conjeturas practicables, mínimas en errores*.

Y esto nos lleva a la Política del Derecho, la Ciencia *prohibida*, o, por lo menos, la gran marginada en las Facultades de Derecho. La Política del Derecho, como cabe imaginar fácilmente, es la *universalización de la norma pública*, el estudio de las posibilidades practicables de progreso jurídico. Según he hecho constar previamente:

«La Política del Derecho concibe y describe modelos, inventa las estructuras cooperativas que los pueden hacer practicables, somete a cálculo (lógico, matemático) o, si se quiere, a computación y a experiencia mental o real los resultados previsibles de cada modelo y, tras valorar el coeficiente de disipación probable o probado en cada uno, emite el fundado juicio de preferencia que justifica la promulgación de una ley. En una palabra: Idea y valora los inventos jurídicos capaces de colmar las necesidades jurídicas. (*La Investigación*. II, 215).

Procura, pues, que el Derecho se impersonalice y resulte de la investigación, de modo que, al igual que existe un método «oficial» de indagación jurídica para los jueces (el proceso), exista

también un método paralelo para la selección normativa. Pues ni las leyes ni el poder deben ser resultados de imposición o sufragio, sino un cálculo verificables de su probabilidad y practicabilidad.

LA TEORÍA DEL DEBER JURÍDICO ⁽¹⁾

¹*Este estudio y las breves notas números 4, 5, 6 y 7, fueron escritos en 1969 para Enciclopedia GER; aunque algunas, inexplicablemente, no aparecen en ella. (La extensión, que de antemano estaba prefijada, constituyó un reto).*

I. a) Es un hecho que las normas jurídicas aluden con frecuencia a «deberes». El padre «debe» alimentar y educar a sus hijos. El comprador «debe» pagar el precio de la cosa o mercancía adquirida. El Juez «deberá», oídas las partes, dictar auto motivado en el plazo de tantos días. Se dice también que el ciudadano, políticamente capaz, tiene el «deber» de sufragio. O que hay el «deber» de decir verdad cuando se testifica en un proceso o aun cuando se alega como parte. En términos más generales, ciertas Constituciones mencionan *deberes* de probidad o de respeto a las leyes. E, incluso, algo que se estima tan consustancial al Derecho como la Justicia, ha sido definida por Simónides (según refiere Platón) como consistente en «dar a cada uno lo que le es debido».

¿Qué clase de deberes son éstos a que se refieren tanto los legisladores como la doctrina jurídica? ¿Son deberes morales reafirmados por el Ordenamiento positivo o constituyen formas peculiares, autónomas, de *lo que debe ser*? ¿Qué significa la palabra *deber* cuando es utilizada en las normas jurídicas? ¿Conserva al sentido que tiene en los mandamientos de la Ley Moral o toma uno distinto o es una expresión metafórica utilizada *por analogía* en el Derecho, un artificio del lenguaje capaz de inducirnos a error y que podría y sería bien que fuese abolido?

Tal es la problemática subyacente en el tema, que importará examinar antes de dictaminar sobre el mismo; pero primero conviene pasar revista a las principales doctrinas vertidas.

b) Mientras la doctrina iusnaturalista tradicional gozaba de predominio y el Derecho era concebido como una dependencia de la Moral, las *obligaciones jurídicas*, protegidas en el fuero externo por las *acciones procesales*, tenían en el *fuero interno* la moción apremiante que les otorgaba el configurarse también como sendos deberes éticos. Aunque una salvedad se hacía para con las *leyes meramente penales*, era, en verdad, una excepción, matizada de distingos, que presuponia una cierta alternativa (cumplirla o plegarse a la pena) abierta por el propio legislador. Pero, producida, a partir de Tomasio, una escisión irreparable entre el Derecho y la Moral, la concepción del *deber jurídico* tenía que resentirse de ella. El jurista iba a circunscribirse desde entonces a los fenómenos peculiares de su especialidad y más cada vez se apegaría a los estrictamente positivos. La pregunta por la «naturaleza» de los deberes *jurídicos* se hacía desde ahí perentoria, al quedar proscrita la subsunción de estos deberes en los éticos. Los primeros análisis resaltaron la correlación existente entre los *derechos subjetivos* y los *deberes jurídicos*. El derecho de una persona se hallaba irrefregablemente ligado al deber de otra y viceversa: Al deber paterno de prestar alimentos, correspondía el derecho del hijo a recibirlos y al derecho del vendedor al precio de la cosa, el deber u obligación que tiene el comprador de pagarlos. La estructura bilateral o aliorrelativa de los derechos y deberes jurídicos (de sumo interés para los juristas, porque es específica del Derecho y falta en la Moral) se advierte, ante todo, en el carácter bipolar (positivo +- negativo, +, —) de las *relaciones jurídicas*, en las que se da siempre la contraposición entre la *facultad de exigir*, atribuida a un sujeto, y la *obligación o deber*, impuesto a otro de plegarse a esta exigencia. Deber y derecho aparecen, así, como aspectos complementarios y perfectamente simétricos en la que es unidad conceptual límite de los análisis jurídicos: Vista desde el actor, la relación surge, primero, como facultad, como

derecho subjetivo; vista desde el obligado, se muestra, antes de nada, como deber; pero en uno y otro caso la articulación de ambos semblantes es **de esencia**.

Como al cuestionar sobre la naturaleza del derecho subjetivo los juristas se enfrentaban con nociones que no tenían su correspondiente en la Moral, la convicción de que el deber jurídico, que era su contrapartida, habría de gozar de independencia paralela, no podía menos que despertarse. De ahí que la investigación de ambas categorías siguiera también una trayectoria llamativamente similar. El derecho subjetivo, concebido primero como **poder** (Savigny), luego como **voluntad** (Windscheid) y enseguida como **interés jurídicamente protegido** (Ihering), fue **procesalizándose** gradualmente a partir de Thon a quien cupo el mérito de configurarlo como una doble **pretensión**, a ejercitar, primero, ante el obligado y ulteriormente, y en reserva, ante el órgano judicial competente. Subrayado esto, el (llamado) fondo «metafísico» (iusnaturalista o ético) del derecho subjetivo quedaba preterido o descartado y la atención de los investigadores se concentraría ya exclusivamente en averiguar en qué podría consistir ese derecho en un Ordenamiento positivo.

Guiado por su ideal de **pureza metódica** y por una obsesión antimetafísica concomitante, acometió Kelsen la tarea de inquirir en qué habría que cifrar el «deber ser», cosa de especial importancia para él, que reducía el Derecho a **normas** y refería la esencia de la normatividad a la «imputación» de una **consecuencia jurídica** a una **condición jurídica**, operada precisamente por la cópula «deber ser», típica de la **proposición jurídica**. Y su respuesta fue muy simple y terminante: El deber ser jurídico carece de toda connotación moral; significa llanamente que el Derecho positivo contiene una norma en la que se imputa a un cierto evento-condición una determinada consecuencia jurídica, que será, en último término, «un acto compulsivo como sanción». El «deber jurídico» estriba, pues, en la misma norma, enfocada desde el punto de vista de aquél a quien pasivamente afecta. Hasta tal punto es así que «el deber jurídico «subjetivo» revela un carácter enteramente objetivo»; no permite que se confunda con ninguna especie de vinculación psíquica. Nada importa que en la redacción o forma gramatical de las normas se utilicen por el legislador expresiones elusivas de la cópula «deber ser»: **existirá el deber jurídico de observar una conducta determinada cuando su contraria esté prevista en la norma jurídica como condición para un acto coactivo**.

No siendo, pues, el deber jurídico —según Kelsen— un particular fenómeno de conciencia, ético o psíquico, sino una propiedad esencial de las normas jurídicas, dilucidar su naturaleza tenía que entrañar un problema sumamente vidrioso. Kelsen, puesto en la encrucijada, brinda una solución desconcertante, entre escapatoria y genialidad. Afirma que la **imputación** tiene un sentido **lógico**. Sólo, pues, en sentido **lógico** hay que interpretar el «deber ser»; no en sentido moral, ni siquiera en sentido jurídico (sic). Lo que quieren decir exactamente estas palabras, permanece en Kelsen sin la adecuada aclaración. Podrían implicar —como ha sugerido Carlos Cossio— que el Derecho se gobierna por una Lógica peculiar —la Lógica del deber ser—; pero el propio Kelsen discrepa de este criterio (V. Lógica jurídica). O acaso la remisión a la Lógica no sea sino un intento de eludir las objeciones que asaltan su teoría, tanto desde la experiencia social como desde las vivencias más íntimas del ser humano.

c) El análisis kelseniano del concepto de deber jurídico, eliminando **a-priori** como supuestos ideológicos los **contenidos de conciencia** que acompañan, según muestra la introspección, a ciertas prescripciones jurídicas, tenía que conducir, por la misma fuerza de las cosas, a la negación más absoluta del **deber ser** y a la relegación del Derecho al nivel de los **hechos sociales**. ¡La Ciencia del Derecho, ávida por emanciparse de la Moral, acaba, así, por ser absorbida por la Sociología! ¡El péndulo dialéctico ha batido su **tempo** y del idealismo formalista

de la Teoría Pura del Derecho ha saltado por propio dinamismo a su más radical antítesis: un sociologismo que ya ni siquiera es jurídico!

Tal ha acontecido en el seno de la Escuela escandinava del Derecho, cuyos principales representantes, Lundstedt y Olivecrona, tratando, al par de Kelsen, al Derecho Natural y a la Justicia de «ideologías», han visto estas nociones (y el deber jurídico con ellas) como una mera consecuencia de «la propensión del hombre al misticismo» (Lundstedt). ¡Mera imaginación! La Justicia no existe; tampoco ningún deber ser *objetivo*, ni un Derecho objetivo, ni preceptos jurídicos. Todo esto es humo. El juicio que expresa un deber ser jurídico, no sólo no tiene objetividad, sino que se resuelve en una combinación de palabras *carentes de sentido*. Como no contiene declaración alguna sobre la realidad, *no puede ser ni verdadero ni falso*. Quien tenga conciencia de la naturaleza quimérica del deber ser, no puede admitir otro tipo de valoraciones que las formuladas en función del *bienestar público*, aunque huelga advertir que tales valoraciones son *acientíficas*.

Desde principios neopositivistas similares arguye también Olivecrona que la idea de *deber* es el resultado de una transposición sugestiva. Engañados por el lenguaje, aceptamos las expresiones formalmente imperativas de las normas como si fueran órdenes que se nos dirigen. Y la acción prescrita por ellas como de una calidad tal que «deber ser hecha». En realidad, no hay más que una *conexión psicológica* entre la idea de una acción y ciertas expresiones imperativas o prohibitivas. El deber es, así, nada; y el Derecho, indiscernible de otras normas sociales, no tiene, formalmente hablando, otra singularidad que emanar del Estado; es decir, de aquella organización social que monopoliza el uso de la fuerza.

Más moderado, Alf Ross, aunque subraya el carácter «ideológico» del «deber jurídico», sugiere que tal motivación es la que le otorga al Derecho su «carácter sagrado» o «validez», sin el cual no podría crearse un orden social. Pero como la doctrina científica no se propone influir ideológicamente sobre los ciudadanos, sino describir las reacciones jurídicas que se esperan, sería preferible eliminar ese concepto en las exposiciones teóricas, porque, además, su ambigüedad es evidente, pues no deja saber cuáles son las reacciones subsiguientes a la violación del deber mencionado.

II. 1. Para ofrecer una solución persuasiva al problema aquí debatido, que prejuzga nada menos que la posibilidad o imposibilidad de una Ciencia jurídica independiente, nos es imprescindible, sobre todo, connotar neutralmente los hechos observables que irradian hacia nosotros desde las realidades jurídicas. Procediendo de este modo, tenemos: a) En la legislación se utiliza muy a menudo la palabra «deber» como relación conexiva extraprocesal entre dos comportamientos humanos interdependientes. b) Se usa también como expresión de la correspondencia intranormativa entre una hipótesis legal dada y una cierta reacción del Ordenamiento, confiada, en la experiencia, a órganos estatales determinados, c) O se habla de deberes, más o menos absolutos, del particular frente al Estado y aún de éste, o de sus órganos gobernantes, frente al pueblo en general.

d) Por último, suele aludirse también al deber de obediencia a las leyes o al Derecho, que atañe a todos los súbditos.

Estudiaremos, por su orden, cada uno de estos supuestos.

a) Sea una norma legal Ln que impone a la persona P una conducta como «debida», al par que atribuye a otra persona Q la «facultad» de exigírsela. ¿Qué representa aquí esta correspondencia de «deber»-«facultad»? ¿Qué hay en la realidad jurídica tras ambos símbolos verbales?

Para explicarlo con acierto, es menester hacerse cargo sucesivamente de varias hipótesis. Representémonos, en primer lugar, la relación intersubjetiva, tal como aparece esquematizada en el Derecho material. Con plena evidencia, el supuesto comprende dos casos: A) Las convicciones de P y Q son concordantes en cuanto a lo que dispone la norma; y B) hay discrepancia («auténtica», no «mentada») entre las partes a este respecto. En A) puede todavía acontecer que, bien por lo convenido *realmente* —ignorando la norma o variándola— bien por razones morales o de Derecho natural, P valore la norma como «error jurídico» (injusticia) y, por tanto, la considere desprovista de toda fuerza de convicción y apremio en el *fuero interno*. Si Q comparte esta opinión, les cabe anteponer su personal criterio al normativo; y lo harán con éxito, salvo en contados casos de intervención extraña, por rozar su convenio al *orden* o *interés públicos*. En situaciones como la evocada resplandece que no hay ni vivencia de deber jurídico ni riesgo de consecuencias coactivas. La norma es inerte, *como si no existiera de hecho*. ¡Falta su refrendo de persuasión y desaparece con él toda eficacia jurídica! Cierto que, en términos ideales, cabría decir que se da todavía el deber jurídico en el orden de la teoría o de los principios; pero tal sería situarse al margen de toda realidad, distorsionar la noción de deber, al hacer de él no un *contenido de conciencia*, sino una expresión *sincategoremática* que no significa otra cosa que una relación interna entre diversos miembros oracionales. Por otra parte, no cabe ignorar que la vida social está masivamente formada por relaciones que se desenvuelven a espaldas del Derecho positivo, que albergan su propia norma en sí mismas y surgen, progresan y consuman a extramuros de la legalidad estatal y en absoluta normalidad pacífica. Las relaciones polémicas a las que la tutela *oficial* alcanza son minoría abrumada (entre 0,000001 y 0,0000001 de las anteriores); y aunque es innegable que el Ordenamiento contribuye a «enrarecerlas», más verdad es aún que sin un fondo mayoritario de aquéllas, defendido antes por la conciencia que por la coacción, ningún Derecho positivo sería siquiera concebible. Aunque teorías sobre el origen del Estado como las de Gumplowicz u Oppenheimer crean poder derivar el Derecho de la fuerza, ambas presuponen comunidades preestatales con relaciones internas de tal índole que sólo un derroche de arbitrariedad permite negarles el calificativo de jurídicas.

Imaginemos ahora, B) que hay discrepancia entre P y Q, sea cualquiera su génesis; pero otra vez «auténtica» y no «mentada». Entonces comenzará a pesar el Ordenamiento, porque ya el proceso puede sentirse como a la vista. Ahora bien, incluso en este instante, la conciencia en P de cumplir por «deber», que existirá cuando y sólo cuando se tenga a la norma por *verdad jurídica* (o expresión de Justicia), no se confunde jamás con el hecho de que sea mayor o menor la probabilidad de que un Juez asegure su acatamiento. ¡Muy a menudo es nula esa probabilidad y los deberes asignados escrupulosamente cumplidos! La creencia de que una conducta es jurídicamente debida cuando su contraria es mentada en la norma como condición para un acto coactivo (Kelsen) incurre en el error de confundir el Derecho material con todo el Derecho positivo. Aunque en el fuero interno la conducta contraría a la sancionada sea experimentada como «deber», en el fuero externo la realidad es otra, pues el Derecho procesal *liga la aplicación de medidas constrictivas a la existencia de títulos con evidencia social*, lo que, más o menos, significa que *no hay sanción sin prueba del evento determinante*. Y como, en rigor, ningún hecho se puede probar, pues todos son acaecimientos desvanecidos en el pasado; el Ordenamiento resuelve el problema prescindiendo de los hechos para atenerse *a ciertos signos sensibles de los mismos avalados por una fuerte probabilidad*. Son los títulos, los cuales, en la Lógica jurídica son *equivalentes* a los hechos generativos de deberes. De ahí que tanto la *acción* como la *sanción* se conecten a títulos, no a la propia relación *material*. Si hay *título*, podrá haber coacción; si falta, la *coacción* será un desafuero o una anomalía jurídica. Un *delito* por ejemplo, es un hecho; pero la *pena* no es jurídicamente la consecuencia de tal hecho, sino de la *evidencia social* (prueba) de haberse cometido. El deber de pagar, que también en el Derecho material

aparece ligado a otro hecho, no puede ser tampoco impuesto por el Juez sin que resulte de títulos. Ahora bien, en ausencia de títulos, como en el caso de contratos verbales carentes de prueba testimonial, ¿qué puede mover a las partes a la observancia puntual de lo pactado? ¿Qué fuerza o causa puede explicar la persistencia del Derecho cuando *es un hecho* que la mayoría inobservante no podría ser jurídicamente constreñida a cumplir? ¿Cada uno tiene la respuesta en sí mismo! ¿Sabe lo que debe hacer; pero no por la sanción jurídica, más o menos eludible, sino porque esté en su conciencia ese «sentido»!

b) La suposición kelseniana de que las hipótesis de la ley y las consecuencias jurídicas están enlazadas por la cópula *deber ser*, arranca, asimismo, de un análisis inadecuado de la estructura normativa. Si el «deber» se supone impuesto a las partes, es sabido ya desde Goldschmidt que las normas procesales (e instrumentales) no podrían ser concebidas como «deónticas», sino como *teleológicas*, puesto que no señalan «obligaciones» sino que se limitan a consignar el modo de hacer asequibles fines determinados. Cuando la ley indica, por ejemplo, las solemnidades de la demanda (o del testamento) no impone al actor o testador deber alguno. Le brinda una posibilidad (los resultados que cabe obtener con la demanda o testamento) y precisa qué hay que hacer para lograrla. Sostener que en estos casos el «deber» se produce para el Juez, a quien se apremia a inadmitir la demanda o a tener por nulo el testamento, es tergiversar las cosas. Kelsen asume que el deber jurídico impuesto por la norma primaria es consecutivo a la omisión del que establecía la secundaria. Pero, aquí, faltando el incumplimiento hipotético, ¿cómo habrá *sanción*? La nulidad no puede tener este carácter, ya que se limita a *dejar fuera del Derecho lo que nunca ha llegado realmente a estar dentro de él*. El acto nulo no es un acto jurídico defectuoso, sino un *no-acto*, como acertó Carnelutti; algo *ajurídico*, e. d., para el Derecho, *nada*. Pero, además, para el Juez de última instancia, que es quien concreta el Derecho en definitiva, ni hay ni puede haber *sanción* para el acto contrario al previsto ¿dónde queda entonces el *deber jurídico-positivo*?

Para convencerse plenamente de la accidentalidad de la supuesta cópula deóntica basta percatarse de que las normas jurídicas no están enunciadas por completo en los textos legales: llevan un elemento substancial sobreentendido. Sobreentendido por razones de economía (para no repetirlo en cada ley) y de notoriedad; por evidente e imprescindible, huelga reproducirlo en cada ocasión. Cuando un médico extiende una receta, se contenta con citar al agente terapéutico que prescribe; no dice más, porque da por supuesto lo esencial: la eficacia curativa del producto para la enfermedad que combate. Pues bien, las normas jurídicas *completas implican similar adecuación a fin*. Aseveran que «si *A* es condición de *X* y no-*A* entraña probablemente *R*, entonces quedará preservada o incrementada la paz». (Donde *R* = un disuasivo o incentivo; *A*, *X* = conductas interferentes). Como se ve, el estricto *deber jurídico* se desvanece ahora. La proposición jurídica *enuncia un efecto comprobable* (verdadero o falso) *sobre la paz*. El legislador no dice, en efecto, sino en apariencia, que el hurto o el homicidio *deban ser* castigados con tal pena, sino que si mayoritariamente lo son, la paz social podrá preservarse (o disminuir tales hechos respecto a las medidas disuasivas previas).

c) Sea cualquiera el calificativo que merezca cada norma jurídica en particular, existe respecto al Derecho como un todo, un claro *deber* incondicional de respeto. Lo que para una ley aislada dependía de *su verdad*, es decir, de su pertenencia al sistema, para el Derecho como tal vale sin distingos. Pero ¿qué clase de deber es éste? El gran sociólogo del Derecho Timasheff lo ha caracterizado como «un contenido primario e irreductible de la conciencia»; o sea, como cualquier deber ético. No obstante, la noción de deber se ofrece a nuestro análisis como una vivencia compleja. Entraña, en efecto, 1º) una *conducta humana* que, entre todas las que son posibles en una circunstancia vital, se presenta como particularmente merecedora de ejecución,

a causa 2º) de ser necesaria para el éxito cabal de un proyecto de tal rango que 3º) la conciencia percibe, con su transcendencia, la exigencia racional de adherirse al mismo.

Desde esta perspectiva, se comprende ya sin trabajo que el Derecho Natural, como representación humana de un plan divino entregado a nuestra libertad prende en nuestra conciencia la persuasión de que su desacato es indigno, mientras que cooperar a él confiere la sublime prerrogativa de advenir a cierta «sociedad con Dios» (según la sugerencia ciceroniana) en el supremo objetivo de Su obra creadora.

d) Donoso Cortés aseguró un día que había sólo dos formas de represión: la religiosa y la política. La primera, interior, hacía innecesaria la otra. «Si cuando la represión religiosa estaba en su apogeo, no era necesario gobierno ninguno, cuando la represión religiosa no exista ... todos los despotismos serán pocos»... Si la conciencia del deber pudiera fallar en la mayoría de los hombres ¿qué coacción sería capaz de hacer sus veces? ¡Sólo porque el hombre tiene *sentido moral* no nos rige la ley de la selva, sino el Derecho!

Bibl. THON: *Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar*, 1878. KELSEN: *Teoría General del Estado* (LEGAZ), 1934; *La Teoría pura del Derecho* (TEJERINA), 1941; *General Theory of Law*, 1945; LUNDATEDT: *El Derecho y la Justicia y Olivecrona: El Derecho como hecho*, ambos en el vol. *El Hecho del Derecho*, Buenos Aires, 1956. LOIS: *Introducción a la filosofía del Derecho*, 1959; *La Lucha por la objetivación del Derecho*, 1965. ROSS: *Sobre el Derecho y la Justicia* (CARRIÓ), 1963. Legaz: *Deber*, en Enciclopedia Jurídica Seix.

3 bis

**CRIBA LOGICO-MATEMATICA
DE UN DEBER JURÍDICO**

01. Que los legisladores imperitos que tan a menudo tenemos que arropar en nuestro tiempo hablen a cada paso de «obligaciones» o «deberes jurídicos» con la actitud olímpica en ellos proverbial; es decir, sin hacer el necesario discernimiento sobre las interacciones semánticas entre los términos y la sucesión de contextos eventuales; es algo que habrá quedado ya patente a los lectores del anterior estudio. Lo que importa subrayar ahora es que semejantes imprecisiones idiomáticas están llamadas a desencadenar disputas interminables en torno a tesis hermenéuticas irreductibles si uno no acierta a recurrir a criterios auténticos de exclusión dialéctica, susceptibles de contrastación operacional... Pido perdón por la acumulación de tecnicismos —que prometo explicar «a dedo», sobre la marcha— y con un ejemplo que ni servido de propósito. (algo más que fruto de un azar felicísimo), voy a poner de manifiesto lo que valen la Lógica y los números para superar inapelablemente debates verbalistas. Por razones de amenidad, permítaseme anteponer los hechos anecdóticos a las premisas normativas.

