

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ

**ENSAYO DE VALORACIÓN
FILOSÓFICA DEL DERECHO**

SEGÚN UNA METODOLOGÍA ESENCIALISTA

INSTITUTO EDITORIAL REUS
Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A.
Pecados, 23 y 6, y Puerta del Sol, 12
MADRID
1945

ENSAYO DE VALORACIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO

*A la santa memoria de mi tío y
maestro D. José Estévez Fernández
a cuya cuidadosa solicitud debo tanto.*

PROLOGO

He aquí una exposición de puntos de vista. Nada más que eso. He aplicado una metodología nueva y, de cumbre en cumbre, quise contemplar todo el panorama del Derecho desde las perspectivas que se me presentaron. Acaso alguna vez haya' juzgado con acierto. Acaso también al entrever la luz quedara ciego con el deslumbre. Acaso muchas me sobreviniera el extravío. No soy el llamado a juzgarlo. Pero me sirve de defensa la buena fe y la buena voluntad del empeño.

No desciendo nunca a la investigación de pormenores, sino que me atengo a las líneas generales de las hipótesis. Por eso toda la obra es un alegato. Hasta la ordenación y el objeto de los estudios propugnan alguna cosa. Sostengo que la Filosofía del Derecho, además de la parte material, destinada al estudio de las cuestiones que le conciernen, ha de tener una parte formal que se ocupe de dilucidar la sistemática. No debe dejarse a las ciencias particulares este problema concreto que atañe a la concepción general. Esta división encaminaría mejor los esfuerzos y, elaborándose en atención al contenido general del Derecho, resultaría de mayor eficacia.

Quiero también consignar aquí cuál haya sido la fórmula fundamental en mi manera de tratar las cuestiones. Los problemas de fondo están presididos siempre por esta idea: la diversidad de visiones y la comparación con materias afines pone de manifiesto cualidades esenciales y adjetivaciones accesorias.

Si la atribución de una nota a una institución jurídica la transforma, no puede, evidentemente, serle esencial. Tampoco si no la modifica. En cambio, será esencial la nota cuya privación origine la transubstanciación del instituto. Profeso también la creencia de que las categorías jurídicas son entelequias destinadas a prefigurar lo concreto posible. Deben estar, pues, al servicio de las formas reales, y no se debe proceder a la inversa, acomodando la realidad arbitrariamente, en lugar de variar las prefiguraciones. Cuanto más se alteren éstas en beneficio de lo real, tanto mayor irá siendo el paralelismo de lo ideal con lo producido, para bien de la ciencia jurídica, que disfrutará de mayor precisión.

En lo que toca a ¡a forma, quiero indicar que si al bosquejar el método he seguido en la exposición — en ¡a medida posible— la marcha del proceso real, intentando reproducir las idas y venidas de mi pensamiento en el largo tiempo que dediqué a investigar ese problema, en cambio he prescindido en las demás cuestiones de

especificar la aplicación de la metódica, porque, además de innecesario, resultaría excesivamente monótono.

Procuro decir las cosas tal y como las pienso; pero si la excesiva abstracción las hace difíciles, cuido de revestirlas casi siempre de símiles que las doten de corporeidad. No se tome lo que es metáfora por teoría, reduciendo a ideas lo que constituye sólo un revestimiento exterior.

PARTE PRELIMINAR

EL PROBLEMA DEL MÉTODO

EL MÉTODO. SUS CLASES. MÉTODO ESENCIALISTA.

Hablando con gran generalidad, podríamos decir que el método (del griego $\mu\epsilon\tau\acute{\alpha}$ y $\omicron\delta\acute{o}\varsigma$, en camino) es «la ordenación: de las cosas a un fin». Usualmente lo definen los tratadistas como «proceso sistemático y ordenado del entendimiento dirigido a la consecución de la ciencia». Y fue también costumbre muy seguida su división en dos clases: *analítico* y *sintético*. Se estudiaron, pues, separadamente ambos conceptos, y no sólo se coincidió en la división bipartita, sino que cada ciencia se arrojó como propia una de las *clases* diversificadas; y, en consecuencia, donde había con anterioridad dos formas de una misma cosa se formaron por individuación dos distintas. Así se llegó a una separación funesta, aunque mucho más teórica que real, porque, como sucede con frecuencia, los más acérrimos defensores de una u otra pseudometodología la abandonaban en la práctica para seguir la norma natural de la razón. Esto les resultaba beneficioso, pues profesaban ideológicamente un procedimiento viciado.