I, 1. En uno de mis harto frecuentes viajes de Santiago a Vigo me hallaba enfrascado en una charla, llena de interés, con un canónigo del Cabildo Compostelano cuando el Interventor del ferrobús, pidiéndonos la exhibición de nuestros respectivos billetes, nos hizo aterrizar en algo tan prosaico como nuestros deberes, como viajeros, frente a la empresa pública nacional de los Ferrocarriles Españoles. El canónigo —por cierto, muy agudo filósofo de la Escuela de Amor Ruibal— le mostró el suyo y se puso en condiciones de proseguir la interrumpida conversación... Yo no fui tan afortunado: El kilométrico que le había presentado era de Familia Numerosa; y el Interventor creyó del caso mostrarse inquisitivo. Con la mayor corrección me dijo: «Por favor, su título de Familia Numerosa». Hubiera resultado muy simple para mí ponerlo entre sus manos y continuar pacíficamente el viaje y el ameno coloquio. Pero estudiando algunos días antes las Condiciones de aplicación de los billetes kilométricos me había encontrado con un presunto deber jurídico, pesando nominalmente sobre mí; había decidido analizarlo, para ver si era consistente; y unos pocos cálculos me habían puesto en evidencia un resultado sorprendente. Inferida, de aquí, una teoría, me pareció que tenía entonces una ocasión pintiparada para comprobarla en la práctica. Así que le dije al Interventor: «El título de Familia Numerosa no es de exhibición obligatoria en esta clase de trenes». Sin perder su compostura —hay que reconocerlo— me miró con una expresión de incredulidad y desconcierto. El sabía —*estaba seguro*— que la legislación de ferrocarriles no contenía semejante distinguo; pero acababa de escuchar en labios de una persona normal, en apariencia, y que hablaba con plena seriedad algo tan insensato, que no sabía cómo tomar la cosa, si como locura o como burla. Dio la impresión de inclinarse por lo primero, ya que hizo ademán de marchar; pero lo contuve con un gesto y llevé al colmo su pasmo cuando le dije: «Le aseguro que no hablo a humo de pajas. Soy abogado; he estudiado el asunto y estoy convencido de haber interpretado correctamente las normas aplicables». Invocó sus años de servicios, su competencia profesional— que yo no debía poner en duda— y me replicó sin acalorarse: «Está usted equivocado: el título de Familia Numerosa hay que llevarlo siempre con cualquier billete favorecido por descuentos de esta clase, sin que importe en absoluto la denominación del tren en que uno esté viajando». Suavemente también insistí en mi disconformidad: «Permítame que le aclare una cosa: No dudo de su

conocimiento de la legislación ferroviaria, que excede al mío propio; pero me temo que se trata ahora de un delicado problema de interpretación que rebasa su competencia y para el cual, por raro que le suene, yo estoy, en cambio, como especialista, mucho más cualificado para solucionarlo. Conste que hoy llevo, por casualidad, el título conmigo; le dije, abriendo mi cartera de mano y apuntando con el índice hacia donde estaba el documento—; pero me gustaría que cuando terminase su inspección se sentara un momento frente a mí para que discutiéramos el asunto desapasionadamente, como un problema abstracto».

Y, en efecto, poco antes de terminar el viaje tuvimos ocasión de departir un buen rato y exponer cada uno sus peculiares puntos de vista. Antes de reproducirlos aquí, conviene sin embargo, hacer alguna referencia a la reglamentación aplicable.

I, 2. Según la cuarta de las Condiciones de aplicación para los carnets kilométricos: «Regirán las normas que establece la Condición 11.a del Párrafo I de esta Tarifa, si bien *estos viajeros deberán presentar en ruta, como justificante de su derecho a la utilización de este tipo de kilométrico, el respectivo título en vigor de familia Numerosa*, cuyos datos deberán responder a los reseñados en el carnet kilométrico». (Prescindo —por inoperante aquí— de la norma relativa a la substitución del título por copia o fotocopia autorizadas).

La Condición 11 del Párrafo I se produce así: «El interesado deberá presentar el carnet en la estación o despacho de billetes de salida para que se le formalice en cada viaje, mediante la correspondiente amortización de kilómetros, entendiéndose que el carnet kilométrico por sí sólo no da derecho a viajar y, por lo tanto, el viajero que en ruta no lo presente debidamente formalizado para su viaje, será considerado como desprovisto de billete, debiendo abonar el importe doble de un billete por Tarifa general en el trayecto y clase en que viaje...».

«En cualquier momento del viaje, necesariamente ha de presentarse, a requerimiento de los agentes del Ferrocarril, el carnet kilométrico, que deberá llevar pegadas las fotografías de los viajeros desprovistos de Documento Nacional de Identidad; igualmente habrá de presentarse el Documento Nacional de Identidad válido, si se trata de viajeros cuya fotografía no figura en el carnet».

«Caso de no cumplirse estos requisitos, deberá satisfacerse por cada viajero el importe de un billete sencillo de Tarifa general desde la procedencia al destino, sin que haya lugar a la convalidación de los kilómetros amortizados por el recorrido de que se trate...» (Omito los pasajes de la Condición 11 que nada tienen que ver con el caso actual).

II, 1. No cabe negar, pues, —y no se lo negué al Interventor— que, según las cláusulas del contrato de adhesión que uno, al solicitar y obtener un billete kilométrico, ha venido a suscribir con la Compañía ferroviaria, se ha aceptado el sedicente deber jurídico de presentar en ruta un título de Familia Numerosa no caducado. Quien santifique incondicionalmente las palabras utilizadas en las leyes y negocios jurídicos no admitirá ya que nadie llegue a cuestionar la existencia de una obligación que como tal explícitamente se menciona en el acto constitutivo. Como la cláusula 11.a establece que los viajeros «deberán» presentar en ruta un título válido de Familia Numerosa si su kilométrico está bonificado por el descuento previsto para quienes gozan de semejante prerrogativa y, además, no se citan excepciones; parece inconcuso que no las haya y que se respete por el beneficiario el tenor literal del contrato a que se ha sometido.

Mas, a la verdad, las cosas no son tan sencillas.

Ante el aserto legal o contractual que alberga la palabra «deber» uno podría demandarse a qué clase de «deber» se alude. ¿Se tratará de un «deber de conciencia», de índole moral, o de un

estricto «deber jurídico» cuya legitimidad suponga «validez» y cuya efectividad haga necesaria una sanción coactiva? No faltará quien quiera afirmar (como los seguidores de la doctrina *clásica*) que el planteamiento jurídico sea autosuficiente: Si la norma o el negocio son válidos y el incumplimiento lleva aparejada sanción, el deber jurídico se hace indiscutible; con él irá también, de suyo, el deber de conciencia, porque goza de esta calidad el mandato fundado de autoridad legítima. Más aún: Se argüirá igualmente que, no constando lo contrario, la obligación moral resulta conclusiva, y que la legitimidad y la sanción tienen que presumirse, en principio.

Ahora bien, tal visión incurre en manifiesta unilateralidad. Frente a ella cabría replicar que, siendo la libertad un hecho, ningún deber *concreto* puede presumirse. Las hipotecas de conciencia no existen. Para que el hombre tenga que aceptar alguna suerte de vinculación será, cuando menos, necesario que su «qué» y su «ratio» consten inequívocos, es decir, que uno sepa sin perplejidad qué se quiere de él y en gracia de qué mayor bien se inmola su arbitrio. Si el sacrificio de la libertad ha de ser *mínimo* para ser acreedor de acatamiento, ¿no se infiere de aquí que cada nueva obligación haya de superar la prueba de su necesidad para un fin relevante?

La presente antítesis es aleccionadora. Muestra cuan difícil se hace sentar una teoría con fuerza de convicción sobre tan vidriosos asuntos. Si uno tropieza con una norma que literalmente le señala un deber, puede aducir siempre: ¿Es válida formal y materialmente la disposición? ¿Resulta indispensable el sacrificio que se impone para obtener un efecto social que lo justifique? Porque, si en el fuero externo la constrictión probable expresa la regla; en el interno, la carencia de convictividad excluye la aquiescencia. En último término, la norma o la cláusula negocial han de ser enjuiciadas como proposiciones y toda su fuerza persuasiva tiene que depender de su verdad o de su suficiente *probabilidad*. El error demostrado no puede inducir obligación, porque siempre se delatará como una intromisión arbitraria... Veámoslo en el caso considerado.

II, 2. El proceso discursivo tras el cual se ha llegado al establecimiento de la obligación para el viajero de presentar su título de Familia Numerosa a los agentes de la RENFE es fácil de comprender y de evidenciar. La legislación protectora de estas familias les ha concedido, entre otras ventajas, una reducción en el precio de los billetes de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles. Pero por supuesto que tal reducción queda circunscrita al beneficiario y a sus familiares inmediatos. No es, pues, transmisible. Luego la empresa pública de transportes ferroviarios *debe poder en cualquier momento comprobar si quien disfruta de la bonificación es alguno de los que tienen derecho a la misma*.

Por tanto, si se mantuviera una estricta ecuación entre la calidad de beneficiario y el descuento en el precio de los billetes, está claro que la obligación de presentar el título (o su equivalente), sería incontrovertible. Tal era el caso durante todo el tiempo en que se aplicó el artículo 13 del Reglamento de 31-III-44 sobre Protección a las familias numerosas.

Sin embargo, en los últimos tiempos esta equivalencia se ha roto. Por extraño que suene, la RENFE (¡una empresa pública, que, como tal, debería estricta fidelidad a las leyes!) se ha exonerado cautelosamente del gravamen que suponía para ella la legislación protectora en algunos trenes. Incurriendo notoriamente en fraude a la ley, ha decidido —por reglamentaciones internas— exceptuar de la bonificación a cierta clase de trenes (en particular, los ferrobuses y los (llamados) de cercanías). Y donde el citado artículo 13 imponía las bonificaciones «en toda clase de trenes», una práctica contra ley —absolutamente injustificable en un Estado de Derecho— ha hecho que sólo sean efectivas en algunos. Y en consecuencia, cabe preguntar: ¿Es posible que donde no lo son subsista el deber de exhibir el título?

No me parece que ningún jurista mantenga tal criterio: Únicamente quien *de veras se beneficie del descuento* podrá verse gravado con la obligación de probar que está legitimado para disfrutarlo. ¡Pues no faltaría más que, *encima de no hacérselo*, se le impusiera la carga de acreditar que le correspondía!

III, 1. No sé qué impresión harán estos argumentos en el lector. Sospecho que le parecerán cuestiones bizantinas. El creerá que sólo por error (¡y error sumamente improbable!) podrá despacharse un billete *sin reducción* para quien es acreedor a un determinado descuento. Porque los billetes de precio reducido y los de precio normal difieren a la vista. No obstante, puedo asegurar que semejante error se produce con alguna frecuencia (¡lo he padecido en varias ocasiones!). Pero lo curioso es que *con los carnets kilométricos ese extraño error se comete siempre*. Y he ahí lo que le puse de manifiesto al Interventor. Cuando acudió a mi lado, me limité a mostrarle esta proporción, escrita en mi agenda de bolsillo:

$$\frac{210}{184} = \frac{10.000}{x}$$

Luego, $x = 1840000:210 = 8.761,90$.

A continuación le hice ver el importe del kilométrico: 10.000 kms. = 8.760 pesetas.

Y mi razonamiento fue breve: Si un billete ordinario de ida y vuelta en el ferrobús de Santiago a Vigo cuesta 184 pesetas y el trayecto consta de 210 kilómetros, es obvio que el kilométrico no entraña diferencia alguna en favor de los titulares de Familia Numerosa, ni ninguna clase de reducción. En trenes como éste, el kilométrico no me reporta beneficio; sí a la Renfe, que cobra anticipado su importe. Luego sería absurdo que se pretendiera imputarme una obligación derivada de un beneficio inexistente. Si no se me concede, de hecho, el descuento de Familia Numerosa, ¿cómo fundar la limitación de mi libertad que supone el pedirme que justifique el que tenga derecho a disfrutarlo?

III, 2. Todavía recurrí ante el Interventor a otro alegato, si se quiere, aún más apremiante. Le dije: «Piense usted cuáles son sus posibles reacciones ante mi actitud. Usted podrá —si lo cree oportuno— considerar equivalente la no presentación del carnet de Familia Numerosa a la falta del mismo. Pues bien, ¿qué sanción sería procedente aplicarme en este último caso?». «Está claro —proseguí— que no soy un viajero sin billete: Tengo el kilométrico debidamente formalizado en la estación de origen. Puedo presentar el Documento Nacional de Identidad y cumplir así lo dispuesto en el apartado cuarto de la Condición 11. Entonces lo único que le cabría hacer a usted es cobrarme la diferencia entre el importe del billete ordinario y el de Familia Numerosa. Y como esta diferencia es aquí cero, la sanción es igualmente nula, con lo que se demuestra que la obligación de exhibición es meramente verbalista: un mito».

(Para que se vea más meridianamente la incongruencia con que actúa nuestra RENFE, copio la siguiente advertencia a las tarifas —que constan en las Guías de Ferrocarriles—: «Sobre los precios de 2.a clase de esta tarifa, se aplica una reducción del 25 % en cualquier recorrido de la Red, siempre que se utilicen trenes Ferrobuses, Unidades Eléctricas o Automotores. En los billetes de ida y vuelta, y únicamente en días laborables, la reducción es del 40 % en cualquier recorrido y referida a los trenes citados anteriormente». Frente a esta norma, las Familias Numerosas de 1.a categoría (con una reducción fija del 20 %) no obtienen descuento alguno en los billetes ordinarios donde a todo el público se le hace mayor (el 25 %). Pero igualmente, como la rebaja sobre el kilométrico para Familias Numerosas de 1.a categoría es también sólo del 20

% respecto al precio normal de kilométricos, la consecuencia obvia es que tales beneficiarios no lo son tampoco cuando viajan en ferrobuses, automotores, etc. ¿Cómo puede exigírseles entonces que prueben tener derecho a una bonificación que no reciben? ¿Será para resaltar mejor la inconsecuencia y el fraude a la ley que, con notorio mal ejemplo, comete una empresa pública?).

4

LÓGICA JURÍDICA

I. 1. El interés científico serio por los problemas lógico-jurídicos surgió primero en EE. UU. Y, paradójicamente, como consecuencia de haber insistido autores como Holmes en la afirmación de que la Lógica era poco menos que inoperante en el Derecho. «La vida del Derecho —decía— no ha sido lógica, ha sido experimental». La crítica de tal parecer, reasumido, aún con más énfasis, por Cohén y Frank, dio lugar a investigaciones importantes, que son, acaso, todavía la más substancial aportación al tema.

2. Tres actitudes prevalecen hoy respecto a la concepción de la Lógica jurídica. Son éstas: a) La Lógica jurídica no tiene existencia independiente; no es más que la Lógica general, aplicada al Derecho, b) La Lógica presenta tales particularidades en el Derecho que se hace inexcusable abrir un nuevo capítulo en la Lógica general que se dedique a hospedarlas y autorizarlas. c) La Lógica jurídica y la Lógica general, como nosotros y los habitantes presuntos de otras galaxias, no podrán jamás encontrarse.

3. Estas tres actitudes tienen sus representantes, más o menos autorizados. Propugna la primera, por ejemplo, Kelsen, para quien, según parece, no hay otra Lógica que la tradicional, que se aplica, *mutatis mutandis*, al campo de lo normativo, de lo que *debe ser*, en lugar de ser aplicada al de lo que es. También, a pesar de su explícita repulsa teórica, incide, en la práctica, en esta posición García Maynez, pues si es verdad que declara que su Lógica jurídica no se reduce a una aplicación de la Lógica pura al Derecho; en rigor, lo cierto es todo lo contrario, dado que sus principios no son más que un trasplante y muy discutible en muchos casos— de las leyes lógicas al sector normativo, operada por un simple expediente de sustitución terminológica, al reemplazar «proposición» por «norma», «verdad» por «validez», etc. García Maynez parece creer que la conversión que efectúa es necesaria e implica una transformación esencial, ya que, de otro modo, no reivindicaría la personalidad de los principios lógico-jurídicos de que parte. No. La Lógica es abstracta y sus contenidos fungibles. Su aspiración es generalizar sin fronteras. Vive en la *forma* y le es indiferente referirse *a esto o a lo otro*. Además, no hay tampoco impedimento para llamar «validez» a la «verdad lógica», incluso sería acertado, pues ésta no es más que *congruencia con las premisas*.

La segunda, la patrocina Cossio, que arguye que el *deber ser* postula una Lógica peculiar, que es la que ha resultado de las investigaciones de Kelsen, sépalo o no éste; pero que está en oposición a la Lógica del ser heredada de Aristóteles. Cossio cree que la sustitución de la cópula «ser» por «deber ser» excluye la aplicación de la Lógica tradicional. Pero si el «deber ser» es el «ser» del Derecho, el cambio resulta intrascendente. Y en Lógica, ¿qué inconveniente hay en reemplazar simbólicamente el verbo por un signo? Para Cossio, el Derecho es *conducta*; la norma, un *juicio*, con cópula deber ser y el Ordenamiento, un todo proposicional cerrado, pleno, que se constituye desde dentro de sí mismo. Pero, una de dos, o consideramos factualmente todas las normas, y ya son *objeto para* nosotros —con lo que entonces nuestros juicios sobre ellas serán nuestra Lógica y no ellas mismas; o consideramos las normas como el pensamiento efectivo, en curso, sobre la conducta; pero entonces resulta imposible hablar de Lógica jurídica con sentido, pues la Lógica ¡necesariamente! no puede ser algo que le venga a un sistema

proposicional desde dentro, sino desde fuera, pues, de venir de dentro, el sistema ya la tendría (ontología) ¿ya qué Lógica?

La tercera, asume varias formas. La cruda, en un Cohén o un Frank. La disimulada, en Viehweg y prosélitos, que remiten el Derecho a la retórica y se valen para resolver los problemas jurídicos de ese arte de la disputa consignado en la *Tópica* aristotélica y ciceroniana; o en García Bacca, que confiere al Derecho una estructura «logoide»; o aún Recaséns, que postula para él una Lógica de lo *razonable*. Huelga señalar que estas «ortopedias» no son Lógica; sino formas discretas de encubrir la falta de Lógica advertida.

4. Cuando urgimos algunos juristas la necesidad de aplicar la Lógica al Derecho presuponemos lo siguiente: A) El respeto al Derecho positivo *dado*, que es *como es* (algo óptico, a su modo) y que sólo parcial y lentamente cabe cambiar. B) Que la Ciencia del Derecho, si ha de serlo de veras, ha de rendir culto fanático a la Lógica. No importa que el Derecho *real* que se nos enfrenta ponga a menudo la Lógica entre paréntesis. Exigirle otra cosa *al tomarlo como dato* sería igual que exigírselo a la Naturaleza. Resulta enormemente probable que el Universo esté repleto de significación y racionalidad; pero es mundo y no mente. Ahora bien, conocerlo de verdad requiere actos mentales que para ser *inteligibles tienen* que ser *lógicos*, en estricta coherencia consigo mismos. Aunque el mundo no fuera lógico, tendría que serlo la Ciencia Física. Pues lo propio le ocurre al Derecho. C) Aunque el Derecho in factum corrompa a veces la Lógica, el concurso de ésta es imprescindible al Derecho *in faciendum*, puesto que el tránsito de lo real a lo ideal comporta proyectos y realizaciones perfectibles y aspira a la óptima consecución de un fin. Si la Justicia es la verdad de las proposiciones jurídicas, no se concibe que pueda crearse el Derecho a espaldas de la Lógica, ya que la coherencia internormativa es condición necesaria, aunque no suficiente, para que pueda darse la verdad jurídica.

5. Aunque el Derecho positivo dado diste de ser lógico, no se confunde Derecho con Ordenamiento positivo. Las normas son algo *estático*; el Derecho, *dinámico*: también lo integran las *operaciones jurídicas*, que en parte substancial son de carácter lógico. Por ejemplo, la principal operación a realizar por el Derecho es la *redistribución* de la *renta* (nacional o mundial) entre la *población*, como máxima fuente de conflictos intersubjetivos. Y tal *reparto* estriba en la *obtención de un cociente* entre un *dividendo* y un *divisor variables* (e. d., la *derivada de un cociente*): Es, pues, una operación matemática. Análogamente, todo Derecho presupone *aprehensión* y *reparto* de tierras (sean en propiedad o no). Los Estados, las Provincias, los Municipios, las Jurisdicciones, se basan en acotaciones territoriales decididas trigonométricamente. (Sabido es que el origen de la Trigonometría —en Egipto estuvo ligada a la determinación de los predios cada vez que el Nilo barría los lindes al desbordarse). También son operaciones matemáticas ciertas particiones de bienes en el Derecho sucesorio, de quiebras, etc. Y sobre todo la de *cargas públicas* que cifra la Hacienda Pública. Pero aun sin esto, la Lógica penetra el Derecho al ser una función $y = f(x)$ (que pronto explicitaré) entre las variables «orden» y «libertad». Si, sobre un objeto, la libertad de una persona es igual a su poder físico, $L \delta = P$; y todas las personas son iguales ante el Derecho, $S = S' = S = S... = S_n$; tendremos: $L = P - (V + M)$, designando por V las *prohibiciones* y por M los *mandatos* (¡provisionalmente!). De ahí: $V + M = L(S') + L(S) + ... = 0$, y $L = P - L(S_n)$. n, fórmula esta última que condensa deductivamente una definición del Derecho positivo. Además, la norma jurídica es un *aserto probable* (una «moda» estadística); el derecho subjetivo, «concentración de probabilidad»; la prueba legal y las ficciones, *juicios de equivalencia*, es decir, reglas lógicas de igualdad jurídica; las presunciones relativas, los indicios, asunciones probabilísticas estadísticamente fundadas. Muchas instituciones jurídicas son cristalizaciones estimativas de sucesos superprobables. Un mejor Derecho impone, pues, una depuración matemática de estas bases, que minimalice el error.

Las más importantes operaciones jurídicas; *legislar y sentenciar* o se hacen lógicas, consintiendo mañana el uso de computadoras, o son arbitrarias. No arguye contra la Lógica jurídica el que razonamientos actuales de Legisladores y Jueces sean *paradójicos*. La Lógica no se construye sobre razonamientos *reales* (psicología), sino sobre sus *modelos abstractos*. Bibl. Loevinger: *Int. Lógica jurídica* (Puig Brutau), 1954; García Maynez: Id. 1951; Klug: *Juristische Logik*, 3.a, 1966; García Bacca: *Planes de Lógica jurídica*, en *Studia Iuridica* (Caracas), 2, 13, 1958; Kalinowski: *Int. a la Logique J.*, París, 1965. Recaséns: *Nueva Fil. Int. del Derecho*, 1956. Cossio: *Lógica jurídica formal en concepc. egológica*, La Ley, 20 - III -1959.

5

SALARIO

1. Los problemas que plantea el salario a la Filosofía del Derecho son substancialmente dos: El primero estriba en decidir bajo qué condiciones será «justo» o equitativo» un salario en un orden social determinado. El segundo, en indagar, supuesta cierta desviación del salario «real» respecto al concebido como «ideal», cómo habría que proceder para anularla o atenuarla.

En punto a lo primero conviene comprender que hay tres fuerzas que pugnan a su modo por «objetivar» los salarios. Una, *económica*, lo intenta fijando *precios* a tipos de trabajo, por la misma razón y reglas que para los bienes se siguen. Otra, *política*, lo hace *por decreto*, en base a consideraciones a-priori que obedecen a sentimientos o instintos. La tercera, *jurídica*, trata de propiciar el «ideal» mediante acumulación de conocimientos y reduciendo lo compulsivo a un mínimo. En la realidad actual las tres fuerzas andan mezcladas, aunque en proporciones distintas. Supongamos que predomina la primera. Entonces el salario es un *efecto* de leyes económicas estructurales y *no tendrá sentido* calificarlo de justo o injusto como fenómeno social, aunque pudiera presentarse como «inícuo» en relaciones intersubjetivas concretas. Lo que podría atentar a la justicia, serían las realidades económicas básicas. Sea, por ejemplo, el caso de un granjero que produce casi todo lo que necesita. Los frutos que recoge son, en rigor, su *salario* y el de los suyos; pero carece de sentido llamar *justo* o *injusto* a este rendimiento «natural» del trabajo. Vendidos los frutos sobrantes en el mercado, al precio que rige, podrán adquirir con su importe los bienes y servicios necesarios. Y si aquel precio no ha sido *manipulado* artificialmente en su daño, conservarán íntegro el producto de su trabajo. En una economía formada por productores como nuestro granjero, sin grandes diferencias de capital, no hay razón para que asome la injusticia en los cambios. Mas la situación es transitoria. Accidentes naturales, desigualdad de ingenio o de trabajo y ahorro frente a disipación pueden determinar preeminencias económicas que rompan el equilibrio inicial. Luego, las disparidades se agravan. Mientras hay opción entre trabajar por cuenta propia o ajena, no se conciben salarios injustos. Mas cuando las tierras vacantes desaparecen y surgen instrumentos más perfectos y caros, el trabajo por cuenta propia es un privilegio. Los más, tienen que asalariarse y al contratar apremiados por la necesidad aceptan condiciones desventajosas, salvo en gran demanda de trabajo. Como el mal lo es de muchos, los políticos buscan el remedio y aplican el poder público a elevar los salarios. ¿Qué ocurre entonces? Como el salario sólo refleja la situación económica total, un *alza impuesta restringe la demanda* y resultan algunos expropiados de su trabajo para elevar la remuneración de los demás. Amén de que las alzas *por decreto* merman la inversión —si se financian con ahorro— o causan inflación —si con crédito fantasma y emisión de billetes en descubierto.

2. El tratamiento «jurídico» del problema demanda actuar en las causas; no a ciegas, ni a capricho, sino tras estudio teórico y pruebas experimentales. Aun siendo prematuras las conclusiones, ciertos hechos parecen claros. La adjudicación de los capitales al Estado, sobre la ruptura revolucionaria que supone, evita cierta especie de alineación del trabajo y una fuente de desigualdad económica; pero enajena la libertad y produce la más radical diferenciación política. Priva, además, de sus más enérgicos incentivos al progreso y distrae de la producción (con fines de control) mayor porcentaje de la población activa. La reestructuración social que eleve los salarios requiere otras bases. 1º) El cálculo y reducción del coeficiente de disipación reinante en

cada país, sobre todo en los recursos humanos. 2º) Revelación estadística precisa de las cifras de producción y necesidades para elaborar un programa coherente de ocupación total. 3º) Enajenación de bienes y empresas públicas para reinversiones. 4º) Tasa del incremento de capital por hombre-año, y 5º) Mercados cooperativos que limen nudos de intermediarios.

6

SANCIÓN

1. Muchos juristas conciben el Derecho positivo (que es para ellos todo el Derecho) como «un conjunto de normas que regulan el ejercicio social de la fuerza en un Estado». Tanto valdría, pues, sostener que el Derecho consiste en un sistema de *sanciones* que garantizan la observancia de los preceptos jurídicos. Así, el concepto de *sanción* pasa realmente al primer plano en el Derecho para jugar el más decisivo de los papeles. Es importante discriminar si esta teoría es correcta; pero antes parece necesario aclarar qué es lo que se entiende por *sanciones*.

Nuestro punto de partida tiene que ser la norma jurídica. La doctrina común presupone (erróneamente a mi ver) que la norma jurídica contiene *un imperativo*, que, si no se obedece, es susceptible de ser impuesto coactivamente o de reportar, si no, consecuencias desagradables al renuente. Un apoderamiento indebido de cosa ajena, por ejemplo, puede determinar que en *ejecución de sentencia* se me despoje de ella por la fuerza y se reintegre a su dueño. Si se deja de pagar una deuda, se decreta un *embargo*, y un órgano público cancelará el crédito por el obligado, con dinero que le será sustraído por la fuerza. Otras veces la sanción consiste en una reparación jurídica del daño (*indemnización*) o en la anulación de las consecuencias del acto prohibido. Cuando el acto antijurídico se reviste de una gravedad especial, la sanción adopta la forma de un *castigo* o *pena* impuesta al transgresor. Ahora bien, el denominador común de todas estas hipótesis está en la manifestación de la fuerza. Parece, así, a primera vista, cierto que el Derecho sea un *orden coactivo*. Mas, con todo, dificultades importantes asaltan esta tesis. En primer término, no cabe desconocer que existen normas no coercitivas. Las del Derecho Internacional podrían ser un ejemplo, aunque también existen en el Derecho interno, como las que establecen «cargas» y no «obligaciones», (es decir, que funcionan como «imperativos del propio interés»); las normas relativas a la prueba y su apreciación; todas las que regulan la actuación de funcionarios irresponsables de Derecho —o de hecho, por la propia fuerza de las cosas: (Tribunales de última instancia, órganos no fiscalizados o no fiscalizables, etc.)- En muchos otros supuestos la inmunidad a la sanción se produce como efecto de ciertas circunstancias: insolvencia del deudor, inaprensión o fuga del delincuente, etc. Hay casos, incluso en que la sentencia judicial es *nula, de hecho*, como absolutamente inidónea para producir los efectos a que se endereza. (Lo mismo sucede con los actos de otros Poderes del Estado).

2. Pero el mejor modo de acreditar la inexactitud de la doctrina expuesta consiste en reemplazarla por otra más acorde con los fenómenos y que la supere *por integración*. A este propósito, definiremos el Derecho positivo (estatal o de otras instituciones, como la Iglesia, por ejemplo) como un «régimen de *incentivos y disuasivos enderezados a proteger la cooperación pacífica y el progreso social*». A tenor de esta concepción, resalta cuan estrecho resulta limitar el Derecho a un orden represivo. Para quien el acto jurídico se define por sus efectos y éstos se angostan a mera aplicación de medidas coactivas, la concepción tradicional quizá tenga sentido, aunque entonces nada distingue un orden jurídico de uno despótico. Pero si se entiende que la opinión dominante sobre el acto jurídico es gravemente errónea, porque los *efectos coactivos* son la secuela de los actos antijurídicos, no de los jurídicos, y se hace depender la juridicidad de los actos de su *eficacia compatibilizadora* (e. d., en último término, de su valoración positiva para

la cooperación pacífica y la supervivencia), queda ya claro que el incentivo premial es el más importante y el que prevalecerá, más cada día, en estadios culturales más avanzados. Por otra parte, si la necesidad del Derecho va ligada a la distribución interhumana de los bienes escasos según módulos de error mínimo (justicia), es también obvio que el reparto de los bienes materiales tendrá menor importancia en la sociedad opulenta que dibuja el futuro, en tanto que los problemas cardinales que advienen van a consistir en la justa distribución del poder, del ocio y de los cargos públicos y funciones sociales, cosas todas ellas en que habrá de concretarse el Derecho premial del futuro; pero que ya hoy son sensibles en función del grado de desarrollo logrado en cada país. Pues ya se ha comprendido que la más importante cuestión social estriba en la *clasificación* de las personas según sus aptitudes y méritos (como ya vio Platón), y en favorecer el progreso mediante el ascenso de las más fecundas y eficaces. Todo esto, que es una misión jurídica primordial, queda entregado al azar y al capricho en la mayoría de los Estados; pero debe ser resuelto *científicamente* haciendo de *honoros y dotaciones y salarios* incentivos para la promoción social y aplicando la máxima evangélica de no constituir para lo mucho sino a los que han sido fieles en lo poco. (Un modelo: el *cursus honorum*).

Que el Derecho premial tendrá que ser en adelante el cometido capital de los juristas, parece indudable por las razones siguientes: a) Porque los salarios y emolumentos uniformes no son estimuladores de un *trabajo competitivo*, sino más bien remoras. Y en cambio, el trabajo competitivo, la pugna «deportiva» por sobresalir es el germen de los más grandes progresos. Interesa, pues, a la Sociedad y se hace después cuestión de Justicia (ya que debiendo objetivarse en normas, demanda módulos de prelación y fidelidad a los mismos), b) Porque la distribución del poder, que se hace aún hoy con métodos que cabe calificar de «ordalías», es acaso la tarea social más delicada y debe confiarse a pruebas de capacitación más rigurosas que las «campañas electorales» o los nombramientos *carismáticos* a merced del instinto, c) Porque también la distribución justa del ocio ha de ser función y premio al trabajo y, por tanto, materia jurídica.

Esto aparte, rigen hoy por hoy incentivos económicos en la vida social, a veces reconocidos o establecidos jurídicamente. Tales son, por ejemplo, los incrementos de remuneración por años de servicios, las primas a la producción, etc. Y aunque, en general, menos importantes, no se puede olvidar la función que cumplen los honores (títulos nobiliarios —donde existan—, académicos, profesionales, condecoraciones y órdenes al mérito, etc.), ascensos de categoría, promociones a otros cargos más importantes, etc.

3. Parece, pues, inconcuso que en el Derecho, junto a todo género de *disuasivos* (e. d., de representaciones monitivas que desaconsejan una conducta anticipando sus consecuencias *probables*), hay también un cúmulo de *incentivos*. La diferencia entre unos y otros es importante: Los disuasivos se asocian a la conducta contra Derecho; buscan inhibir los actos antijurídicos. Los incentivos, en cambio, se condicionan a la conducta según Derecho, a las formas de cooperación pacífica que, siendo excepcionalmente valiosas para la supervivencia de la especie y enrareciéndose, urge multiplicar. Los disuasivos se basan en *temor*, los incentivos en *amor*. Aquéllos son un mal o medicina extrema y su cantidad, desmintiendo al positivismo, (si el Derecho positivo estriba en sanciones, cuantas más sanciones más Derecho positivo) está en razón inversa de la auténtica vida jurídica. Estos son un bien y cuantas más veces haya que recurrir a su otorgamiento, mejor síntoma y mejor pronóstico para la sociedad que los ha instituido. Los disuasivos fallan a veces, aún después de haber transferido una sanción en lugar de otra inaplicable (si un insolvente incumple una obligación de hacer, no es posible hacerla a su costa); en cambio, son indeficientes los incentivos.

Una teoría general de las *sanciones* puede abarcar, ampliándola debidamente, tanto los

disuasivos como los incentivos e, incluso, las *nulidades*, aunque éstas se refieren, más bien, a categorías o modalidades de la existencia jurídica (V. *deber*); pero sobra advertir que en tal caso no se apuntala el positivismo. Bibl. Lois: *Estudios*, 1954, IV.— Vinogradof: *Common Sense in Law*, (ed. españ.), 1952, II.— Barasi: *Trat. Derecho del Trabajo*, (Sussink) III, 1953, 11 ss. Borsi-e-Pergolesi: *Tra. Dirit del laboro*, I, 1939, 273.— Legaz: *Filosofía del Derecho*, 2.a, II, 2. Coppello: *La sanción y el premio en el Derecho*, 1945.

7

TRABAJO

I. Son muchas actualmente las Constituciones, Declaraciones de Derechos o leyes de rango constitucional que consagran el **derecho al trabajo** como uno de los derechos capitales e inalienables de la persona humana. Resultaría imposible —y también falto de interés—# citar aquí textos concretos demostrativos. Baste a nuestro propósito referirse, por su carácter supranacional, a la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, proclamada por las Naciones Unidas, la cual en su artículo 23 fija su posición en estos términos:

- 1) Todo individuo tiene derecho al trabajo, a la libre elección de empleo, a justas y satisfactorias condiciones laborales y a la protección contra la cesantía.
- 2) Todo individuo tiene, sin discriminaciones, derecho a igual retribución por igual trabajo.
- 3) Todo trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente para garantizarle a él y a su familia una existencia acorde con la dignidad humana y que comprenda, si es necesario, otros medios de protección social.
- 4) Todo individuo tiene derecho a fundar sindicatos o incorporarse a ellos para defender sus propios intereses.

Fórmulas semejantes son la versión actual de una corriente de pensamiento que data de muy atrás. Su primera aparición que se sepa en el campo legislativo tuvo lugar en 1776 en el *Edit sur l'abolition des jurandes*, obra de Turgot, donde tomó esta forma: «Dando Dios al hombre necesidades y haciéndole preciso recurrir al trabajo, ha hecho del derecho a trabajar la propiedad de todo hombre, y esta propiedad es la primera, la más sagrada y la más imprescriptible de todas». Después, como tantas veces ocurre, el aserto se fue repitiendo sin discriminación, hasta hacerse rutina. Tuvo asiento primero en las Constituciones francesas y cundió más tarde y gradualmente por casi todas las del mundo, hasta hacerse una expresión tópica que muy contados legisladores se atreverían a preterir.

Sin embargo, para llegar a fórmulas como las presentes ha sido menester que el pensamiento humano sufriese una conmoción verdaderamente revolucionaria. Para comprenderla, nada mejor que parar mientes en la idea que la antigüedad tenía del trabajo. Nada menos que todo un Aristóteles nos revela el cambio de mentalidad operado en textos como estos: «...El trabajo del obrero es, en cierto modo, una esclavitud limitada». O el famoso: «Si cada instrumento pudiese, en virtud de una orden recibida, o, si se quiere, adivinada, trabajar por sí mismo, como las estatuas de Dédalo o los trípodes de Vulcano, «que se iban solos a las reuniones de los dioses»; si las larKaderas tejiesen por sí mismas; si el arco tocase solo la cítara, los empresarios prescindirían de los obreros y los señores de los esclavos. Los instrumentos propiamente dichos son instrumentos de producción; la propiedad, por el contrario, es simplemente para el uso... La vida es el uso y no la producción de las cosas». O también: «La felicidad, según hemos dicho, es inseparable de la virtud; y así, en esta república perfecta, en la que la virtud de los ciudadanos será una verdad en toda la extensión de la palabra y no relativamente a un sistema dado, aquéllos se abstendrán cuidadosamente de ejercer toda profesión mecánica y de toda especulación mercantil, trabajos envilecidos y contrarios a la virtud. Tampoco se dedicarán a la agricultura,

pues se necesita tener tiempo de sobra para adquirir la virtud y para ocuparse de la cosa pública».

Para entender cabalmente el pensamiento aristotélico conviene recordar que según el estagirita «la felicidad no debe tener necesidad de otra cosa, y debe bastarse a sí misma por completo». «Los actos apetecibles en sí (decía) son aquellos en que no hay nada que buscar más allá del acto mismo; ...éstos son los actos conformes a la virtud, porque *hacer cosas buenas y bellas* constituye precisamente uno de los actos que se deben buscar por sí mismos. Entre la clase de cosas apetecibles por sí mismas pueden incluirse también las simples diversiones... Pero la felicidad no consiste en divertirse... Sería absurdo trabajar y sufrir durante toda la vida, sin otra mira que la de divertirse...».

Se ve, pues, claramente cómo en la teoría aristotélica el *trabajo* destinado a producir bienes de consumo... es decir, el trabajo en sentido propio, constituía una *servidumbre*. No tendría sentido, entonces, tratar de presentarlo como un *derecho*, ni a nadie en la antigüedad se le ocurriría semejante idea, ya que trabajo, lo que se dice trabajo en la estricta acepción del vocablo, era el «servil», así llamado porque se encomendaba a los *esclavos* y los esclavos carecían de *derechos*: no desempeñaban ninguna *función social* que los liberase de aquella carga. Tan cierto y general era este punto de vista que el precepto del Decálogo que imponía el descanso semanal (sábado) ordenaba no realizar *trabajo alguno* (Ex. 20, 10); pero su interpretación hacía, desde el principio, sinónimos «obra servil» y «trabajo», pues el descanso era compatible con la «asamblea santa» y las actividades en ella desplegadas (Lev. 23, 3) y, además, a cada paso usa el sagrado texto tales expresiones como equivalentes (por ejemplo, Lev. 23, 7; ibid. 8; ibid. 21; Núm. 29, 1; ibid. 12; ibid. 7; ibid. 35). Por otra parte, en Dt. (5, 15) se evoca la esclavitud israelita en Egipto como una razón justificativa del *sábado*.

Nada distinto al concepto aristotélico del trabajo como opuesto a la actividad verdaderamente importante y satisfactoria es el que manifiesta Jesús de Sirac en el Eclesiástico (Ecl. 38, 24 y ss.; 39, 1 ss.) o incluso San Pablo (I, Cor. 9, 6) cuando significativamente proclama su *derecho a no trabajar*, pese a no haberlo reivindicado para no ser gravoso a sus fieles (ibid. 12).

La concepción cristiana del *trabajo corporal*, aun partiendo de la *obligación* terminante que, en términos generales, apremiaba a los creyentes (2 Tes. 3, 10), no desconoce tampoco el carácter «servil» de este trabajo, que, a zaga de la tradición judía, se proscribía en las dominicas y festividades. Y si encarecía con frases expresivas («quien no quiera trabajar, tampoco coma», San Pablo, loc. cit.) la necesidad de dedicarse a algún trabajo, no echaba en olvido en momento alguno que tal cosa constituía una carga (con sudor de tu frente comerás el pan) de la que sólo a unos pocos era posible liberarse.

A la noble empresa de hacer «cosas buenas y bellas» ni Aristóteles ni los clásicos creyeron oportuno llamar «trabajo», ya que, consistiendo en tales obras la virtud y consiguientemente la felicidad, más próximo parentesco podrían tener las mismas con las *diversiones* que con *faenas de siervos*.

II. La proclamación con algún sentido de un derecho al trabajo requería dos condiciones previas: por una parte, la abolición —o desaparición práctica— de la esclavitud; y la existencia de situaciones de desempleo, asaz generalizadas, por otra. La esclavitud y las formas de servidumbre, que tenían, por lo menos, la ventaja de proporcionar al obrero una ocupación estable, hacían también inconcebibles los graves desajustes económicos y el paro en grandes proporciones que es la maldición de los nuevos tiempos. Por eso, en cuanto aparece el trabajador «dependiente», destinado a hacer número en una fábrica, y se alcanzan ciertos toques de producción, sobreviene el reflujó en la demanda de operarios y muchos, incapaces de valerse

solos, pierden sus fuentes de subsistencia y quedan al vaivén de las contingencias sociales. Es natural, entonces, que, por contraste con tan penosas realidades, se despierte un sentimiento de insatisfacción y reprobación que lleva consigo la tendencia ideal hacia una sociedad diferente, que se intuye que *debería ser*, capaz de evitar el escándalo de una producción insuficiente para cubrir las necesidades colectivas, que coexiste, a pesar del contrasentido que implica, con una gran fuerza de trabajo inerte, paralizada por deficiencias de organización. Si a esto se une que la conciencia de un derecho natural a la vida, que todo hombre siente que posee, arrastra consigo, como su contenido concreto, el cúmulo de condiciones a que aquélla se debe, se comprende, sin más, hasta qué punto toda persona que tenga que depender de un salario habrá de experimentar, sea cualquiera la legislación positiva, *que algo le debe la sociedad cuando se encuentra sin trabajo*. Más aún; si uno puede rechazar legítimamente toda agresión injusta o amenaza que se proyecta contra él ¿no podrá igualmente reaccionar, en defensa propia, cuando su vida y la de los suyos entra en grave riesgo por el paro?

Ante argumentos tales, no puede extrañar que reivindicaciones tan justas hallaran pronto eco en la legislación positiva. De ahí que en la actualidad, todos o casi todos los Derechos del mundo reconozcan paladinamente el *derecho al trabajo*. Ahora bien, ¿qué significa realmente este reconocimiento? ¿Implica, acaso, que lo que antes constituía una *exigencia racional*, un *presupuesto jurídico*, por sólo incorporarse a una norma positiva habrá cambiado de naturaleza? ¿Qué valor tiene hoy ese *derecho al trabajo* tan enfáticamente pregonado?

Para quienes creen que el Derecho se agota en pura normatividad (V. *deber jurídico*) sería inconcuso que esta ascensión al plano normativo debería determinar, sin más, esa correlación de *facultades* y *deberes* que es típica de los fenómenos jurídicos. Sin embargo, dando un nuevo mentís a tal opinión, sucede algo completamente diferente. Igual que en muchas otras ocasiones, el mero conjuro de la ley resulta impotente para moldear la dura realidad jurídica. Cuando uno se pregunta qué debe entenderse ya ahora por *derecho al trabajo*, hay que contestar, por desgracia, que la fórmula no significa cambio, ni realiza una aspiración, sino que no pasa, por el momento, de un recurso psicológico para lograr efectos propagandísticos. Provoca ilusión, como el velo de Isis; pero, tras las palabras, faltan hechos; rasgada la apariencia, nada, sino el vacío.

En efecto; al inquirir *qué clase de derecho* es ése que se discierne a *todo individuo*, la primera solución que a uno se le ocurre estriba en suponer que se tratará aquí de un *derecho subjetivo* de tantos, en cuya virtud *su titular podrá pretender que se le dé trabajo*. Sin embargo, semejante hipótesis no resiste a la crítica. El obrero que ha suscrito un contrato laboral con un empresario *privado*, sí puede entenderse que tiene, hasta cierto punto, en la mayoría de las legislaciones, un *derecho subjetivo* a que se le proporcione el trabajo pactado, ya que la relación jurídica que media entre las partes hace corresponder, en perfecto sincronismo, a la facultad que una tiene de exigirlo el deber de la otra a procurárselo. Ahora bien, incluso este *derecho al trabajo* que arranca de un contrato o negocio jurídico concretos no siempre puede traducirse en una efectiva exigencia laboral, sino que en muchos casos es substituido o convertido en un *derecho al salario*. (Este principio de substitución o conversión domina cuando el empresario es un ente público, no privado). Pero, supuesto que este mecanismo de transferencia de sanciones es consustancial al Derecho, es lícito afirmar que quien como obrero haya suscrito un contrato laboral tendrá, frente al patrono, un *derecho subjetivo* a que le dé trabajo.

En cambio, ese *derecho al trabajo* que mencionan las constituciones no tolera que se lo configure como un derecho subjetivo auténtico. Extraprocesalmente, no se presenta como una *pretensión frente a alguien obligado*, pues no existe quien lo esté. Y el ejercicio procesal de esa

pretensión es todavía más inconcebible. Que en ciertos países haya establecido un subsidio de paro, no es bastante, por sí solo, para dar verdadera efectividad al llamado derecho al trabajo, porque si este subsidio puede funcionar en coyunturas de auge, cuando la ocupación tiende a hacerse plena, fallará precisamente en la depresión, cuando el desempleo es máximo, puesto que el mantenerlo entrañaría dramática inflación o exceso de presión fiscal sobre las empresas, cuando la crisis que atraviesan hace preciso desgravarlas.