Fueron los escolásticos quienes sostuvieron principalmente la unidad conceptual del método. Advertían, con certero juicio, que cualquier clase de razonamiento implica, como supuesto necesario, un hecho experimental juntamente con una agrupación sintética. Síntesis y análisis eran un camino imprescindible de la razón; prevalecerían una u otro según la naturaleza de la ciencia de cuyo estudio se tratara.

Pensando un día en los aspectos del presente problema y considerándolo con cuidado, me di cuenta cabal de la subsistencia de un grave dualismo que, para salvarlo adecuadamente, precisaba de mí un aislamiento de la concepción tradicional. De un lado el hecho de la multiplicidad de las ciencias, modalidades diversas del conocimiento humano, recabando para cada una peculiar manera de consideración; del otro, la unidad y simplicidad de la mente, que parece requerir imágenes advertibles en una sola forma, como las figuras en el espejo plano. Sin embargo, es bien palpable la gran variedad de las ciencias, que llegaron a ser ciento veintiocho en la clasificación de Ampère. —¿No sería esa diversidad una mera apariencia?— Sin resolver por el momento el problema, abordé a continuación una crítica rigurosa de la síntesis y del análisis. ¿Es el análisis en realidad un método? Me vi precisado a responder negativamente. Si lo fuera resolvería por sí solo en las cuestiones de su competencia, ya que su condición indispensable es conducir al fin que investiga; pero en realidad no sucede así, porque aun después de analizar necesita el entendimiento de alguna operación para formar el juicio, única actividad mental, considerada en absoluto, apta en orden a la ciencia y en cuya formación el solo análisis resulta insuficiente, pues proporciona únicamente partes de una totalidad, divisiones de un algo que, posteriormente, se necesita integrar, como se desprende del hecho de ser el juicio una agrupación relacionada de conceptos.

¿Y la síntesis? La respuesta tenía que ser también forzosamente negativa. La síntesis requiere una manera de hacerla ordenada y segura, sistemática; es decir, metódica. El análisis o desagrupación puede decirse que se logra aun sin sujetarse a ningún proceso fijo, pues procede de lo complejo a lo simple por medio de una descomposición, para lograr la cual no es perfectamente claro que haya de seguirse un camino invariable, aunque cabe la discusión. Al contrario, la síntesis es constructiva; se desenvuelve en un sentido opuesto, de lo simple a lo complejo, exigiendo, como toda transformación, una norma de conducta reguladora de las operaciones intelectivas, las cuales *necesitan una razón de ser*. No basta agrupar caprichosamente los conceptos, es forzoso verificarlo

con el sentido de la causalidad, mucho más cuando no sabemos adonde nos conducirá la agrupación propuesta. Esta se hará, de consiguiente, con arreglo a una norma, y en conclusión la síntesis no es un método, puesto que lo requiere para producirse.

¿Y la suma de ambos conceptos, análisis y síntesis, el llamado método analítico-sintético? También hay que contestar de modo negativo. Siendo, como son, cosas completamente distintas, será inevitable para unir las seguir un procedimiento, adaptarse a un criterio; en fin: **utilizar un método**. Porque: ¿Cuál debe prevalecer en este o estotro caso? ¿Cuándo se dejará aplicar el uno para usar la otra? ¿Qué será más conveniente en tal o cual hipótesis? Media, pues, entre las dos una diferencia. Y no se diga por evitarla que se atenderá para el empleo a la naturaleza especial de cada ciencia. Antes de crear la ciencia y para crearla ¿qué camino se sigue? Hay que suponer, por tanto, un método existente. Es cierto que el de enseñanza lo da por supuesto, mas el que verdaderamente interesa es el de invención, sin el cual no es el otro posible. En consecuencia, para salvar tal diferenciación es necesariamente indeclinable un método. ¿Cuál será éste? No veía entronque alguno entre las dos ideas que se me presentaban en completo aislamiento y decidí proseguir la investigación por otro camino.

Un retorno al punto de partida (la gran diversidad de ciencias...) me condujo a pensar que implicaban efectivamente otra diversidad de métodos, porque a pesar de ser una la Verdad en la mente de Dios, que tiene una Idea simplicísima de todas las cosas, en cambio en la mente del hombre se muestra con sucesivas apariciones y la limitación de nuestra naturaleza exige un esfuerzo distinto para alcanzar cada una de ellas, de tal modo que, aun reconocida la unidad de la mente y la unidad conceptual de la Verdad —está en Dios la realidad de las cosas— hemos de seguir con la inteligencia rumbos distintos para lograr su posesión, porque lo impone así nuestro limitado punto de vista.