Si la medida de un derecho subjetivo es el grado de su efectividad, la piedra de toque para contrastarlo tendrá que consistir en el examen de los medios procesales que lo garantizan. Lamentablemente, de esta prueba, el derecho al trabajo sale muy mal parado. Nadie, llegado a la edad laboral, puede aún reivindicar un puesto de trabajo, cuanto más elegir libremente su empleo, lograr «justas y satisfactorias condiciones laborales» o la mítica «igual retribución por igual trabajo». Por más que ciertas normas así lo proclamen, todo se queda en la región de los buenos deseos *si la realidad social* o la entropía de un sistema político no consienten, por defectos de su propia organización, movilizar la totalidad de las energías humanas de que se dispone. ¡Otra vez se demuestra, así, que el Derecho no se reduce a normas ni a programas, sino que *es la norma vivida con la que estamos haciendo nuestra sociedad*.

Todos estos fallos que hacen en buena parte ilusorio el derecho al trabajo hay que achacarlos a dos causas. La primera es el *voluntarismo*, (la forma que reviste la *soberbia* de los legisladores); la segunda, la actitud de la Filosofía del Derecho ante el trabajo.

El voluntarismo, haciendo hijo al Derecho del poder, es responsable de su deficiente integración científica. Olvidando que la ley debería ser el resultado de una investigación objetiva sobre los medios con que se cuenta para hacer asequible el fin jurídico y las dificultades de toda índole que va a oponer la realidad social, ha procedido como si el legislador pudiera crear la *materia* y la *forma* de su obra y fuese, por ello, dueño de las mismas. En lugar, pues, de plegarse él al fin del Derecho, ha plegado las leyes a sus miras particulares. En vez de estudiar a fondo la sociedad, para poder, conociéndola, influenciarla, ha usurpado fueros divinos al pretender, vanamente, modelarla con un mero «hágase» verbalista. Pero, a despecho de los legisladores, los problemas sociales y económicos no se resuelven con frases al tuntún, al capricho de nadie, sino con medidas sagaces fundadas en un profundo análisis de causas. El Derecho es parte ¡vital! en la lucha del hombre por la supervivencia, pues *es la organización pacífica de la cooperación (vale decir, trabajo combinado) para explotar la naturaleza de tal modo que cifras más altas de población puedan subsistir dignamente y realizar con más facilidad el ideal humano*. Si el Derecho ha de estudiar, pues, la forma pacífica, óptima, de canalizar y articular las energías y el trabajo humano, no cabe dudar que esta tarea demanda toda una Ciencia para realizarla y no puede ser cometida a la eventual buena voluntad de ningún político, a su capacidad de improvisación o a su instinto. Toda una Ciencia de la Legislación es necesaria.

Y he aquí por donde llegamos a percibir hasta qué punto la Filosofía del Derecho tiene su correspondiente tanto de culpa en el desafortunado régimen de trabajo imperante. Desde Platón se sabe ya —su teoría de la Justicia lo confirmaba— que el problema jurídico capital estriba en la distribución de papeles en el gran teatro de la cooperación interhumana. Si el concepto meramente económico del trabajo no hubiera sofocado el poder reflexivo de los juristas, esta genial sugerencia platónica hubiera bastado para impulsar los Ordenamientos hacia metas más racionales. Porque salvo el substrato de naturaleza que subyace constante a todo Derecho, éste es «cultura», vale decir, *trabajo* salvador del hombre para que la materia le sirva y reemplace sus manos hasta que trabajar sea no obra corporal, sino puro ejercicio del espíritu. Pero la Filosofía jurídica, ignorando prácticamente esto, salvo en casos contados (como ejemplo, Hegel),

se ha preocupado más de un abstracto derecho al trabajo que de los métodos para seleccionar eficazmente al hombre idóneo para cada trabajo. He ahí nuestro mal v problema. Bibl. Unesco: *Dei diritti dell'uomo* (Di Scipio), Milano, 1952. Aristóteles: *Política*, (trad. Azcárate), 1943. *Moral, a Nicómaco* (Azcárate). 1952. Hegel: *Filosofía del Derecho* (Mendoza), 1955. Battaglia: *Filosofía del Trabajo* (E. de Tejada), 1954. Todolí: *Filosofía del Trabajo*, 1954; Legaz: *Humanismo, Estado y Derecho*, 1960. Bobbio: *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, en Rev. Int. Fil. del Diritto, Abril-Junio, 1965.

8

SOBRE UN SEXTO PODER... ⁽¹⁾

¹ *Charla pronunciada en el Colegio Mayor «La Estila», en Noviembre de 1972.*

A muchos de ustedes no les sonará, seguramente, el nombre de Ihering. Pero ningún estudiante de Derecho oírá pronunciarlo sin un íntimo movimiento de admiración respetuosa y cordial. Porque Ihering es uno de los más grandes juristas de todos los tiempos. Lo digo, no para hablar de Ihering (no se asusten los alumnos de otras Facultades), sino sólo para acreditar en su haber una idea de que voy a servirme.

En su obra «Jurisprudencia entre bromas y veras» Ihering se ha referido a un fenómeno muy interesante y sintomático que delata el movimiento socializador de los tiempos modernos. En el Derecho Romano —viene a decirnos— y en toda la antigüedad, abundaban las cosas sin dueño, las *res nullius*. Había tierras sin dueño, animales sin dueño, árboles y frutos sin dueño... Se podría decir sin exageración que bien cabría vivir en la antigüedad sin otro trabajo que el de apropiarse las cosas sin dueño que uno iba encontrando a su alrededor. Aquella frase con que D. Quijote quería caracterizar la Edad de Oro: «A nadie era necesario, para alcanzar el ordinario sustento, tomar otro trabajo que alzar la mano y alcanzalle de las robustas encinas que liberalmente le estaban convidando con su dulce y sazonado fruto»..., era, en gran parte, verdad aún casi hasta los albores de esta edad nuestra. Pero hoy... ¡qué distinto! ¿Dónde están hoy las cosas sin dueño? ¿Quién a lo largo de su vida ha tenido la fortuna excepcional de apropiarse alguna vez de cosas sin dueño? Bueno; si ustedes son cazadores o pescadores y han tenido la suerte de cobrar en ocasiones alguna pieza podrán ufanarse de haber adquirido por ocupación algún bien sin dueño, porque los animales salvajes, por el momento y hasta cierto punto, no lo tienen.

Hay, sin embargo, una diferencia muy llamativa entre el régimen de las cosas sin dueño que prevalece hoy y el que prevalecía otrora. Antes era verdad la locución perogrullesca de que *lo carente de dueño, carecía de dueño*. En nuestros días, en cambio, siendo nosotros mucho más sabios que Pero Grullo, no podemos admitir siquiera que valgan por verdades las más obvias perogrulladas. Y así, por ejemplo, hemos fabricado numerosas especies de cosas sin dueño bajo la propiedad de un ser ubicuo, misterioso e inexistente. Me refiero al «Estado».

Ya sé que habrá muchos entre ustedes que bajo los impactos de ese martillo pilón que es la propaganda han llegado a otorgar realidad a ese mito. Pero ¿existe el Estado? Y si existe ¿en qué consiste y dónde está? Si el Estado no se confunde con el Gobierno, ¿qué es el Estado? No; no lo identifiquen con ésta o con aquella Sociedad, porque ninguna Sociedad tiene de suyo esa conformación particularísima que todos damos por supuesta cuando decimos que aquí, allá o acullá hay un Estado. Y ninguno de nosotros ignora tampoco cuántas veces la Sociedad de base se halla en pugna con ese poder absorbente y sobrepuesto que personifica al Estado o se intitula su vicario. Si sólo decimos que hay Estado cuando se da, por encima del hecho sociológico estricto, cierta estructura de dominación completamente diferenciada y jerárquica, va a ser difícil acreditar que tal vocablo sirva para otra cosa que para disimular o encubrir el hecho real de quiénes son los que mandan y para arrojar oportunas incertidumbres sobre la responsabilidad de los yerros en que muy a menudo incurrirán. En otras palabras: Se habla de Estado en una tentativa lingüística por impersonalizar el crudo fenómeno del poder y descargar de

responsabilidades concretas a los que realmente mandan.

Como la tesis que sostengo sale a relucir de una manera incidental, no extrañarán ustedes que carezca aquí de tiempo para fundarla. Pero no siendo cosa tampoco de que se me otorgue crédito a la ligera, debo, por lo menos, dar una idea de los argumentos en que me apoyo. He aquí, pues, su substancia.

Si clasificamos las teorías sobre el Estado, podremos referirlas a dos actitudes antitéticas: La *realista*, que profesan aquellos que, dominados por concepciones de la Ciencia ligadas a lo empírico, quieren ver en el Estado algo tangible, como su territorio, su población o su poder; y la *idealista*, que siguen cuantos, mucho más propensos a teorizar, resaltan algún elemento inmaterial, ajeno a la experiencia.

Nosotros argüiremos, frente a los primeros, que, en tal tesitura, para nada nos será necesario recurrir en nuestras formulaciones a la palabra Estado; hablaremos simplemente, según las circunstancias, de Pueblo, de Nación, de Sociedad o de Gobierno, pues ninguna otra construcción, resbalona hacia la mera hipótesis, podrá mantenerse fiel a los datos reales. Y reprocharemos a los idealistas la confabulación de un *deus ex machina* metafísico sin demostramos previamente cómo ha fallado todo intento de imputar unos efectos (que, a fuerza de concreción, pueden palpase) a causas de su misma naturaleza.

A la luz de estas consideraciones cualquiera comprende lo ridículo que resulta la Estatolatría de nuestra época y aún las proclamaciones ingenuas de ciertas leyes de períodos liberales, como la ley de mostrencos de 1835, que atribuía la propiedad de ciertos bienes sin dueño, no al primer ocupante, sino al Estado.

Bajo el mismo prisma, uno se pasma también al leer nuestra flamante Ley de Caza de Abril de 1970. Yo me enteré de su existencia en Caracas, el año pasado, al leer la Prelección de Rafael Gibert en su Programa de Historia del Derecho ⁽²⁾. Y creo que la tal Ley de Caza puede ser tomada como síntoma y medida de uno de los fenómenos sociales más característicos de nuestro tiempo: La peligrosa hipertrofia de la Administración. Y evito cuidadosamente decir «Derecho Administrativo», porque no creo que tal adjetivación y tal sustantivo sean compatibles. Para mí, —no me recataré de decirlo— «lo administrativo», tal como los tratadistas de la Europa continental lo entienden (ya que los ingleses están aquí en la posición correcta), no puede recibir, así como está, la *forma* jurídica. De hecho, los administrativistas pretenden más (¡jugando al imposible!): Pretenden que el Derecho se doblegue y adjetivice ante la Administración y, dejando de ser *forma vivificante*, se convierta en *materia «mortificada»* por lo que no es apenas otra cosa que «arbitrio político». ¿Que por qué el Derecho es inconciliable con «eso» calificado de «administrativo»? Por algo muy simple: Porque el Derecho es libertad compatibilizada con toda otra libertad, sin privilegios de ninguna y totalizando siempre, sin disipación, los valores de entrada (su «input»). Frente a esto, el llamado Derecho Administrativo continental se basa en los «privilegios» de la «Administración» y a veces sacrifica libertades (¡que son derechos!) No en la proporción justa requerida por otra libertad, sino en aras de falsos dioses; esto es, en provecho *de nadie*.

Pero, perdonándome la disertación un poco conceptista, díganme si no hago bien en temer que, al paso que vamos, pronto no tengamos que vivir «por concesión administrativa». Recordemos

² Después he podido leer también la excelente exposición de F. Lucas: *Los delitos y faltas de Caza en la nueva Ordenación legal*, en RGLJ, Febrero de 1974, 143 ss. Y el completísimo trabajo de J. L. de los Mozos: *Precedentes históricos y aspectos civiles del derecho de caza*, en Riv. Dir. Agrario, LI, 1972, 225 ss.

un hecho: «...Hubo un tiempo primitivo de pura libertad de caza», luego ese derecho se concretó en tres círculos: el territorio ocupado por la nación, en el que pueden cazar todos; la marca comunal, correspondiente a un grupo, en el que pueden cazar sus miembros; y la propiedad privada, en la que sólo caza el propietario» (Gibert, 4). Y frente a esta realidad lógica, veamos la obra conformadora de los administrativistas: La Ley de Caza última es un documento característico de nuestros días. La caza es concebida principalmente como un «servicio público» (ya que a veces los particulares desempeñan servicios públicos) y se hace de ella un patrimonio público especial. ¿Un servicio público ...la caza? ¡Manes de Juliano! ¿Cuya sería la idea? También al vulgar acto de comer y beber nos lo tendrán un día como servicio público, ya que comiendo higiénicamente nuestra fuerza laboral redundante en bien público, mientras que en otro caso puede ocasionar absentismo y menoscabar la eficacia de nuestro trabajo... ¡Llor a la capacidad generalizadora de los nunca bien ponderados administrativistas, enfermos, por deformación profesional, de *teratopolia*! (Ruego a los helenistas que me perdonen si yerro en la formación del vocablo y a los estudiosos de medicina que anoten esta enfermedad, que es tan real como los constipados).

Frente a estas «fazañas e usos desaguisados» (que diría el sabio de las partidas), tengo para mí que, aunque lejanas, muy lejanas, comienzan a doblar las campanas por estas concepciones obsesas y nocivas y el péndulo dialéctico, a punto de su máximo, inicia un nuevo ciclo: El desquite de la libertad.

¿Con qué base lo creo? En base a dos hechos totalmente disimilares, pero de resultados coincidentes. El uno es la ilusión que despiertan en nosotros los vuelos interplanetarios y el otro, el advenimiento de un sexto poder en la escena social.

Yo no sé cuánta ilusión despiertan en ustedes los vuelos interplanetarios. Sé, en cambio, que a la mayoría de nosotros nos fascina el automovilismo. ¿Por qué? No me parece que sea sólo por el placer que proporciona manejar un poderoso instrumento mecánico. Yo imagino que el fundamento real, subconsciente, que explica el atractivo del automóvil sea muy otro: El automóvil nos aísla, nos muestra señores del espacio, nos hace vivir la ilusión de una ilimitada libertad, de un dominio del mundo, fragmentario, pero tangible. Por eso buscamos los automóviles, como un refugio, como un desquite de nuestra libertad y nos agradan tanto. La pena es que actualmente ya el automóvil está también atestando las vías públicas y, sujeto a una brutal injerencia administrativa, pierde así casi todos sus encantos. Pronto la avioneta, la aeromoto y el helicóptero y más tarde las naves espaciales «de paseo» van a ser el mejorado substitutivo del automóvil, que nos devolverán en gran parte nuestros medio-perdidos sueños de libertad. No sé qué pensarán ustedes; pero yo me veo ya transportado al futuro cuando los hombres, cansados de la agobiante presión administrativa que gravitará cada vez más sobre cada porción de este empequeñecido planeta —si los jóvenes no lo remedian— busquen su desquite y su consuelo navegando, con libertad absoluta, por un espacio sin trabas asfixiantes y sin pesados reglamentos en su infinitud...

Sinceramente, no creo que los vuelos interplanetarios puedan significar (al menos por milenios) cosa más significativa e importante que ésta. Si lo que interesa al hombre es el hombre, la despoblación del sistema solar priva de su mayor proyección a las aventuras espaciales. Tal vez existan seres inteligentes en planetas perdidos en remotas estrellas o galaxias. Pero, aunque nada cuesta soñar, ir a otra estrella es todavía, y acaso lo sea siempre, una quimera. A la velocidad de 1/10 de la que lleva la luz, un viaje a la más próxima (que es más que improbable que tenga ya pobladores inteligentes) insumirá la friolera de unos 45 años. Con otros 45 para el regreso, ¿quién será el audaz que se aventure al viaje? ¿Y qué peso alcanzará la astronave que cargue con

viveres y «compañía» para tanto tiempo? ¿Enviaremos viajeros en estado de «animación suspendida»? ¿Utilizaremos energía atómica y aceleraremos la nave hasta velocidades fantásticas, próximas a la límite de la luz? ¿Pero cuál es la máxima velocidad, si la hay, como parece, al imprimir aceleración a cuerpos de gran masa? El cálculo diferencial parece sugerir un límite intrínseco a la aceleración, al hacer de ella una derivada de segundo orden. Y si es así, un viaje de exploración en busca de otros seres como nosotros, si por casualidad no nos hacen llegar su mensaje, habrá de requerir más tiempo que el que parece permisible a los hombres —si nuestra constitución no cambia de una manera radical. No es consuelo, pues, por ahora, para los «añorantes» de aquella libertad digna de su nombre que se daba antaño, ir a construir en planetas ignotos el mundo ancho e ilusionante que aquí se nos escapa de las manos. Con todo, no renunciaremos a toda esperanza. Al paso a que se mueve la técnica, no sería extraño que muy pronto baste, a cuantos quieran sentirse libres, despegar de la tierra en un micro-cohete, movido por energía nuclear, para conquistar en el espacio la sensación de independencia que aquí nos falta. ¡Allí, sí que podremos movernos con libertad! ¡No teman que surjan órganos de control interplanetario, según imaginan ciertos relatos de ficción! Sobre esto, podremos sentirnos seguros por milenios. ¿Quieren una prueba? ¡La tenemos en la misma inmensidad del espacio! ¡Toda la masa de la Tierra, con expresarse en cifras anonadantes, (5.975×10^{24} kg.) no significa nada en comparación con la escala a que está construido el sistema solar, cuyo radio es, sin embargo, astronómicamente modestísimo! Si me permiten repetir un símil de gran fuerza sugerido por el gran astrónomo inglés Jeans, el Sol y las estrellas más próximas (¿Y qué es nuestro minúsculo planeta a su lado?) resultan en el vacío espacial circundante como unas pocas moscas que volaran en el vasto recinto de una catedral, como la que ahí cerca tenemos... ¿No resulta tranquilizadora la imagen?

Sí, podemos sentirnos a nuestras anchas... El tráfico espacial estará seguramente regulado a la salida; pero después... todos solos, al fin. ¿No se les dilata el corazón ante la buena nueva? No sé. Pero supongo que nuestra libertad, asaltada desde todos los vientos, debe sentir un ansia de desquite. No en vano la condiciona un poder, mal contenido por un Derecho positivo, adrede semiinválido; una Administración, agresiva por la multitud de punzantes privilegios de que está erizada; una burocracia dictatorial de propietarios de su empleo, que es, en verdad, la fuerza latente, parapetada tras una clase política transitoria; y luego los efectos avasalladores de la propaganda, que el hombre-masa no puede resistir, y desde cuyo reflejo su *deus ex machina*, los formidables *grupos de presión* y los más peligrosos y solapados *grupos de infiltración* —que nadie osa ni siquiera estudiar— someten hábilmente a las grandes individualidades que aún resisten. ¿Qué espacio, en este mundo nuestro, le deja esta conjura de poderes a nuestra bien atemorizada libertad actual? ¿No tendremos necesariamente que ir a buscarla más allá de las jurisdicciones políticas que se han repartido el planeta? Bueno: ¡Aun podemos soñar! ¡Aún nos cabe refugiarnos en el incoercible reducto de nuestro propio pensamiento para volar tan libres como los pajados sin dueño de Fray Luis! ¿O no nos dijo Shakespeare, personificándose en su Hamlet: «...Podrías confinarme en una cascara de nuez y aún me tendría por rey de los espacios infinitos... *si no tuviera pesadillas*»? Pero lo malo es que a los hombres del siglo XX nos están induciendo las pesadillas; es decir, la única cosa que, según acertó a declararlo el incomparable Shakespeare, puede deparar menoscabo a nuestra libertad de pensar.

Bien sabemos que nuestro mítico *Estado* ha hecho a cada paso prodigios de eficiencia llevado del insomne deseo de absolutizar su poder.

En su famosísimo *Discurso sobre la Dictadura* ha resaltado Donoso Cortés la propensión de todos los gobiernos a incrementar más y más la *represión política*, que, con finos análisis, presentaba como un freno necesario, impuesto por el debilitamiento progresivo de la represión

interior ético-religiosa. La monarquía absoluta fue para él la inevitable respuesta del gobierno a «ese gran escándalo político y social» que significó la gran reforma luterana. «Pero no bastaba a los gobiernos ser absolutos; pidieron y obtuvieron el privilegio de ser absolutos y tener un millón de brazos», porque había continuado bajando el termómetro religioso, y crearon la institución de los ejércitos permanentes. Claro que pronto les resultó insuficiente el millón de brazos y quisieron tener asimismo un millón de ojos e idearon la policía con tal propósito. Y nuevamente les pareció poco e inventaron la centralización administrativa para tener a su servicio otro millón de oídos.

«No bastó esto, —continúa Donoso— porque el termómetro religioso siguió bajando, y era necesario que el termómetro político subiera más...

Y subió más. Los gobiernos dijeron: «No me bastan para reprimir, un millón de ojos; no me basta, para reprimir, un millón de oídos; necesitamos más: necesitamos tener el privilegio de hallarnos al mismo tiempo en todas partes». Y lo tuvieron y se inventó el telégrafo».

Y concluye Donoso su razonamiento con una profecía: «En el mundo antiguo la tiranía fue feroz y asoladora, y sin embargo, esa tiranía estaba limitada físicamente, porque todos los Estados eran pequeños y porque las relaciones internacionales eran imposibles de todo punto; por consiguiente, en la antigüedad no pudo haber tiranías en grande escala, sino una sola: la de Roma. Pero ahora,... ¡cuan mudadas están las cosas! ». «Las vías están preparadas para un tirano gigantesco, colosal, universal, inmenso;... ya no hay resistencias, ni físicas ni morales; no hay resistencias físicas, porque con los barcos de vapor y los caminos de hierro no hay fronteras; no hay resistencias físicas, porque con el telégrafo eléctrico no hay distancias, y no hay resistencias morales, porque todos los ánimos están divididos y todos los patriotismos están muertos»...

Podría habersele replicado a Donoso que esa exacerbación de la política represiva de los gobiernos, que ciertamente sigue al desmoronamiento de los diques ético-religiosos, se ha hecho progresivamente creciente por efecto también de la reacción convulsiva de una siempre acosada libertad. Es la eterna y proteica antítesis entre la ofensiva y la defensa, el viejo duelo entre la lanza y el escudo, la flecha contra la cota de malla, el proyectil balístico y las corazas. Hasta ahora la libertad había podido recuperarse de los ataques y conspiraciones contra ella y había respondido como un resorte elástico a las presiones deformadoras rebotando incontenible contra el poder y, a veces, derribándolo. Pero los nuevos atentados tienen todas las trazas de un jaquemate. El gobierno no se contentó tampoco con la ubicuidad que le brindaban el telégrafo, la radio, la televisión y los aviones supersónicos. Resistiéndosele aún la conciencia individual ha querido dominarla igualmente y ha puesto para ello a su servicio los medios más sutiles y refinados. Ha tomado casi por entero el control de la educación para adueñarse de los hábitos desde la infancia, ha absorbido o está absorbiendo inmoderadamente los medios de difusión y propaganda. Y no contento todavía con eso dispone ya de los sueros de la verdad, de las drogas suasorias, de la cirugía cerebral, de los alucinógenos degradantes. ¿Que es hasta el presente nulo o muy esporádico su uso? ¡Y qué importa si ya están ahí como una escalofriante posibilidad! ¿Haremos algo, o no, para que tales medios ominosos no puedan jamás ser utilizados? Pero ¿es que nos cabe realmente alguna medida eficaz que preserve nuestro albedrío de la catástrofe?

Reconozcamos, en primer lugar, que la cosa no es fácil. Hemos hecho al poder así, descomedido y soberano, y es ahora tarea sobrehumana el encauzarlo. No ignoremos que la necesaria dictadura a que se refería Donoso no era únicamente la dictadura unipersonal. Esta no es deseable, ni mucho menos; pero es pasajera; y para el hombre anónimo y el ciudadano gris que no concentre atenciones ni promueva competencia política, apenas significa peligros. El papel de tirano pide en torno a él un cerco de distancia. Quien no deslumbe con descollante

personalidad ni asome como rival presunto, exiguas ocasiones habrá de concitarse la animadversión o la malquerencia del tirano. Lo malo es que hay también la tiranía de grupos, de partidos, de poderes ocultos, de burócratas resentidos y de los propios representantes populares. ¡Que también las democracias, de cualesquiera signos, se hacen, muy a menudo, opresoras insoportables de la libertad! Con la diferencia de que sus acometidas vienen desde el anonimato, desde la impersonalidad, que es decir desde todos y desde nadie. Fue una democracia —no debemos olvidarlo— la que condenó a Sócrates inicuaemente; y no unos pocos jueces o jurados, sino el Consejo de los Quinientos, por una mayoría de casi triple número de votos. Fue otra democracia la que ensayó la dictadura de la guillotina y entronizó al Terror como soberano. Y es que una multitud con poder absoluto resulta más temible que cualquier dictador individual. ¿O no estamos todos al cabo de la calle de lo que nos enseña la Sociología sobre los amotinamientos multitudinarios, las «puebladas», como las llaman gráficamente en América, sin permiso de los académicos; pero con chispa y con verdad?

Un jefe autocrático, por otra parte, se aventura mucho cuando manda desde la sinrazón. Si comete atropellos, las consecuencias pesan sobre él, cuya autoridad se quedará, con eso, manifiestamente desavalada. Si, en cambio, son una Asamblea popular o un Parlamento los que incurren en arbitrariedad, su excusa está preparada de antemano: «La mayoría se ha pronunciado así; luego ese es el Derecho; y basta».

¿Y qué les cabe hacer entonces a las minorías disidentes, sojuzgadas y acaso reprimidas con ensañamiento por una injusta malevolencia mayoritaria? ¿No les reconoceremos el Derecho a la secesión, a reclamar una parte de tierra, proporcional a su número, para erigir allí su propio «Estado» autónomo, organizado según su criterio? —«Eso, jamás; —se contestará—; porque la Nación o la Patria forman una unidad indivisible!» —¿Indivisible? ¿Por qué? ¿Es el territorio para el pueblo o el pueblo para el territorio? ¿Define el territorio al pueblo, o viceversa? ¿Es forzada la pertenencia a un pueblo o posible incorporarse al que uno prefiera, si se nos muestra hospitalario? ¿Nunca podrán los marginados de un país formar otro allí mismo?

Ante tan enrevesadas preguntas no se sabe cómo salir bien. «Pueblo» y «mayoría» son términos cuyo significado y justificación tienden a enredarse en una extraña petición de principio. Si «pueblo» se confunde con «Humanidad» desaparecerán los equívocos extensionales; pero también el plural con ellos. Habría entonces, *de derecho*, sólo un pueblo en el mundo y tendríamos que descalificar como tales a cuantos hoy o ayer usaron este nombre. La voluntad del pueblo constituiría una incógnita; la «mayoría» nunca se habría fijado y menos consultado. Todas las supuestas decisiones mayoritarias que han legitimado Constituciones o cambios políticos acá o acullá serían así toscas engañifas o trampas para incautos; nunca verdades. Si «pueblo» no implica «Humanidad», cualquier otra acepción, incidiendo en convencionalismo, no podría imponerse sino por la fuerza y todo gobierno tendría que confinar su acción a quienes lo hubieran libremente aceptado. Porque si se interpreta como «raza», «pueblo» constituiría una incógnita; nadie sabría hasta dónde llegar para censarlo: ¿y qué autoridad podría legítimamente ir señalando la línea divisoria? Y si por tal se tiene «una comunidad en convivencia cooperativa constante y asentamiento compartido», uno se quedaría dudando entre circunscripciones tan diversas como «la familia», «la aldea», «la ciudad» o «el municipio». Pero, más allá de estas áreas territoriales ¿cómo elegir sin arbitrariedad entre ámbitos geográficos de tan desvaída diferenciación como los denotados por las «provincias», las «regiones» o las mismas «nacionalidades»? ¿Habrá que hacer de la Nación ese «plebiscito de todos los días», que invocaba Renán? ¿Pero a cuántos electores abarca? ¿Quiénes son propiamente los titulares de una determinada nacionalidad y por qué argumentos? ¿Y quién, y con qué derecho, estableció los requisitos para discernir la nacionalidad? ¿No se advierte que unos y otros, sobre ser

equívocos, encierran *petición de principio*? Cuando alguna Constitución afirma, por ejemplo: «Son ningurienses: 1º) Los nacidos de padre o madre ninguriense, sea cualquiera la localidad de su nacimiento; 2º) Los nacidos, en Ninguris, aun cuando sus padres sean extranjeros», no hace otra cosa que enunciar vacuidades. Tan es así, que la fórmula pudo ser válida cuando Ninguris era un Imperio universal y seguir siéndolo desde que ya Ninguris es poco más que una Ciudad-Estado, tras su desmembración en reinos de taifas. Pues, consumada la ruptura, los ningurienses por nacimiento de antes, no son ningurienses ahora, por no haber nacido en la Ninguris actual; ni son hijos de padres ningurienses, ya que los suyos han cambiado de nacionalidad radicalmente.

Pero dejemos ya las teorizaciones de cualquier índole sobre la posición del hombre ante las organizaciones políticas. Lo único cierto aquí es que, por el momento, los gobernantes y los influyentes lo deciden todo a su sabor, pues incluso queda a su criterio cuándo, dónde y cómo han de contarse las mayorías que ofrezcan respaldo y cobertura a las decisiones que, so capa de autogobierno, se les impondrán. Los gobernados —los súbditos, aunque nos guste poco la palabra— tendremos que resignarnos a la obediencia. *Y pagaremos crecientes dividendos de nuestra iniciativa personal para que, medrando en la suya, les sea más fácil controlarnos a los políticos.*

¿Hasta cuándo sucederán estas cosas? ¿Hasta que la experiencia de la frustración prolongada sirva para despertar nuevas teorías políticas, más respetuosas con los detalles! ¿Hasta que las ideologías socialistas en boga, incapaces de ocultar por más tiempo las tangibles evidencias de su fracaso conozcan la crisis de su expansión proselitista! ¿Falta mucho para que tenga lugar ese fenómeno? ¿Serán nuestros hijos —o nuestros nietos— más socialistas o menos socialistas que nosotros?

Para comprender mis pronósticos respecto al futuro hay que percatarse primero de que los movimientos socialistas y liberales, lejos de constituir fenómenos de los últimos siglos, representan, más bien, actitudes espirituales constantes que cabe detectar en cualquier época. La contraposición, tan franca hoy, entre corrientes socializantes y liberales no traduce un acontecimiento histórico recién estrenado, sin gérmenes en el pretérito, (como muchos quieren imaginar), sino un episodio más en la perenne confrontación entre la libertad y el poder, entre el subjetivismo y la objetividad, entre el instinto y la reflexión, entre la impulsiva naturaleza y la educación encauzante. La propensión al socialismo significa que se mantenga cierta supeditación *a-priori* del individuo a la comunidad, por entender que ésta tiene sobre aquél la preeminencia del todo frente a las partes —como argumentaba Aristóteles. El credo liberal descansa en nuestro propio instinto de conservación y en la íntima tendencia del hombre a su autoafirmación y diferenciación expansiva. Cuando un excesivo individualismo «de los demás» nos amenaza u oprime, reaccionamos uniéndonos más estrechamente a quienes comparten un mismo riesgo con nosotros. Nos sentimos «unos» y resaltamos el protagonismo comunitario. Cuando, inversamente, la masificación va exigiendo cuotas desmedidas de libertad y parece querer anular lo que de su yo íntimo nadie resigna, la conciencia de la propia individualidad acaba sublevándose: Se crea un consenso reivindicativo tácito en la gente y el culto a los valores transpersonales, perdidas las adhesiones entusiastas cuyo concurso es su vitalidad, languidece y declina.

Creen muchos que la creciente socialización constituye un fenómeno irreversible. Les parece ser obligada consecuencia de la (llamada) *explosión demográfica*. Por mi parte, lo dudo. La Sociedad puede, por un momento, reforzar sus estructuras cooperativas y reajustar su organización, poniendo en juego todos sus medios. Pero ¡no lo olvidemos! ninguna

configuración artificial puede ser estable. Toda conformación política supone un equilibrio precario entre fuerzas múltiples que pugnan entre sí. Y tanto las imprevisiones como los hechos nuevos, los errores de cálculo como el azar, las frustraciones o el mismísimo tedio son susceptibles de convertirse en el impacto crítico que provoque la reacción en cadena y dispare los cambios.

En efecto; la sociedad política es una voluntad reorganizadora planificada, sostenida por un aparato de poder. Como tal, absorbe y tiene cuenta de otros grupos y manifestaciones sociales que no puede diluir ni incorporárselos por completo. Mucho menos es capaz de abolir las iniciativas y resistencias individuales. De ahí que todo régimen político haya de ser, a lo sumo, una conciliación ocasional —y afortunada— de tendencias desavenidas, cada una empeñada en primar. Bajo las más pacíficas apariencias siempre se da una continua pugna! Las oligarquías gobernantes —esos pocos que siempre acaparan el mando— luchan en muchos frentes para retener el poder, incrementarlo más y más y realizar sus designios. Pero, mientras, también contienden entre sí, celosos de alzarse con la supremacía. Y todos son mortales... El equilibrio, entonces, resulta imposible a la larga. Por grandes que sean los recursos de los políticos y las fuerzas sociales coadyuvantes o que logren movilizar en su provecho, las probabilidades de prolongar indefinidamente una situación de poder se vuelven abrumadoramente contrarias. Existen, incluso, causas endógenas de ruptura. Los hábitos conformistas, el comportamiento rutinario sobre el que gravita preferentemente el orden social, no pueden extremarse sin graves peligros. Como todo futuro entraña novedades, las innovaciones terminan por hacerse condiciones inexorables de una supervivencia amenazada. Los viejos modos, a que se abraza la pereza, caducan. Y el cambio, que se impone y propaga, crea nuevos resortes de poder al mismo tiempo que compromete los principales factores de estabilidad. Evidenciados por la experiencia la imprevisión o los errores de los gobernantes, la «potestas» se ve desasistida de la «auctoritas» y la lucha por el poder recibe, así, el estímulo que necesitaba para descararse. Viene una época turbulenta, porque, cediendo las predisposiciones cohesivas, la contención artificial decae y vuelve por sus fueros cada libertad. Parece que se hace un ensayo general de naufragio político, con retrogradación a la selva, y lo único que permanece a flote es el progresivo desconcierto de una actuación anarquizante. Uno se inclinaría a creer que esta situación de inseguridad nunca podría ser duradera, con lo que, al cabo, habría de restablecerse el ordenamiento constrictivo indispensable para la Comunidad. Pero la experiencia nos atestigua que, si bien la anarquía es menos tolerable que el despotismo, puede durar, de hecho, más de lo que cualquiera se atrevería a pronosticar teóricamente.

Sea como quiera, todas las fórmulas políticas, aunque hayan nacido para colmar una necesidad, acaban por cansar a la postre, como cualquier postura de nuestro cuerpo, cómoda en un principio. De ahí que ningún régimen pueda prolongarse indefinidamente. Por muchos asideros que tenga en un tiempo, todos le irán fallando a la larga.

Esto es, en mi opinión, lo que le empieza a suceder al socialismo: Vistas las cosas superficialmente, parece que aún no ha alcanzado su cénit. Observando con más cuidado es fácil comprender que la hora de su decadencia ha sonado ya. ¿En qué me fundo para decirlo? Nuestros íntimos deseos de evasión, descubiertos en nuestra pasión por el automóvil y en la fascinación que nos producen las aventuras en el espacio, son una prueba. El advenimiento de un *sexto poder* en el escenario social nos brinda otra.

Con razón se preguntarán ustedes a qué intento referirme al hablar ahora de un *sexto poder*, porque la locución tiene todas las trazas de esotérica. Seré, pues, más explícito.

Una teoría tan antigua como para datar de Aristóteles supo distinguir tres poderes en el Estado,

de cuya conciliación acertada habría de depender el éxito o el fracaso de cualquier experimento constitucional. Estos tres poderes eran para Aristóteles: el de la Asamblea General, a la que competían las grandes decisiones políticas y, por tanto, también la legislación; el de los magistrados en conjunto, que se ocupaban de administrar o ejecutar; y el de los Tribunales de Justicia.

Que estos poderes existan en todos los Estados no puede dudarse. Que cada Constitución tenga que preocuparse de coordinarlos entre sí y que proyecte una distribución de los mismos que le parezca óptima, es también natural y a nadie le extraña. Pero que una cosa sean los planes y propósitos de los constituyentes, lo que se organiza de Derecho; y otra muy distinta lo que luego resulte en la realidad, ocurriendo de hecho; tampoco cabrá cuestionarlo. En la práctica, pese a la programada división de funciones y competencias, lo cierto es que la avidez de poder y la lucha por la supremacía hacen que lo idealmente querido no se corresponda sino por azar con lo realmente logrado. Las delimitaciones apriorísticas no se respetan. Los hombres no son iguales y no son por ello sustituibles sin efectos dispares. Hoy, por uno o unos pocos hombres enérgicos, una Asamblea consigue acaso preponderar. Mañana, en cambio, un Jefe del Ejecutivo con irresistibles dotes de mando impone su voluntad a todos los organismos públicos casi sin delatarse. Siempre hay alguien que lleva la batuta y dice la última palabra. Pero «*quién*» es lo que no cabe saber de antemano. Como el poder no se supedita a la legitimidad, sino que se tiene, o no, en efecto, ocurre también a veces que quien parece mandar no mande. Más a menudo de lo que estaríamos dispuestos a admitir están en los cargos personas cuyo poder es ficticio y que obedecen más bien que mandan. De Derecho, todas las prerrogativas de su función están en sus manos, de hecho, se encuentran sometidas a otras que se han apoderado subrepticamente del mando.

Hay, pues, en la Comunidad política bastantes más poderes que los tres clásicos. No es cosa de que los enumeremos ahora. Incluso hay que dudar si podría hacerse. Sin embargo, algunos han estado tan a la vista que se han señalado con el dedo... Y llevan un nombre. Por ejemplo: el *cuarto poder*.

Todo el mundo sabe que el *cuarto poder*, que se identificó, primero, con los periódicos, representa hoy los grandes medios de comunicación (la televisión, la radio, la prensa); es decir, los instrumentos conformadores de la *opinión pública*. En rigor, la fuerza que late tras ellos es la de las ideas, que pesan en los ánimos y que, compartidas, se refuerzan y cobran impulsión. El cuarto poder se hizo tangible en la Revolución francesa, como aglutinante de masas, al galvanizar los públicos prestos a su influencia. Y fue tan patente su efecto que Napoleón hubo de recurrir a la censura para consolidarse. «Si no contengo a los periódicos —enfaticó— no duraré tres meses». Y probablemente decía la verdad, pues una convicción colectiva, una vez formada, es difícilmente contrastable.

Claro que los órganos de opinión se suelen ver limitados unos por otros y su propia pluralidad frena muchos abusos; mas ¿cómo enfrentarlos cuando se constituyen en monopolio o cuando propalan un interés común? En ocasiones semejantes es cuando se ve cuánto pueden...

Un *quinto poder* ha hecho su entrada en el escenario histórico todavía en fecha más reciente. Con su aparición, muchas estructuras se conmovieron y reajustaron y se evidenció netamente hasta qué punto las organizaciones sociales, con calculadora estrategia, son capaces de poner en jaque, sitiar y casi desarmar al poder político. Como es dado conjeturar, me estoy refiriendo a las asociaciones profesionales, a los sindicatos, a la integración ideológica de las masas trabajadoras, movidas con estudio, en una tentativa inédita de hacerse con el poder estatal...

Por último, un sexto poder está ahora mismo comenzando a patentizar su presencia. Ha surgido sin previo aviso ni concierto, con natural espontaneidad, como en arranque fortuito. Fue, primero, una reivindicación de libertad una simple protesta no concretada, que, por eso mismo, quería significar un rechazo a la absorción por el medio. Después se propasó hasta recusar casi universalmente las tradiciones por afirmar la pretensión inmoderada de no fiar nada en los demás, de reexperimentar todo por uno mismo, de vivir en perpetuo estreno como si el pasado no fuera ya una sola cosa con el mundo.

Lo más curioso, a mi juicio, del *sexto poder*, que, debo decirlo, es *esa disconformidad general de la juventud contemporánea*, estriba en su carencia de organización, en representar *fuerza por coincidencia, sin un plan deliberado por adquirirla*. Los jóvenes se juntan, concurren accidentalmente a un lugar u otro; pero manifiestan en sus actitudes vivo recelo ante los formalismos sociales. Dan pruebas de preferir la *multitud* al *grupo organizado*. Imitan, son uniformes a su modo; pero rehuyen la constricción y el plan preconcebido. ¿No es esto, en el fondo, el desquite de la nunca ahogada individualidad contra las corrientes de masificación socialista?

**LA CIENCIA DEL DERECHO
ANTE LA CRISIS DE LAS FORMAS POLÍTICAS ⁽¹⁾**

¹ Conferencia escrita para ser pronunciada en la Universidad de Maracaibo, en Marzo de 1971. Aplazada por huelgas estudiantiles, fue leída como lección magistral en las oposiciones a Cátedra de Filosofía del Derecho en Julio de 1975, con ciertas supresiones por razón de tiempo.

Unos dos mil quinientos años atrás —si no miente Herodoto— tuvo lugar en Persia un coloquio político, que, por raro que parezca, no ha perdido ni un ápice de actualidad en tan largo tiempo. Acababa de triunfar una conspiración contra el mago usurpador que se hacía pasar por Esmerdis, hijo de Ciro, y los siete conjurados que habían dado sangriento desenlace a la tiranía deliberaban sobre la forma de organización que mejor convendría en el futuro al Imperio persa. En el curso del debate se expusieron pareceres y se dijeron cosas «increíbles para los griegos» (apuntaba el historiador); «pero que no por eso dejaron de decirse». Aconsejaba Otanes que se mantuviera en el pueblo la soberanía. Y argumentaba así: «Me parece que no deberíamos, en adelante, promover a nadie a dignidad real, pues ni la monarquía es grata ni toma como preocupación primera el bien de la sociedad avasallada... ¿Cómo la monarquía, que faculta a uno para hacer impunemente lo que se le antoja, podrá ser un gobierno justo y respetuoso del Derecho? ¿Cómo no habrá de ser peligrosa en sí misma y capaz de trastornar y desquiciar al hombre más equilibrado si comienza por elevarlo sobre los demás y sentarlo en un trono? Con la insolencia que engendra en su corazón la abundancia de toda clase de bienes y la envidia, instinto natural en todos los hombres, el monarca combina estos males y alcanza la cima de todos los otros. Lleno de sí mismo y soliviantado por su poder, cometerá por mero capricho mil atrocidades. Otras mil, por recelo; aunque, sobrándole todo, no debiera tenerlo. Pero la práctica demuestra que tal es su proceder para con los súbditos: si bien no puede sufrir que vivan prosperando quienes sobresalen en prendas y mérito, se complace en tener a su lado a los más corrompidos y depravados y siempre está pronto en proteger la delación y dar pie a la calumnia. Y nadie hay más descontentadizo que un monarca. ¿Es uno parco o contenido en admirar sus prendas y ponerle en las nubes? Pues se da por ofendido de que se falte al acatamiento y veneración debidos al soberano. ¿Se prodiga el respeto y la veneración? Entonces el desdén y el mirar a uno como adulator y mercader de lisonjas. Claro que no es esto lo peor; lo intolerable es que transiome cuando le convenga las leyes de la patria; que abuse por fuerza de mujeres ajenas; que pronuncie condenas capitales sin audiencia previa del acusado... Contrastando con este régimen, el republicano encuentra su mejor recomendación en su «isonomía», es decir, en una norma y en una justicia para todos igual, sin incidir en ninguno de los vicios e inconvenientes de la forma monárquica. La república confía a la suerte la elección de empleos; pide, después, a los magistrados cuenta y razón de su gobierno; y admite, por fin, a todos los ciudadanos en la gestión de los negocios públicos.

Tras el alegato de Otanes, Megabizo alzó su voz por la oligarquía. Tampoco él era partidario de un Estado monárquico; pero confiar al vulgo el poder soberano le parecía un dislate aún mayor. «Nadie hay más temerario en el pensar que el vulgo ignorante, ni más insolente en el querer que un vil y soez populacho. No es recomendable que, tratando de huir a la altivez de un soberano, vayamos a parar en la procacidad del vulgo, ya de suyo displicente y desenfadado. Pues a la postre, el monarca sabe lo que hace cuando actúa; pero el vulgo se conduce como le viene en gana, sin saber lo que hace ni por qué lo hace. Y cómo ha de saberlo si nadie le enseñó lo que es meritorio y loable ni es capaz de discernirlo de suyo? Como un toro, arremete una y otra vez

con los ojos cerrados. O peor aún: a modo de impetuoso torrente lo abate y arrastra todo. ¡Haga, pues, Dios que no los persas, sino los enemigos de los persas dejen el gobierno en manos del pueblo! »

Frente a tales pareceres, Darío tomó la palabra para defender enérgicamente a la institución monárquica: «Subscribo —dijo— cuanto tocante al vulgo acaba de manifestar Megabizo; pero discrepo en su elogio de la oligarquía. En mi opinión, de las tres formas de gobierno citadas, la monarquía es, con mucho, la mejor. Porque nadie más indicado para gobernar que un varón en todo grande y sobresaliente, que, asistido de prudencia política no inferior a sus eminentes talentos, sepa regir la totalidad del reino de modo irreprochable y pueda actuar con todas las ventajas del secreto en las prevenciones que cumpla adoptar contra los enemigos de la patria. Rechazo la oligarquía, donde la pugna de muchos por dar pruebas de valor y granjearse méritos ante el público, hace que con la emulación crezca la aversión y el odio de unos para con otros. Pues queriendo cada cual ser promotor y cabeza en las resoluciones públicas, será forzoso terminar en mutuas enemistades y grandes discordias. De aquí pasarán a las sediciones de los partidos hasta que la mortandad resultante imponga la monarquía, prueba real cíe que es éste el mejor de los gobiernos posibles. ¿Pero qué decir del Estado democrático, en el cual es imposible que no vayan anidando el cohecho y la corrupción en el manejo de los negocios? Adoptada una vez esta lucrativa iniquidad y familiarizada entre los que administran los empleos, en vez de odio no engendrará sino harta unión en los magistrados de una misma gavilla, que se aprovechan privadamente del gobierno y se cubren mutuamente por no quedar en descubierto ante el pueblo. Es así como suelen andar los negocios de las repúblicas hasta que un magistrado íntegro les aplica el remedio y logra que el público desorden finiquite. Con esto, viniendo a ser objeto de la admiración del vulgo, ábrese camino para llegar a ser monarca: ¡nueva prueba de que el gobierno de un rey constituye la culminación de los otros!

El discurso de Darío decidió la cuestión. Los cuatro septenviros que no se habían pronunciado aún se inclinaron a su parecer y, de resultas, Persia continuó bajo gobierno monárquico.

¡Cuántas lecciones no podríamos derivar, aún hoy, de esta tradición antiquísima que nos ha conservado el padre de la Historia!

Hay que reconocer, en primer lugar, que, con perspicacia psicológica nada común y concisión flagrante Herodoto ha logrado una versión feliz de los principales argumentos que suelen aducirse en pro o en contra de cada particular forma política. Más aún: Ha sido certero también al referir las circunstancias de la polémica. Los interlocutores (tan apasionados entonces como hoy) no afrontaron desde perspectivas comunes y uniformes los temas en debate, ni se mantuvieron siquiera durante sus respectivas intervenciones en el mismo plano controversial. Al igual que ha sucedido siempre en disputas de carácter político, el tránsito de lo real a lo ideal, de lo estadístico a lo abstracto se operaba casi constantemente, pues a nadie se le había ocurrido poner en duda la legitimidad de semejante procedimiento lógico. Se hablaba de cosas realmente diferentes y en diversos niveles de lenguaje; pero la confusión de tiempos en la memoria hacía muy difícil percatarse de ello. Otanes resaltaba, en especial *lo que solían hacer*, a su juicio, los reyes. Darío apologizaba sobre *todo cuanto podrían hacer* en bien del pueblo. Pero, al hablar de la república, la misma pasión que inspiraba a Otanes su sublimación idealista ponía en boca de Darío la más descarnada de las descripciones. Y con análoga inconsecuencia Megabizo, tras defender a la aristocracia con argumentos abstractos, al afirmar que las más acertadas resoluciones tienen que ser adoptadas por los más capaces, reprochaba a la democracia los vicios que muy a menudo la inficionan.

Había, en segundo lugar, en los argumentos de Darío una observación de suma importancia. La

democracia y la oligarquía —venía a decir— son, por sí mismas, inestables. La última, porque desata una sorda lucha por el poder hegemónico. La primera, porque sus corruptelas y trapiconderías justifican, en fin, que alguien con energía les aplique el remedio... y se quede con el poder.

No hacía falta añadir a buenos entendedores más largos raciocinios. Por eso será de justicia señalar que la teoría cíclico-evolutiva de las formas políticas que, arrancando en Platón y culminando en Aristóteles ha resonado en nuestro siglo Hauriou, tiene, cuando menos, su primer atisbo en Herodoto.

Tal es la segunda lección que encierra para nosotros el texto comentado.

Pero hay aún una tercera lección, tal vez más importante. Cuando Herodoto estaba relatando el episodio que acabamos de revivir cabría señalar realmente en el mundo verdaderas monarquías, repúblicas, sistemas oligárquicos. Eran formas de gobierno perfectamente definidas, que cada uno sabía llamar por su nombre, y perfectamente identificables en cada lugar del planeta. Cualquiera sabría decir en cualquier parte qué especie de ordenación política prevalecía allí y qué persona o qué círculo de personas estaba en ejercicio del poder supremo...

Hoy, en cambio, los mejor avisados tienen que registrar una diferencia enormemente sintomática con aquella época. Aunque también se dan en la actualidad (¿cómo no?) las mismas tres modalidades de organización, casi siempre se nos presentan camufladas y es sumamente raro, sumamente insólito, que cada cual se atreva a ostentar con franqueza el verdadero nombre que le cabe. El poder *real* parece hoy tan timorato y lleno de miramientos que no cede a la tentación de manifestarse al natural y mucho menos a la de descararse. En el siglo del bikini, de la minifalda y del «destape», de los alardes de autenticidad y espontaneidad en vida y artes ¿no resulta extraño que todo el «pudor» dé la impresión de haberse refugiado exclusivamente en la esfera política? ¿Es que no eran hasta hace poco los hombres «públicos» los que tenían que resignarse a carecer, casi por entero, de vida «privada»? ¿Pues qué clase de cambio se ha producido en el mundo para hacer posibles todas estas cosas y para que ni siquiera resulten chocantes? ¿No es acaso la praxis política una ejercitación continuada del eufemismo?

La explicación es bastante simple: Con todos los recursos y con toda la refinada técnica de que disponemos desde las últimas centurias hemos hecho una propaganda tan intensa de la democracia, que hoy, cuando la noción de pecado parece abolida y nadie hay que no se crea facultado a reexperimentarlo todo por sí propio, ningún pueblo y casi ningún individuo se siente con derecho, o reconoce el derecho a los demás, a disentir del tópico y a probar y comprobar las formas políticas que le plazcan.

¿Es que la democracia *es la verdad* y, por ende, un absurdo dañino renunciar a ella? Aunque nadie comete la osadía de sostener tal cosa de plano, pues la Epistemología científica ha reservado el término «verdad» para sectores gnoseológicos bien diferentes de los que usufructúa la práctica política, indirectamente se viene a decir algo que tanto monta, aunque con cautelas y disimulos para que ni aún los más suspicaces se sobresalten. Lo que se pregona *urbi et orbe* con machacona constancia desde todos los medios informativos viene con tales aires de moderación, tan sabiamente aderezado por los magos de la publicidad, que toma por sorpresa y tan desprevenida nuestra capacidad crítica que se rinde incondicionalmente antes de emplearse. El caso no es para menos. ¿O cabe, quizás, mayor circunspección y menor dogmatismo que el que exhiben los precavidos defensores de la democracia cuando toda su apología del sistema que encomian se reduce a calificarlo como «el mal menor»?

Mil y mil veces hemos oído todos la misma frase: «La democracia no es perfecta; pero es el menos malo de los gobiernos que el hombre haya inventado».

¿Qué significa esta afirmación? ¿Qué rango de confiabilidad merece? ¿Quiénes y por qué la difunden? ¿Qué efectos habrá podido producir su divulgación en la masa?

Tales preguntas no son —cualquiera lo comprende— de fácil respuesta. Y más de una alberga problemas capaces de sumergirnos en la perplejidad. Pero, a pesar de todo, vamos a tener el valor de encararlas.

Comencemos por orden: ¿Qué es lo que se trata de enunciar realmente cuando se sostiene que la democracia es el menos malo de los gobiernos? Como salta hasta la evidencia, una de estas dos cosas: O que es el mejor de los gobiernos *posibles*, o que, hasta donde se ha comprobado, ha resultado el mejor de todos los gobiernos *reales*. ¿Con cuál de las alternativas del dilema se quedan ustedes? ¿Con la primera? Pues veamos, entonces, qué sentido pueda tener aquí la palabra «posible». ¿La interpretaremos como dando a entender «el mejor gobierno que quepa concebir en teoría» o la reservaremos, más bien, para designar «el mejor gobierno realizable en la práctica? No me parece a mí que nadie relegue el problema a un transmundo apriorístico y puramente lógico: sería tanto como desnaturalizarlo. ¡Las formas de gobierno comienzan sólo a ganar su carta de naturaleza cuando cuentan como *proyectos realizables*! Luego, una de dos: O la frase significa que la democracia es el mejor de los sistemas políticos experimentados hasta el presente o el menos malo de cuantos un día podrían llevarse a la práctica.

Puestas, así, las cosas, debemos tratar de inquirir qué tal ha funcionado la democracia como forma política ensayada ya por los hombres, aunque esto nos obligue a concretar primero *qué es* y después a puntualizar en qué países se vivió felizmente y a nivel de modelo el experimento democrático.

Entonces, preguntémonos, ante todo, cómo se define la democracia. Fíjense bien en que empleo deliberadamente *el impersonal* y no las formas pronominales del verbo. Esto quiere decir que no me preocuparé en absoluto por cómo y quién *nos* defina la democracia. No voy a tener en cuenta aquí ninguna opinión particular sobre el asunto, ni siquiera, de momento, la mía propia, no sólo por no creer a nadie juez imparcial para emitirla, ni tampoco porque nos perderíamos así en una baraúnda de apreciaciones discrepantes, sino, sobre todo, porque lo único que importa respecto a la calidad de cualquier posible definición es si da o no la esencia del objeto. Bien; ustedes me dirán (me parece leer sus pensamientos) que en menudo callejón sin salida me estoy metiendo: He desechado a-priori todas las definiciones, tanto doctrinales como *ad usum popularium*, ¿como, pues, me las voy a arreglar para enjuiciarlas? ¡No pasen cuidado por mí —se lo ruego!— Como cualquier prestidigitador que se estime o como cualquier perito en las técnicas del suspenso tengo mi golpe de efecto bien estudiado. Me voy a valer de un expediente matemático muy socorrido y podré salir sin daño y aun con fortuna del atasco. Sea, así, x, cualquier definición preconizada; incluso esa misma que usted está enunciando ahora y que yo ignoro. Yo no necesito saber para nada qué valor particular tiene en su mente la variable x (representativa de los supuestos posibles de democracia), puesto que mi propósito es generalizar una afirmación para todos y cada uno de los valores evocables. Pero usted ya tomó partido íntimamente y, por mi parte, no haré más que pedirle que examine su propia definición, a tenor de algunas reglas epistemológicas que vamos a sentar enseguida. Corresponden a una lógica poco difundida aún; pero me parece que bastan sus propias evidencias apodícticas para su respaldo.

Según ustedes saben, la Lógica se ha escindido actualmente en sectores autónomos. Y se tiende a creer, que al igual que la Geometría, su definitiva unidad es irrecuperable. Habría, así, Lógicas; no Lógica, propiamente dicha. A mi entender este resultado es parcial y provisional. Hay algo que da el necesario denominador

común a la Lógica... y a todas las actividades humanas. La Lógica, como la Ciencia y tantas otras cosas, no nos las tropezamos los hombres en el mundo como sólidas realidades de la creación, sino que tenemos que construirlas: son hechas de nuestro ingenio. Arrancan de una «idea-matriz» o «proyecto», inferido desde alguna «penuria» de algún «ser», y para removerla; persiguen un fin u «objeto ideal»; pero consiguen solamente como «resultado» una «aproximación», no un «calco». Los proyectos se **ensayan** en «modelos» a prueba; cumplen, o no, su «objeto» pragmático; se valoran, en razón de «eficiencia», según su «rendimiento» y «esmero»; tienen una «ley de sustitución»; según la cual se «remodelan» para corrección y reforma; ganan «mejoras» e ingresan en un ciclo ininterrumpido de pruebas constantes.

Salta a la vista por lo dicho que un «proyecto» no puede ser definido de la misma forma que los «modelos» en que ya se ha plasmado.

Por eso, debemos preguntar: ¿Dónde está esa entidad incógnita, llamada **democracia**, que ustedes han abrigado el propósito de definir? ¿Se encuentra en las mentes de ustedes, como «proyecto», o en alguna realidad mundana, como un hecho social observable?

Hace sólo un momento (¡todos lo recordarán muy bien!) habíamos rechazado la tesis de que la democracia pudiera tener sentido en un ámbito de mera posibilidad; pero tal vez ahora el nuevo planteamiento torne dudoso el tema para muchos, así que lo reexaminaremos una vez más. ¿Cuáles son las condiciones de definibilidad de un «proyecto»? En otras palabras: ¿Cuándo se podrá **dar por definido** un «proyecto»? No, evidentemente, mientras se encuentra en gestación, en esbozo, en estado germinativo, pues, en tal etapa de transición no puede constar aún su esencia —y sin ella mal podría definirse. Luego el proyecto se va definiendo mientras se formula y su definición cabal habrá de coincidir precisamente con su formulación completa. Más aún. Como el proyecto no es sino la previsión anticipada del objeto por conformar, la esencia del objeto y la substancialidad del proyecto tendrán también necesariamente que confundirse. Y por eso mismo **un proyecto radicalmente irrealizable** tiene que constituir una contradicción en los términos. Será «utopía»; vale decir, algo «infundado», que no encuentra lugar donde realizarse. En cambio, lo realizable únicamente **en parte**, lo que siempre, en alguna medida, tiene que pender sin ser logrado, constituirá «ideal», pues siempre dejará más allá de sus momentos concretos alguna parte «inasequible» como pura «idea».

¿Cómo conocer si un proyecto es, o no, factible? ¿Cuál será «la» **prueba** decisiva de su practicabilidad o impracticabilidad? A fin de cuentas, no puede ser sino una: el haber conseguido su realización en algún ejemplar concreto. Mientras no exista, pues, el ejemplar concreto que se corresponda, en esencia, con las líneas substanciales del proyecto arbitrado, la practicabilidad de este último tendrá que permanecer en entredicho. Podrán encontrarse entretanto indicios más o menos fundados de su factibilidad, deducidos por analogía; pero nada seguro ni concluyente. Para definir las realidades culturales —las obras humanas— hay que ir a los ejemplares que las muestran no a los proyectos que se limitan a auspiciarlas y prepararlas. Pues en éstos hay que presumir, en principio, que lo no realizado, lo «ideal» es, cuando menos, de practicabilidad dudosa y, en todo caso, inesencial al propio proyecto, ya que de ser esencial y no realizado, el proyecto carecería aún de casos ejemplares. (No se realiza la cosa como es obvio, mientras no se realice su esencia).

Amén de estas razones, si la democracia consistiera en «proyecto» tendría que ser un proyecto «suyo» (de cualquiera de ustedes), «mío», o «el» o «los» proyectos de todos o algunos de nosotros. Imaginemos, primero, que sea un proyecto «individual» (de cualquiera de ustedes o mío). En todo caso, eso que cualquiera de nosotros puede concebir por sí solo, al estribar necesariamente en un quehacer colectivo continuado, habrá que realizarlo entre muchos, previa su **participación** a los colaboradores indispensables. Y huelga decir que cada partícipe, queriendo o sin querer, acabaría por introducir en el proyecto ajeno su «ecuación personal»: su

propia idiosincrasia.' modos, hábitos, creencias, temores y ambiciones. Luego, al fin y a la postre, el proyecto inicial (suyo o mío) tendría que convertirse previamente en «el» **nuestro** para ser practicable. Pero ¿cuál sería «ya» «nuestro» proyecto? ¿Cómo descubrirlo? ¿Habrá que buscarlo mediante encuestas y estadísticas, como algo compartido tácitamente y difuso en la masa? ¡Mal podríamos! ¿Cuántos miembros de una comunidad cualquiera tienen, ni siquiera en bosquejo, un plan coherente de sus aspiraciones democráticas? Aunque se diera en una minoría cierto proyecto germinal, la forma política que se instalara en la experiencia lo desbordaría por completo para venir a ser «**un resultado**».

Tal vez suenen a pesimistas en exceso estas aserciones a un sector juvenil y entusiasta, el cual quizás me objete que una adecuada expansión cultural creará la futura base de autoconciencia democrática que haga realizable la democracia. No negaré jamás la naturaleza progresiva —aunque discontinua— del progreso humano; pero no por esta creencia voy a cerrar los ojos a evidencias irrefragables. Tengan en cuenta que no hay consenso más difícil de obtener que el consenso... en los sueños, en los proyectos ideables. No sólo lo testifica la Historia y la experiencia de cada día, sino incluso la experimentación de laboratorio. ¿Quién hay que crea —sin práctica— que su plan es inferior al de su vecino? Si todos no sintiéramos instintiva tendencia a nivelarnos, cuando menos, con los demás, ¿habría nacido acaso —bien a contrapelo de los hechos— ese principio «idealizador» de igualdad humana? Pero hay aún razones de mucho más peso contra la posibilidad de una asimilación general de cualquier proyecto democrático. Para intuirlos, hagámonos cargo, primero, de las exigencias que entraña la divulgación de semejante proyecto. Todos ustedes han visto esbozos de particulares proyectos democráticos. ¿Cómo no, si cada Constitución es uno de ellos? Pues bien, una Constitución, como la venezolana actual, con sus 252 artículos y un buen pico de disposiciones transitorias, está bien lejos de haber llegado a formular un proyecto cabal, bien definido, de democracia. Y no precisamente por deficiencias peculiares que puedan afectarla con exclusividad, sino por la complejidad abrumadora consustancial al planeamiento meticuloso de un Estado moderno. Incluso todo el Ordenamiento jurídico-positivo de un país es un proyecto todavía incompleto de su forma política, pues, como nadie ignora en una Facultad de Derecho, ningún sistema normativo, por hipertrófico que parezca, ha llegado hasta ahora a prever siquiera los actos jurídicos más importantes. ¿Y cuántas personas, aun proponiéndoselo, han sido capaces de llegar a conocer a fondo un Derecho? ¿Podrá esperarse, entonces, que logre la masa, sin consagrarse íntegramente a este designio, lo que no consigue en toda una vida una minoría selecta de especialistas?

En resumidas cuentas: Yo no creo en la posibilidad de una conciencia democrática generalizada, por dos argumentos supremos: El primero, porque dicha conciencia requeriría tal nivel de especialización que anularía de hecho una de las necesidades sociales más importantes: la de dividir el trabajo. Y tendríamos, así, que dedicarnos todos no a producir, bienes y servicios, sino a estudiar democracia. El segundo, porque ni un proyecto se mantiene idéntico a sí mismo cuando los hombres cambian, ni ninguna realidad política es la misma mañana que hoy. En el relevo constante interindividual e intergeneracional las ideas y los hechos tienen que sufrir avatares.

* * *

Ignoro si a estas alturas se habrán convencido ustedes de la radical indefinibilidad de la

democracia. De todas suertes, por si no fuera así, voy a echar mano de un nuevo alegato complementario.

Por virtud de la significación etimológica del propio substantivo, hay una prístina asociación de ideas entre «pueblo» y «demo»-cracia. Podremos no saber qué papel se reserve o deba reservarse al pueblo en la teoría o práctica política; pero éste aparece siempre como sujeto de referencia o denominador común en todos los intentos democráticos. El tópico famoso que enarbola y entrega a los vientos la consigna de «un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo», se basa precisamente en esta consideración semántica enteramente superficial. Podríamos ensañarnos maliciosos con tan demagógica sentencia preguntando no más qué es eso de un «gobierno del pueblo». Pero nos limitaremos a cuestionar, más en la raíz, qué significa aquí el término «pueblo», pues justo por creer saberlo todo el mundo, no lo sabe nadie.

«Acostúmbrense a desconfiar de las palabras». He aquí un consejo que viene siempre a cuento cuando uno se propone escalar las cimas científicas en el aprendizaje. Quien recibe las palabras según su «valor de mercado», sin irles a los adentros, no será nunca hombre de Ciencia, y menos, filósofo. ¡Las palabras dicen tanto y se hacen tan nuestras que nos dejamos dominar por ellas y acaban engañándonos! ¿Verdad que parece candidamente simple e inofensiva la palabra «pueblo»? Pues, cuidado: aun dista mucho de estar «domesticada» Y no exagero, como vamos a ver.

¿Qué significa, en efecto, la palabra «pueblo»? En apariencia algo muy concreto, que se puede delimitar y que se ha delimitado a perfección: el conjunto de los habitantes de un país. Y hay tanta claridad y univocidad en esta fórmula que podemos «censar», contar uno a uno los pobladores de un país sin equívocos ni ambigüedades. ¿De dónde arranca, entonces, nuestra perplejidad? De una evidencia lógica paladina: El término «pueblo» constituye una variable semántica con dos valores extremos absolutos o, en el peor de los casos, paramétricos, y toda una gama de valores medios tan relativos que su determinación es siempre provisional y está sujeta a coordenadas convencionales que el uso puede alterar *sin previo aviso*. ¿Lo dudan ustedes? Pues palpen por sí mismos la prueba: En la espaciosa ínsula de su fantástico relato Robinsón era todo el pueblo: una magnitud fija, constante, durante largos años. En la pequeña isla de nuestro planeta minúsculo, arrastrado hacia sabe Dios dónde en el espacio, todos los hombres somos «el pueblo», aunque en un número que cambia a cada instante. Pero ¿qué es el pueblo, más allá de estos valores límite? ¿Hay alguien que lo pueda decir? ¡Vana esperanza! «Hacer parte del pueblo» se resuelve tanto en una graciosa concesión de los poderosos y en el privilegio de unos cuantos como en el reconocimiento arrancado por fuerza de pocos a muchos o de muchedumbres a minorías. Coteruco de Abajo es hoy parte de Coteruco Federal y un pueblo solo. Mañana sopla una racha ideológica que reclama la diferenciación o estalla una contradicción de intereses y surgen como pueblos aparte Coteruco de Arriba, Coteruco de Abajo, Coteruco del Medio y hasta la ciudad libre de Coteruquito la guapa. ¡Ya tenemos ahora reivindicada la personalidad de cada pueblo! ¿Se ha logrado, por fin, la *unidad mínima natural*? No se hagan ustedes ilusiones. Mañana mismo la patética oratoria de un gran líder galvaniza los ánimos y los minipueblos afirman su gemelismo fraternal y no admiten otra verdad que la de «su» magna Coterucilandia.

¿Quién es, pues, «el pueblo»? ¡O es la humanidad entera, o no puede saberlo nadie? Y si el pueblo viene a parar en una creación continuada (Lazarus) o en un plebiscito cotidiano (Renán), no será siquiera un hecho estadístico valedero, sino la misma incertidumbre e inestabilidad. A su lado, el río de Heráclito es permanente. Aquí nunca se sabe hoy si algún dato de ayer sigue valiendo o falla.

¿Gobierno del pueblo para el pueblo? ¡Vanas palabras si lo que pueblo significa no se puede

determinar! Como última ola que se abate en la playa, ahí ha venido a resolverse en burbujas sonoras nuestra pretensión de indagar cómo ha funcionado en el mundo el experimento democrático... ¡Si no nos cabe saber cuando hay democracia, menos podremos averiguar dónde se dan ejemplos concretos de verdadera democracia!



Si con el mismo rigor implacable con que hemos enjuiciado el llamado gobierno popular nos consagráramos al análisis de otras formas políticas, no obtendríamos muy diferentes resultados. ¿Qué les parece si nos enfrentáramos ahora con la monarquía? Bah, no vale la pena —creo oírles decir—: La monarquía es un régimen en trance de extinción. Ya casi no hay reyes en el mundo. Y el oficio de los pocos que restan más parece decorar que mandar...

Sí, hay muchos que piensan —incluso entre la gente cultivada— que la monarquía ha desaparecido prácticamente del escenario político mundial. Pero otra vez debemos prevenir contra el uso ligero de las palabras y la aceptación dogmática de las apariencias. La monarquía no ha de ligarse necesariamente a la etiqueta palatina ni a la sucesión por herencia ni, menos aún, al franco empleo de la clásica denominación. Augusto nunca se tituló rey, ni abolió jamás «verbalmente» las formas *nominales* republicanas. Era «imperator» —que entonces significaba general— con lo cual tenía al ejército bajo mano; era cónsul y procónsul, y así podía gobernar en Roma y en las provincias; era príncipe del senado —es decir, el primer senador— y quién osaría serle contrario en los debates?; era tribuno de la plebe, con lo que se ganaba la inviolabilidad tribunicia y un precautorio derecho de veto, por si acaso; era censor, y calificaba a los ciudadanos y hacía y deshacía senadores. Y, por si esto fuera poco, la pretura ponía el poder judicial bajo sus cuidados y el pontificado lo exaltaba hasta la jefatura religiosa. ¿Sólo por no llamarse rey, podría Augusto decir tranquilamente: «Sin novedad en la república romana»?

No, no hay que alucinarse en las apariencias, ni dar crédito porque sí a las palabras. La monarquía es, en última instancia, una irradiación concéntrica del poder, una responsabilización de la periferia desde el centro, un deberse y depender la pluralidad ejecutora de una energía inspiradora individual. Por eso, aun esquivando la palabra temible, muchas sedicentes repúblicas presidencialistas son auténticas monarquías disfrazadas. Donde quiera que un presidente con facultades de gobierno encuentre una mayoría parlamentaria incondicional que lo respalde —y en tanto la tiene— es de hecho y de derecho un monarca. ¿Que no ha dejado de haber república, pues es ese un supuesto normal que la Constitución no reprueba? ¡No importa! ¡En cuestiones de hecho lo único que cuenta es lo que realmente pasa! Y lo que pasa, así es que bajo el título de presidente y salvada en su letra la legalidad republicana, hay la más llamativa unidad de mando e, incluso, la tan temida absorción del poder. Porque si bien el poder legislativo no corresponda «teóricamente» al presidente, ya se encargará su partido, si él es un auténtico líder, con los carismas que galvanizan, de hacer que cuajen en el congreso las normas que desee promulgar. ¿Cuándo faltaron los aderezadores complacientes a quien sabe mandar con imperio?

La diferencia —se dirá— entre la monarquía y el sistema presidencia-lista reside en que dentro del último el presidente es electivo y temporal, no vitalicio, ni, menos aún, hereditario. ¡Tengan, una vez más, cautela; y no se dejen adormecer por la música fascinante de las palabras halagadoras! De hecho, el presidente que maneje de veras un partido fuerte se convertirá, siempre que así lo quiera, en «vitalicio», a condición de que no le falte el temple cesarista y explote sagazmente un principio de popularidad. Podría invocar centenares de ejemplos

confirmativos de ayer y de hoy; pero ustedes los conocen de sobra. Por eso prefiero referirme a casos imaginarios de países fantásticos, pues si valen de veras como paradigmas de situaciones constantes, cada uno de ustedes revivirá en ellos familiares recuerdos de pasadas épocas.

En los Estados Unidos del planeta Irmenia hubo una vez un presidente Rosicler que accedió al mando en época de vacas flacas. Era un político perspicaz y sabía muy bien de qué terribles males adolecía su país. Luchaba contra intereses poderosísimos, en circunstancias críticas, y no era de hacedero pronóstico su victoria. No obstante, la logró. Se impuso a todos con tenacidad inquebrantable y ni un tremendo padecimiento físico frustró sus proyectos. Necesitaba introducir cambios constitucionales, cambios sociológicos muy profundos; imprimir a las normas y a los jueces de su patria nueva conciencia y todo un giro allende los noventa grados. Quiso; y lo hizo. Su obra se vería amenazada si no era reelecto una y otra vez... Y fue reelecto siempre, contra inveterados usos electorales. De hecho, se perpetuó en el poder, pues no lo perdió hasta su muerte. Díganme, pues, si he biografiado a un presidente o a un monarca.

Trasladémonos ahora al planeta Sibia, un curioso mundo donde cada habitante tiene en su intrincado subconsciente un complejo contradictorio de inferioridad ajena y superioridad propia... Allí hay, como habría de ocurrir, un dictador en cada despacho, en cada ventanilla, en cada cargo público. Por eso, nada puede extrañar que el gobierno sea tradicionalmente monárquico: a reyes, sólo reyes lograrán regirlos. Se hizo (es la verdad) un par de ensayos de repúblicas; pero terminaron, como había que barruntar, con brotes crecientes de anarquía y con una almoneda de poder en la calle. Luego, guerra civil y un nuevo monarca omnipotente al que nunca gustó alardear de trono ni corona. ¿Nombre de rey, a qué? ¿No vale bien París una misa? ¿Pero no es rey de veras el que puede otorgar la regia investidura a quien le place?

Creo innecesario multiplicar los ejemplos, pues entra por los ojos que el poder monárquico está bien lejos de haber caducado. Sin reglas o con ellas el hecho consta ahí con presencia axiomática: íter pares, se reparte el poder; donde hay un César, nadie sino César puede ejercer el mando.

No vaya ninguno a creer, a la deriva de los razonamientos anteriores, que, al revés que la democracia, represente la monarquía una forma política fácil de definir y aún más fácil de practicar. En rigor, toda manifestación de poder es constitutivamente oligárquica. La democracia y la monarquía han de verse, más bien, como idealizaciones hipotéticas, como dos tendencias extremas hacia las que puede ser atraída una oligocracia.

En efecto; la organización del poder admite dos modalidades estructurales, que cabría denominar *concentrada* y *dispersa*. La primera se dejaría caracterizar por la concurrencia de las siguientes particularidades distintivas: a) Irradiación centroexpansiva del poder; b) régimen personalista y de unidad en el mando; y c) delegación jerárquica y subordinación continua desde la cúspide hasta la base.

La segunda modalidad de organización se haría notar por estos otros rasgos: 1) Fragmentación intencionada y estratégica del poder; 2) régimen legalista, de especialización por funciones, coparticipativo y colegiado; y 3) autonomía jerárquica con libre iniciativa para el ejercicio de cada función y el deber de cooperar entre sí los diversos órganos.

Olvidemos por unos momentos nuestras predilecciones ancestrales por las formas republicanas o monárquicas, con la neblina roja de su alto potencial emotivo empañándolas, y preocupémonos sólo por averiguar qué sentido cobra en nuestros días la enconada polémica. Tal como la hemos enfocado, pierde notoriamente buena parte de su inveterada virulencia. Ahora nos encaramos con un problema organizativo concreto. Pretendemos saber cuál de estas dos formas extremas de

estructuración del poder haya de resultar *mejor* o *peor*. No mejor o peor en términos absolutos, que sería continuar debatiendo sin-sentidos, sino mejor o peor *para realizar cumplidamente algún cometido particular*. Antes, en las viejas disputas sobre las formas de gobierno, solía pasarse por alto esta matización. Se decía —sí— que el fin de todo gobierno era el bien general de los súbditos y no el bien particular de los gobernantes. Se decía que el mejor gobierno era el que estaba más propenso constitucionalmente a fomentar ese «bien general» de los ciudadanos; pero no se reparaba en que al hablar así más se esquivaba el problema que se planteaba científicamente; es decir, de un modo tal que la solución pudiera estar precontenida en los datos. Nosotros, en cambio, debemos, ante todo, remachar que la noción de bien es, no sólo vaga y evasiva, sino también un avispero de peligrosas situaciones contradictorias. Porque ¿de qué bien se habla? ¿De todo bien? Pero ¿qué es bien? Y, sobre todo, ¿quién definirá lo que es bien? ¿A qué bienes se atenderá primero? ¿Cuyo es el bien que prime sobre todos? Ninguna de estas preguntas puede eludirse y ninguna se resuelve con facilidad ni está presupuesta en los datos. Un ejército de bienes nos asalta confuso. Ahí tenemos, para muestra, el bien moral, en conflicto, muchas veces, con el jurídico y, más aún, con el económico; el bien del estado, resistiéndose cada día al bien específico de la Humanidad; el bien social y el bien de los individuos, tan a menudo en pugna; el bien de los hijos y el bien de los padres; el de los nacidos y el de los por nacer (que también tienen derecho al mundo) y cuyos intereses se oponen a los nuestros con frecuencia. En fin: —un enredo sin compostura.

En aras del progreso económico, por ejemplo, podríamos justificar sin escrúpulos la condena de toda una nación a trabajos forzados. Por motivos de moralidad; por ese bien tangible consistente en hacer a todos mejores, ¿no cabría igualmente abolir las diversiones calificadas de peligrosas e implantar un rígido ascetismo? Si, en otro polo, considerásemos a la selección natural como un bien supremo para el género humano ¿no quedaría automáticamente legitimada la ley de la selva, la «purga» de individuos o aun de razas tachados de inferiores, la práctica de la más severa eugenesia y otras mil vejaciones similares?

Buscar una solución política a este problema sería agravarlo. La pugna ideológica es, antes que nada, pugna de axiologías y disiente sobre cuáles son los bienes y cómo jerarquizarlos. Incluso una solución por votos entraña peligros, pues ni en nombre de una mayoría real o virtual, efímera o constante cabría admitir que las minorías fueran sojuzgadas o exterminadas. Los valores condicionan, sí, la toma de posición sobre el problema de las formas políticas; pero lo dejan subsistente como vórtice de perturbaciones sociales. Quien preconice, pongamos por caso, que la finalidad más urgente que apremia hoy a todas las naciones estriba en lograr aceleradamente el desarrollo, impondrá sobre todo gobierno el santo y seña de la eficacia y exigirá que se reconcentre el poder, que se supriman formalismos y trabas, que se concedan franquicias y se dejen las manos libres a los políticos. En general, todos los que esperan mucho y reclaman mucho de los gobiernos tienen que estar dispuestos a darle mucho también en cambio. Y los que más bien desconfían de los gobiernos y temen sus excesos y errores procurarán gobiernos más pasivos y menos eficaces.

Sí; una forma de gobierno es mejor o peor para este o aquel designio. Pero ¿cuál es su designio más importante? ¿Qué unidad de medida siempre válida permitirá juzgar y decidir inapelablemente sobre la calidad de un gobierno? ¿Deberán los gobiernos tender a la acción o a la pasividad?



Casi suena hoy a herético proponerse en voz alta estas preguntas. Todo el mundo, prácticamente, comprueba, con franqueza o sigilo, el auge de la fuerza y el menguante de todo lo privado, de lo que venía siendo desde antaño íntimo y personal. Donde no surge un poder monárquico, se hacen, tal vez, más agresivos todos los poderes, o, lo que es lo mismo, se hipertrofia la administración. No quiero decir —según es uso— Derecho administrativo, porque, sinceramente, no creo que ese adjetivo y ese sustantivo puedan coexistir. Para mí, lo administrativo no admite —tal como ahora es— esencia jurídica. Y los administrativistas, pretenden, de ordinario, aún más: Pretenden que el propio Derecho se doblegue y adjetivice ante la administración o ante la economía; que los gobernantes puedan decretar cuáles son los bienes y cómo habremos de proceder nosotros para conseguirlos. Quieren que dejando de ser «forma vivificante», el Derecho, como cera en sus manos, se convierta en *materia...* mortificada por lo que no es sino arbitrio político.

Con tal concepción del Derecho ¿qué pueden importar unas u otras formas políticas? Desde que el mundo es mundo, todavía no se han inventado más que dos maneras de gobernar: O con la razón —con la Ciencia— o con la voluntad arbitraria. El gobierno según la razón, esto es, supeditado a métodos científicos, se confunde con el Derecho, que deberíamos denominar mejor Irenología o Ciencia de la paz; y consiste en libertad compatibilizada con toda otra libertad, de individuos o grupos, de gobernantes o gobernados; pero sin privilegios para nadie y totalizando siempre, sin disipación, las magnitudes iniciales. Lo malo es que gobernar con la razón, o, lo que tanto monta, haciendo Derecho, tropieza con una enorme dificultad, pues requiere el concurso de la cosa que anda más escasa en el orbe; es decir, del talento. En cambio, gobernar a boleo es lo más fácil, pues basta contar con lo que más abunda: el capricho.

Si el Derecho no se toma en cuenta, da lo mismo que el poder se cometa a una persona o a todo un público. Si el que gobierna caprichosamente es uno solo, el capricho resulta más difícil de tolerar, ya que son muchos a sufrirlo. Si el capricho emana de centros de poder diferentes, viene templado por su misma pluralidad; pero, en revancha, se acerca más a nosotros y nos somete a hostigamiento cada día.

Con un Derecho sabio, meticoloso, experto en cautelas, conformado según el método científico, no a golpe de votos, el temor a los abusos de poder se reduce a proporciones soportables. Uno puede, entonces, demandar eficacia de los políticos. La Política admite la mayúscula; deja de ser «caciquería» barata y se racionaliza. El voluntarismo decae: el conocimiento riguroso se sobrepone a toda actitud anárquica. La técnica de gobierno relega la improvisación, el tanteo a la ciega, el burdo empirismo y se transforma en esfuerzo universal, iluminado por todos los saberes. La Política se hace, así, una Filosofía de la práctica, una Ciencia de Ciencias que totaliza cuanto el hombre sabe sobre el mundo para lograr el dominio del mundo. Si ya tenemos una vasta suma de técnicas a nuestro servicio, no tiene cordura retrogradar al pasado y prescindir de cualquiera que sea. Ni la sociedad —ni sus políticos— pueden permitirse el lujo de despreciar a ninguna. Las necesitan todas, ya que es abrumadora la tarea y todas las fuerzas insuficientes para cumplirla. ¿No aparece entonces el gobierno como coordinación e integración de saberes y técnicas para mejorar aceleradamente, aunque sin salir del Derecho, la situación actual de todos los hombres?

No cedamos los juristas a la presión de propagandas interesadas. Es obvio que existen grupos de presión, de opresión o de infiltración que por propios designios difunden como verdad la

forma política que rima mejor con sus propósitos. Unas veces les interesa la democracia, porque les ofrece ricas posibilidades de mediatizar al poder. Otras veces les interesa la dictadura, cuando pueden ponerla como ariete para sus embestidas. Lo que nunca interesa a los poderosos es el Derecho, porque el Derecho, para cumplir con su misión de paz, tiene que salirles al paso y cercenar sus pretensiones inmoderadas. Por eso un Derecho de inspiración científica no tiene buena prensa. ¿Ni cómo iba a tenerla no doblegándose complaciente ante nadie? ¡La propaganda del Derecho científico (que no es más que el Derecho, a secas) tenemos que hacerla los juristas! ¡Ya es hora de que los juristas pregonemos a todos los rumbos que si los cuidados de la salud competen a los médicos, las actividades constructivas (con piedra y hormigón) a ingenieros y arquitectos, los estudios económicos a economistas, el planeamiento de la paz y su sistemática prosecución tiene que ser materia reservada a la investigación jurídica! ¡Tenemos que demandar que la Legislación y la Política del Derecho no se confíen al juego loco de las votaciones parlamentarias, que la libertad y la paz no sean apostadas en esa ruleta mortal que cultivan aficionados arbitristas! ¡La Constitución v la Ley deben ser productos acabados de la más desapasionada e impersonal indagación de que sean capaces los juristas! ¡No construyamos ni nos liguemos a modelos cerrados, estereotipados, de formas de gobierno! ¡Proyectemos la nuestra como un modelo abierto, dócil a la experiencia, según el Derecho lo exija en cada instante para realizarse y estudiemos cómo acometerlo sin salir de su órbita con los ojos puestos en una paz aceptada y satisfactoria y no en un simple orden positivo!

¿Que esto es decir poco, casi nada, y dejar intacto el problema de las formas políticas? ¡Menos parece aún dejar en el campo una pequeña semillita! ¡Pero la semillita crece, se multiplica al calor de la tierra y... llega a sostener nuestra vida! ¡No tendría sentido alguno venir aquí a exponer un proyecto más, que juzgarían ustedes con mis propios criterios, mezcla poco practicable de ideal y utopía! Pero tiene sentido afirmar que nuestra persuasión y tenacidad en la defensa de un Derecho científico será siempre la mejor barrera contra la injusticia... Si con la misma intensidad y reiteración con que se ha hecho campaña publicitaria a indifcentes formas políticas se hubiese propiciado en la opinión el culto al Derecho y el respeto a la verdad jurídica, seguro estoy de que habríamos erradicado ya muchas injusticias. No hay en el mundo mayor poder que el pensamiento. Y si un pensamiento domina en la sociedad, estén seguros de que se realizará contra todo poder, salvo que sea de realización imposible. Pero aun entonces, como aspiración ideal hacia optimidades inalcanzables, llevaría la flecha de nuestras esperanzas hacia ese límite infinito.



En el dramático conciliábulo inmortalizado por Herodoto, los conspiradores tuvieron que optar por alguna de las tres formas políticas «puras» —digámoslo así— que conocía ya la antigüedad clásica. El debate era, con todo, meramente formal, ya que, en el fondo, el ejercicio del poder reclama siempre una oligarquía; pero, en cambio, dejaba latente, en su entera magnitud y crudeza, el único problema político de veras importante: *el de garantizar sin intermitencias la supeditación de los gobernantes al Derecho*. No podemos, sin embargo, nosotros hacerles por ello objeto de reproches, porque nos hallamos aún hoy ofuscados en ese desconcertante laberinto. Y con una diferencia en nuestro disfavor. Tres persas, por lo menos, tenían conciencia clara de lo que les convenía querer: Megabizo, al anhelar una democracia... para los enemigos de los persas; Otanes, tan empecinado en su libertad que cedía su opción a la realeza si se le eximía de ser súbdito; y Darío, que ambicionaba con tal vehemencia el poder, que estaba

dispuesto a su ascensión por todos los medios. Actualmente, por el contrario, pretendemos, con paladina irreflexión, cosas incompatibles. Y *sin saber por qué*. Queremos, por una parte, la democracia. Por otra, un auténtico Estado de Derecho. Pero parecemos empeñados en inadvertir que la democracia es tan inconciliable con un Estado de Derecho como cualquier forma de tiranía. Y por si esto fuera poco, ignoramos también *por qué* se ha producido en nuestro tiempo una especie de obsesión democrática.

Enjuiciemos, en primer lugar, este último problema. ¿Cómo explicar que cuente con tantas adhesiones la democracia? Tal vez el presente se pueda esclarecer desde el pasado.

El ideal democrático tuvo, quizá, su más alta expresión en Grecia, al menos, durante toda la antigüedad. Su principio rector era la llamada *isonomía*; es decir, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Y si aún como «ideal» semejante principio es hartamente discutible (quizás Aristóteles quería resaltar su incongruencia cuando, al definir la Justicia, recordaba que si ésta imponía *un trato igual en situaciones iguales, exigía igualmente un trato desigual en situaciones disimilares*), en el orden práctico cuenta con escasísimas probabilidades de efectividad, si es el arbitrio humano, no un azar ciego, lo que decide las elecciones. Por eso los griegos, consecuentes a toda costa con sus demandas, elegían *por sorteo* sus principales magistrados. Creyendo de veras en la igualdad, ¿cómo justificar cualquier preferencia *a-priori* para un cargo? Y si ha de ser indiferente que éste o aquél lo desempeñen, ¿quién, sin hacer acepción de personas, podrá optar por uno y preterir al otro? ¡Oportunidades auténticamente iguales excluyen cualquier elección no aleatoria!

Fueron los griegos, a la verdad, —sobre todo, a partir de Pericles— fieles a su principio igualitario; pero el error inherente a su hipótesis inicial les trajo como secuela el verse condenados a impotencia política. Se incapacitaron, así, para cooperar a más amplia escala que la de sus *poleis*-exiguas y, mereciendo intelectualmente colonizar el mundo, —lo que, a la postre, hicieron— se quedaron en presa fácil de rivales sin luces; pero mejor organizados para el predominio.

Se ha discutido muchas veces por qué los griegos no lograron la integración en una comunidad supraurbana. En rigor, sufrieron un proceso de desmembración. Pasaron de micromonarquías casi independientes, con cierta hegemonía micénica (del Rey de Reyes Agamenón, que nos atestigua la *Ilíada*) a un régimen cantonal, de mínimos espacios autónomos. Esto nos permite suponer que quizás haya precedido una etapa de mayor centralización, con un único Rey y nobles gobernando en su nombre, en áreas periféricas. El movimiento disgregador es muy comprensible, dado el poderoso sentimiento de la propia individualidad que animaba a los griegos y las peculiaridades geográficas del territorio en que vivían. Pero lo extraño es que, pese a los condicionamientos económicos y a las provocaciones de los países vecinos, no recuperaran su prístina unidad. Uno podría imaginar, con Kitto, que, junto con razones históricas, geográficas y económicas para explicar cómo «la estructura relativamente espaciosa de la Grecia predoria se convirtiese en un mosaico de pequeños fragmentos», «tal vez lleguemos a la conclusión de que la razón más importante de todas es que así les gustaba vivir a los griegos»

(H. D. F. Kitto: *Los Griegos*, (Garasa), Buenos Aires, 1963, 91). La tesis seduce; pero no resuelve por completo el problema. Desde el siglo VI a. C. las más fuertes *poleis* griegas dieron muestras de ambición expansiva. ¿Qué buscaban, en el fondo, sino la dominación en más grandes espacios, el seguir el impulso connatural hacia las vastas incorporaciones políticas? El sentimiento panhelénico, por otra parte, no se perdió en Grecia jamás. Si le dio magistral expresión en el siglo IV el genio de Isócrates, eso no significa que con anterioridad fuera desconocido. ¿No se enorgullecía Herodoto de «las magnas gestas de los griegos»? ¿No dejaba

traslucir su aspiración de unidad más amplia cuando narraba los consejos de Bias y de Thales a los Jonios (I, LXX, CLXXI) o, sobre todo, cuando, al relatar las batallas contra los persas, siente conmoverse su refrenado patriotismo? ¿No piensa en una Grecia total el poeta Arquíloco —fragmento 52—?

El pensamiento que se le escapaba a Aristóteles en el libro VII, cap. VI, de su Política, al sugerir que «si los griegos constituyeran una sola polis serían capaces de conquistar el mundo», no era probablemente sino la expresión de una convicción dominante, más o menos explícita. Los helenos estaban, en efecto, conscientes de su superioridad como pueblo y como individuos y no podían dejar de comprender que unidos y organizados nadie alcanzaría a resistirlos. ¿Cómo, sin embargo, no se unían?

La Historia está transida de acontecimientos que transcurren y se quedan entre bastidores. El arte del historiador estriba, por eso, en acostumbrarse a leer entre líneas. No debe pagarse de apariencias, sino más bien, con ojo alerta, saber adivinar la trama y reconstruirla, casando entre sí los indicios. Pues bien, con estas precauciones, tengo para mí que en la relación entre persas y griegos maquinaciones incontables no han logrado aún asomar a la superficie, aunque son fáciles de colegir. Una monarquía como la persa no podía desinteresarse de los eventos políticos capitales vividos por los griegos: ¡Constituiría un suicidio! Y existen muchos síntomas de sigilosa conspiración. Desde la derrota de Creso, por lo menos, Ciro se cuidó de ejercer influencia sobre las *poleis* griegas: Hizo un tratado con Mileto (Herodoto, I, CXLI), sometió —a través de Hárpago— a los jonios irreductibles (Id. CLXII y ss.) y a los carios, caunios y licios (CLXXI ss.). Pero, al lado de estos métodos, se utilizaban otros más sutiles, como nos lo revela el trato dado a Sardes, a instigación —según se dice— de Creso mismo (CLV, s.). O lo acontecido con Samos, cuando ya Darío había tomado el poder (CXXXIX ss.). Por lo demás, no es fácil ser libre a la sombra de un inmenso imperio, pródigo de su oro. De ahí, que fuera frecuente que los políticos griegos tuvieran ciertas concomitancias con dirigentes persas. Circularon algunos chismes. Incluso sobre los alcmeónidas, tan ligados a la democracia ateniense, Herodoto viene a reconocer (CXXI) que dieron mucho que decir. Y aunque reivindique su inocencia, también nos recuerda su afición por el oro (CXXV). En todo caso, para Persia, el aserto de Megabizo resulta sintomático: « ¡Haga Dios que no los persas, sino los enemigos de los persas, dejen el gobierno en manos del pueblo!» ¡Sólo las formas democráticas y las intrigas urdidas desde el exterior pueden explicar que el espacio vital griego no se integrara en una gran potencia euro-asiática! Lo que más tarde hizo Filipo, ¿no es razonable suponer que antes lo hayan practicado los persas?

Volvamos ahora a nuestro presente. Nadie puede ignorar que desde el fin de la segunda guerra mundial se da en el mundo una enorme y pertinaz campaña propagandística pro democracia. Hasta cierto punto es cosa natural, porque fueron Estados «totalitarios», monocráticos los que pecharon con la responsabilidad de haber desencadenado la guerra. Mas de ahí arrancarían solamente un convencimiento difuso, destinado a extinguirse en pocos años. Y la propaganda democrática, insistente y costosa, perdura hasta hoy. ¿No deberemos preguntarnos quién la finanza? Si la onda no se amortigua, sino que conserva su amplitud, ¿no habrá que pensar que sea reactivada con energía extrínseca y *deliberada*? ¿Por ventura no encontraremos hoy, en nuestro mundo fieramente competitivo, potencias gigantescas con ávido interés en que sus vecinos abandonen el poder a las masas exentas de ambición, para carecer de rivales temibles? ¿Por qué los mismos que conciben las «ideologías» como «intereses clasistas» no ven las fórmulas políticas como «intereses internacionales» ?

Digamos ahora, en segundo lugar, por qué la democracia y el Estado de Derecho son

incompatibles.

La democracia expresa, en último término, el ***absolutismo de una mayoría formal, la soberanía política del contingente de población que aparezca como dominante***. Por eso va ligada en nuestra época al ***sufragio universal igualitario***. Lo que quieran los más valdrá como la ley de todos —aunque la Historia pruebe a cada instante que siempre alguna minoría selecta está salvaguardando la verdad frente a la masa neutra. La democracia constituye, pues, un ***voluntarismo*** desinformado. Cuenta únicamente como ***decisión*** y es ajena de toda premisa racional. No admite superior que limite, ni traba que contenga. Reina desmemoriada y no profesa ninguna fidelidad. Para ella no hay método ni congruencia, ni lógica: sólo un ***sí*** o ***no***, al albur del instinto...

El Estado de Derecho, en cambio, no puede asentarse sino sobre condicionamientos ***intelectualistas***. Busca un fundamento indefectible. Condiciona al poder. Requiere métodos. No puede subsistir sin la lógica ni la experiencia y ha de velar, a cada paso, sobre sí mismo. En pocas palabras: Mientras el Estado de Derecho no soporta la contradicción, la democracia es ella misma contradictoria: No tolera principio alguno sobre la voluntad popular e ignora que el pueblo, antes de serlo, tiene que estar jurídicamente definido. Porque, si sin Derecho no se concibe pueblo alguno, ¿cómo podrá el pueblo crear aquello que le da vida?

He ahí ***por qué*** la Ciencia del Derecho tiene siempre una cosa que decidir sobre cualquier problema político: ***Anatematizará cualquier decisión que, implicando verdad o falsedad, responda sólo a un pronunciamiento voluntarista. pues no hay mayor arbitrariedad que decir a votos lo que, por su naturaleza inferencial, debe ser mera conclusión y jamás premisa.***

(APÉNDICE)

10

PRELECCION A UN CURSO DE SOCIOLOGÍA

Vamos a iniciar hoy un diálogo que, si las cosas transcurren con normalidad, está llamado a prolongarse por casi nueve meses. Esto, claro es, en lo que atañe al formalismo administrativo; porque, en realidad, si yo estoy a la altura de la misión que me toca cumplir, y no la traiciono escandalosamente, mis palabras van a tener un eco tan profundo en la conciencia de ustedes, van a contribuir en tal grado a la formación de sus convicciones y modo de pensar que sedimentarán en su vida dejando huella indefinidamente duradera, quizás peremne. Y así será, en verdad, no **por lo que yo diga, ni siquiera por el modo como lo diga, sino por la especialísima naturaleza del tema que voy a tratar**. Pues he aquí que voy a hablarles de lo que más a todos nos importa: **de nosotros mismos**.

No sé si ustedes propenderán a ver en mis palabras la comprensible exageración que un sano entusiasmo pone en todos los profesores al tratar de realzar ante los alumnos, en bien legítimo proselitismo, la trascendencia de la disciplina que enseñan. Pero den por seguro que mi aserto responde a muy otra intención: A que me hallo firmemente persuadido de que **al hombre lo único que de veras le interesa en el mundo es lo que le concierne personalmente o afecta a sus iguales**. «Hombre soy —escribía Terencio— y nada humano reputo ajeno a mí». Hombre soy —podríamos glosar nosotros— y sólo el alma se me enreda en lo humano.

Sí; es cierto que sentimos honda curiosidad y nos intriga cuanto vemos en torno: El Universo anonadante; las galaxias recónditas, perdidas en el tiempo lejano; el sistema solar que nos cobija y el pequeño planeta donde, hasta ahora, todo nuestro vivir tiene que refugiarse. Pero no nos dejemos confundir por los hechos, ni los interpretemos tras una óptica deformante: Todo eso nos induce a reflexionar y cautiva nuestro interés, porque es parte y explicación de nuestra propia vida. ¿O no es verdad que sin entender nuestro entorno, sin saber qué es y qué significa lo que está ahí, no nos cabrá nunca comprender ni saber a conciencia lo que acaso seamos y signifiquemos nosotros mismos?

Hace bien poco tiempo, cuando rusos y norteamericanos emprendieron la aventura espacial cundió unánime por cuantos habitáculos alberga el planeta un sentimiento irrefrenable de viva expectación. No era pura curiosidad científica. De haberlo sido, se mantendría íntegra hasta el presente, ya que los nuevos hechos e informaciones no han cesado aún, aunque sólo unos pocos —los especialistas de veras— siguen al acecho de lo que pasa. Los más de nosotros hemos perdido, en cambio, casi todo nuestro interés —como lo palpan a diario las agencias informativas. ¿Por qué ese tránsito repentino de una auténtica obsesión por las noticias al desmoronamiento, apenas explicable, del entusiasmo? ¡Por la sencillísima razón de que la tan ilusionadora y ensoñada epopeya espacial ha tenido un desenlace que nos ha defraudado!

Casi todos los hombres, más o menos implícitamente, imaginábamos que al término de esta novela vivida sobre la exploración de nuestra vecindad inmediata en el Cosmos —de Marte y de Venus, sobre todo— vendríamos a dar con otra criatura inteligente, análoga a nosotros, con la que pudiéramos intercambiar conocimientos y experiencias y entablar diálogo. Mas en lugar de haber sido así, hemos perdido prematuramente tal esperanza. Antes de haber pisado Venus o Marte hemos llegado a saber empíricamente lo que por inferencias racionales ya

sospechábamos: ¡Que el resto del sistema solar está vacío! ¡Que nosotros conservamos aún el raro privilegio de ser, hasta el momento, los únicos observadores inteligentes del Universo y tenemos que seguir sintiéndonos solos y desconcertados todavía ante el inmenso enigma que nos acosa!

Sí; al hombre lo que de veras lo seduce es lo humano. Todo lo demás despierta sólo en él un interés efímero, accidental, como luz de relámpago. Por eso, precisamente, cuando, tras el alunizaje de los astronautas norteamericanos, las agencias informativas dependientes presentaban aquella efemérides como la más decisiva de la Historia, mi amor por la justicia se sublevó y hubo de oponer al ditirambo propagandístico dos alegatos sólidos, de muy distinto género y textura. Primero, en fuero lógico, contrarreplicaba diciendo:

«Con motivo de las recientes conquistas espaciales y singularmente desde el arribo de astronautas a la Luna, los medios de difusión han presentado estos eventos como los más trascendentales de la Historia. Hay ahí una notable falta de perspectiva. Sin restar el mínimo valor a la gesta, conviene comprender en cuánto la sobrepujan las grandes proezas intelectuales que la hicieron posible. En primer lugar, la invención del idioma, que es probablemente la máxima realización de que puedan ufanarse los hombres; luego, la escritura; después la misma Ciencia. ¡Fueron estas laboriosas premisas, fruto de milenios, más que !a conclusión, deducida en el viaje, las que nos han permitido ejecutar la acrobática voltereta! ¡Acto heroico indudable por parte de Armstrong, Aldrin, Collins! Pero, aunque eclipsados momentáneamente por ellos, otros hombres de Ciencia, presentes y pretéritos, pilotaban con mejores derechos la astronave. Más aún. La energía que, sobre todo, la impulsaba, no era el combustible del *Saturno*, o el del propio módulo, sino el poder del *pensamiento contrastado*, de la *investigación que comprime verdades*. Desde el día en que el hombre descubrió el *uso social del pensamiento y aprendió cómo llegar a saber algo de veras*, la conquista de la Naturaleza había quedado ya asegurada. Fue, pues, esta invención inadvertida y no estos logros espectaculares lo que nos ha situado en la posición privilegiada que ocupamos...».

Después, con emoción menos contenida, enfatizaba en lenguaje lírico la diferente calidad e interés humano de la supuestamente empequeñecida gesta colombina: Mientras los viajes interplanetarios nos ofrecían únicamente un panorama desolador, no desconcertante, sino pronosticado ya por los astrónomos, el arrojó del Gran Almirante había gestado la dádiva sorpresiva de un Continente nuevo, no sólo de flora y fauna rica y dispar, sino poblado, además, por seres humanos.

*«Mientras, astro amañado, allá en la altura,
al Argos apocando con su estela,
raptor de afanes el Apolo vuela,
con todos los del mundo en su aventura,
Surge ante mí la heroica singladura
en que Colón, fiando en leño y vela,
reta al común sentir y al mar apela,
para arrancarle arcanos y ventura.
Solo en su sueño, adéntrase en lo ignoto:
Todo es opaco ante él, todo sin nombre,
y ni un mirar ansioso lo acompaña...
Pero cuajó su contrastado voto:
Dio mundo al mundo en pertinaz hazaña,
y al hombre más: Otra versión del hombre!».*

A diferencia de los astronautas, Colón tuvo la buena fortuna de poner en contacto a los

habitantes del viejo mundo con una cultura humana desconocida. Lo que haya podido significar para nuestro progreso el intercambio de experiencias que tuvo ahí origen, es incalculable. Si el Nuevo Continente se hubiera hallado desierto, ¡qué diferente hubiera sido la Historia! ¡Cuan otro interés hubiera tenido entonces la exploración, siempre decepcionante, de tan inmenso territorio, y la inmigración hacia él de la población europea! Aunque cualquier conjetura sobre semejante ucronía haya de resultar sobremanera aventurada, tengo para mí que sin les inesperados estímulos y vivas resistencias que trajo consigo el nuevo elemento protagonista sumado al escenario occidental, la evolución de nuestra cultura hubiera pulsado a un ritmo incomparablemente más lento. Pues el impacto decisivo sobre nuestros perezosos hábitos mentales no se produjo en virtud del hallazgo de enormes territorios insospechados, sino por haberse tropezado entonces, más allá de cuantas previsiones se había permitido la Filosofía en aquella época, con toda una ramificación desconocida de la familia humana.

Algo parecido se imaginaba el hombre de la calle que iba a escenificarse ante sus ojos al llegar a su desenlace la aventura espacial. Contra toda la lógica científica, soñaban muchos con el descubrimiento repentino y acaparador de algún ser racional inadivisible en cualquier vecino planeta. El demandarse *cómo sería, qué sabría y creería, cómo viviría, qué actitud adoptaría ante nosotros*, bastaba para mantener a buena parte de la humanidad en actitud de expectación intrigada. De ahí que, al fallar tan anheladas esperanzas, la nota dominante tuviera que ser de inocultable frustración. El que más y el que menos no ha podido evitar sentirse, hasta cierto punto, desilusionado...

Supongamos, por un momento, que en Marte o en Venus hubiéramos comprobado con asombro la existencia de una forma de vida similar a la humana. ¡Qué distintas serían hoy las cosas! Hubiéramos, ante todo, acelerado febrilmente las investigaciones para poner el pie cuanto antes en el habitado planeta. Nos habríamos cuidado de ingeniar enseguida algún procedimiento que nos permitiera llamar la atención de aquellos seres y entrar en auténtica comunicación con ellos. Y después, como por arte mágica, habrían ido surgiendo entre nosotros múltiples campos nuevos para la actividad humana. Flamantes especialistas estarían ya, a estas alturas, estudiando la naturaleza, constitución, lenguaje, usos y costumbres y la vida social y política de los pueblos recién descubiertos. Se habrían hecho numerosos paralelos entre ellos y nosotros para ver en lo que conveníamos y en lo que discrepábamos. Sus conocimientos, sus creencias y opiniones, su modo de pensar y expresarse, su Arte, sus instituciones sociales nos habrían traído a mal traer; pero, con seguridad, para imprimir gigantescos avances a nuestra cultura, aun en el caso de que la suya hubiera sido muy inferior a la nuestra...

Pero, bueno, renunciemos a tan halagüeña fantasía y volvámonos a los hechos que son ahora motivo de nuestra reflexión. Lo que hemos tratado de poner en relieve con los argumentos anteriores es que el hombre sólo se deja fascinar por lo humano. Sólo lo humano es capaz de mantener su curiosidad en vigilia y comprometer por entero su avidez de saber. Cualquier hombre está siempre pendiente de lo que piensan, dicen o hacen los demás hombres. Hasta la reivindicación de nuestra «vida privada» entraña una preocupación por nuestra parte contra cierta presunta injerencia pública. Buscamos, para ciertos actos, el secreto, porque su espectro social ha de tener, presentimos, alguna manifestación indeseada. Constantemente estamos dialogando con un interlocutor anónimo que personifica el sentir común. ¿Cómo, entonces, la Sociología, cuidadosa de averiguar precisamente los efectos que los hombres causan en los hombres, podría serles expuesta a ustedes sin absorber celosamente toda su atención? Tengan presente que nuestra disciplina, como lo da a entender su propio nombre, no es otra cosa que la *Ciencia de la Sociedad*, es decir, del medio humano que nos envuelve; y trata, por tanto, de hacer inteligible esa obra nuestra tan singular que llega, incluso, cual si ganara vida propia, a constituir algo

impersonal, que se independiza de nosotros en gran medida, para luego, como flotando y teniéndose en sí, posarse en lo más íntimo de nuestro yo y conformarlo y modelarlo hasta las más increíbles profundidades. Otras obras humanas son mero instrumento de nuestros fines. Una vez realizadas, están ahí, *útiles*, para ser puestas en cualquier momento a nuestro servicio. La Sociedad es un producto *único*, extrañamente peculiar. Surgida, parece un fetiche verdaderamente endiosado. Se nos sobrepone. Nos tiene. Puede más que nosotros. Nos exige culto y sumisión incondicional. Nos impone sacrificios ilimitados, hasta con entrega de la vida. Claro que también nos da mucho en cambio, pues nada menos que nos permite sobrevivir, aun cuando somos miles de millones. Si cada uno viviera para sí, o en familias aisladas, unos pocos millones esquilmarían la Tierra. Además, el roce social *nos eleva*. Pues si bien los descubrimientos e invenciones y la creación artística son labor individual, la ascensión cultural requiere el heredamiento y la comunicación del saber y resulta, por ende, una aportación de la Sociedad.

Sin Sociedad, pues, los hombres seríamos prácticamente inválidos. La prehistoria o los primitivos actuales nos suministran imágenes muy elocuentes de nuestra situación presocial y permiten inferir claramente nuestra deuda con la estructura cooperativa interhumana. Con todo, la Sociedad tiene también su mística. En un doble sentido. La Sociedad es mística en cuanto trasciende el presente y supone elementos trasempíricos. Pero lo es, asimismo, ya que da lugar a muchedumbre de mitos e incluso a la actitud idolátrica. Como hemos de ir viendo, el medio social despierta emociones que hacen perder la ecuanimidad. Cuando nos preguntamos si la Sociedad es *medio* o es *fin*, nos llenamos de dudas; pero no sabemos contestar sin pasión. ¿Es el Individuo para la Sociedad o la Sociedad para el Individuo? Cada uno de nosotros da, personalmente, una respuesta —¿no es *la suya*, individual?— a este interrogante, ¿cómo, entonces, podrá tal respuesta llegar a tener signo *socialista*? ¿No resulta paradójico que haya «individuos» que sean partidarios de la «socialización»? ¿Cómo explicar una «Filosofía» socialista? ¿No sería tan incoherente como la divulgación social de principios individualistas?

No es tiempo de tratar estos problemas ni otros tantos tan actuales y atractivos. ¿O no los encuentran ustedes plenos de interés? ¿No les revelan acaso que la Sociología va a encerrar para todos una fuerza de seducción irresistible? Cuando, más tarde, hayamos de abordar cada uno de los temas capitales que nos consienta el curso lectivo, ustedes podrán convencerse pronto por sí mismos, a menos que yo dé pruebas continuas de inhabilidad mientras los exponga, de que no exagero la fuerza sugestiva que emana de la Ciencia social. Pero si ustedes no quieren que remita al futuro su convencimiento, sino que prefieren que aduzca ahora mismo la demostración de mis aserciones, vaya por delante un testimonio introspectivo que seguramente nadie recusará.

Uno de los atributos más preciosos del ser humano estriba en la posibilidad, a nadie negada, de entretenerse fantaseando. Yo no sé si tendremos los hombres don alguno de más valía, siempre que sepamos usarlo con su cuenta y razón, pues gracias a él no logrará el aburrimiento hacer presa jamás en nosotros. Pero, por incomprensible reticencia o pudor, o tal vez por ingratitud apenas perdonable, este refugio último contra toda infelicidad y paraíso privado en la Tierra, no tiene nombre en nuestro idioma, aun cuando sea lo que nos permite exclamar con Shakespeare: «Oh Dios, podría ser confinado a una cascara de nuez y aún me tendría a mí mismo por un rey del espacio infinito —si no tuviera pesadillas».

Todos, más o menos, recurrimos al «fantaseo», a la ensoñación imaginativa como a un medio de distensión y recuperación. Ahora bien, ¿sobre qué argumentos fantaseamos? Sobre numerosos, aunque cada cual, según su idiosincrasia, tenga sus temas favoritos. De una cosa, sin embargo, abrigo certeza y no creo que ninguno de ustedes me vaya a desmentir: Tengo el

convencimiento de que hay siempre un denominador común bajo todas nuestras ensoñaciones: la presencia del prójimo; alguna referencia a otras personas y al fondo social circundante. ¡Sin esta proyección social ni siquiera nuestro «fantaseo» tiene sentido!

Cuando ustedes se sorprendan a sí mismos dando rienda suelta a sus cavilaciones, acuérdense de seguirles los pasos a sus pensamientos y verán cómo cada secuencia contiene o presupone una trama social. ¡Incluso para disfrutar con nuestras «figuraciones» tenemos que acudir a la compañía virtual de nuestros semejantes!

Es, así, evidente que lo social supone para nosotros complacencia y entretenimiento. Vamos, pues, a estudiar, como quien emprende una diversión, los familiares; pero aún mal comprendidos fenómenos que se producen al confluir cada individualidad irreductible con el medio humano difuso y circundante.

No me pidan aún hoy mayores aclaraciones, ni que sea más concreto y preciso. Ambos objetivos los iremos logrando a lo largo del curso. Básteles saber por ahora que todo aquello que nos rodea forma un Universo, porque nada es ajeno a lo demás, sino que cada cosa influye de algún modo sobre las restantes. Ni que decir tiene que el hombre no constituye una excepción. Su dependencia del mundo material es franca, casi absoluta y prácticamente sin fronteras. Franca, porque salta a la vista: La Tierra nos sostiene; en ella estamos; por ella nos movemos; al respirar, el aire entra en nosotros para oxigenar nuestra sangre; al comer, construimos nuestro cuerpo y absorbemos la energía necesaria a expensas de productos que son Tierra y Sol transformados... Y al mirar, al oír, al sentir, entramos sencillamente en comunión con el Cosmos. Nuestra dependencia del mundo es casi absoluta, porque, por principio, nada conocemos inerte, ya que cualquier experiencia que podamos tener es el resultado de alguna influencia, que, superando el espacio y el tiempo, descarga finalmente sobre nosotros. Y prácticamente sin fronteras, puesto que no sabemos de ninguna distancia insalvable; y, en último término, no hay allí ni aquí, sino que todo es copresente y concomitante, en algún sentido.

A pesar, sin embargo, de nuestra ingente deuda con el mundo, no somos inertes los hombres, sino que somos capaces de imprimir en las cosas una incalculable y decisiva transformación. La fisonomía del Universo será transmutada por nosotros, si contamos con tiempo. Ya hace mucho la Tierra y ahora el sistema solar, incluso, llevan estampadas las huellas de la acción humana. Es patente, pues, la influencia recíproca entre el hombre y el Cosmos.

Algo parecido ocurre en lo social. Lo social es el Universo humano. Cada uno de nosotros de él depende, le debe su vida, sus ilusiones, su dinamismo cultural. Pero ninguno pasa en vano por el mundo. En mayor o menor medida ejerce su influencia en la Sociedad y le paga alguna parte de su deuda. ¿Cómo actúa la Sociedad sobre el hombre y el hombre sobre la Sociedad? ¿Qué es la Sociedad misma y cómo y por qué la han constituido los hombres y la van rehaciendo cada día? ¿Cuál es el norte evolutivo de la Sociedad? ¿Hacia qué nos esforzamos los hombres? ¿Cómo será el mundo de mañana? ¿Serán nuestros descendientes más o menos felices que nosotros? A todas estas preguntas y a muchas otras no menos incitantes dará respuesta implícita o directa la Ciencia que hoy comenzamos a estudiar. Quien quiera conocerla, en sus razones, críticamente, preste atención tesonera a las lecciones que habrán de seguir. No tendrá otro cuidado que alertar sus sentidos, como el que se prepara para visitar entusiasta regiones de ensueño. Si suple con su fe y optimismo las torpezas del guía, se encontrará explorando, con admiración progresiva, una república fabulosa, entrañable, críptica; pero cada vez más imprescindible y fascinante.

¿No quieren hacer ya su provisión de entusiasmo y perseverancia para el camino?

OTROS LIBROS Y OPÚSCULOS DEL AUTOR

1. *Ensayo de Valoración filosófica del Derecho según una Metodología esencialista.* Madrid, 1945.
2. *Proceso y Forma.* Santiago, 1947.
3. *Teoría del Fraude en el proceso civil.* Santiago, 1948.
4. *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal.* Santiago, 1951.
5. *Sobre un Programa de Política Universitaria.* Santiago, 1952.
6. *Grandes Problemas del Derecho Procesal.* Santiago, 1954.
7. *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica.* Santiago, 1954.
8. *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación.* Santiago, 1959.
9. *La Lucha por la Objetivación del Derecho.* Vigo, 1965.
10. *El Derecho como Ciencia Exacta.* Vigo, 1965.
11. *Un libro sin nombre.* Vigo, 1965.
12. *La investigación científica y su Propedéutica en el Derecho. I.* Caracas. 1970.
13. *La Investigación científica... II.* Caracas, 1972.