De tal estado, tenía que llegar a esta determinación: en cada ciencia se manifiesta la Verdad por modos diversos. En efecto, todas tienen una parte que les es propia, a la que debe corresponder una forma especial de consideración. ¿Cómo debiera ser? Al formular la pregunta por un «fenómeno de reversión mental», por el momento inexplicable, encontré en ella misma la respuesta. El método para las ciencias deberá ser **como deba ser**. Enunciada así la solución tiene demasiada sencillez para resolver ninguna cosa; pero tras su simple apariencia, ya la intuición había previsto un horizonte de insospechada lejanía. Había de ser el método conforme a la esencia de cada uno de los conocimientos. Parece extraño y, no obstante, de solo un golpe de vista, ya se representara el alma las dos grandes agrupaciones de ciencias: las físiconaturales y las del espíritu. Si, efectivamente, ni el método inductivo ni el deductivo tienen algún valor, ya que no son sino partes que la acción investigadora descubrió en el método, cabe encontrar el principio metodológico que sea su vínculo común, la raíz y la clave del problema. Entonces, por otra que parecerá intuición, sorprendí lo que, ya encerrado en las disquisiciones anteriores, era la solución apetecida, que aparecía con tal claridad al entendimiento que me causó extrañeza profunda no haberla formulado antes. Yo mismo —pensé— al desenvolver estas divagaciones lo voy haciendo con un método. Hay un proceso de la mente hacia la Verdad. Con todo —me objeté en lo íntimo— no es reglado, sistemático; no sigue un camino definido y definitivo, es **una cosa natural**. Otra sacudida interior rapidísima me produjo este concepto. ¿La mente —continué, adentrándome en el problema— cuando inquiere la Verdad lleva una senda uniforme, ineludible, que no varía nunca, o bien una caprichosa, al azar, zigzagueante? ¿El método natural, que está en la aptitud de la razón

para conocer lo verdadero, es algo súbito, repentino, una intuición, o el resultado de un proceso? Poéticamente podría hablarse de una atracción de la Verdad y el espíritu, y esto, que es certero, porque tiene una base real (la aptitud de la razón para conocer la Verdad, como dije antes) era también una objeción seria que se me interponía. Con todo —repuse— sólo lo Infinito puede abarcar en una idea total los conceptos; por tanto, el hombre, a causa de su limitación, tiene que seguir un camino para ello.

Comprendí que la solución sería más fácil si analizaba mi propio pensamiento. ¿Cómo había formado yo los raciocinios en esta misma investigación? ¿Cómo se formaban todos los juicios?

Mi punto de partida había sido una verdad, desentrañada de la experiencia, y a todas luces evidente. De ella, por deducción, había obtenido una consecuencia de carácter general que me situaba en el plano de las generalizaciones. Era la primera premisa abstracta a que llegaba y la única, hasta entonces, que permitía ser repartida en conclusiones concretas. Después la había seguido un movimiento de retrospección que consistía en penetrar profundamente los conceptos y reconocer sus más íntimos repliegues. Al hacerlo así había visto algo repentinamente a lo que la inteligencia asintió sin temor alguno. ¿Cuál era la causa? Fue esta una de las preguntas que ocupó por más tiempo mi espíritu. Proseguí analizando fríamente. ¿Cómo reducir a hechos las manifestaciones ¡tan imprecisas! aunque representadas de algún modo muy vago en mi conciencia? ¿Tras aquellos fenómenos de reversión», qué procesos mentales se ocultaban? Lo pensé con detenimiento. Había presenciado de súbito las diversas cualificaciones de un raciocinio. Descomponiéndolo, algunos de sus componentes conservaban valor parcial. Eran como verdades menores, emanadas en él, que tenían una realidad más reducida. Otras, en cambio, de sus partes resultaban en verdad rechazables. ¿Cuál era el fundamento de esta diversidad? Esta vez la respuesta no se hizo esperar. «Unas partes son derivaciones legítimas de la primera, de acuerdo con la lógica. Las otras, no. En aquéllas la verdad mayor enunciada en el raciocinio se mantiene, aunque la cantidad varíe. *En ellas no se ha modificado la esencia*». Advertía, pues, en todo juicio, un ente cuantitativo, sin importancia para la valoración racional, y otro cualitativo, de mantenimiento de la noción esencial, que la tenía decisiva, y cuya conservación era imprescindible.

En todas estas apreciaciones mías había un análisis y una experimentación, además, de la correspondiente síntesis, siendo también frecuentes los retornos a mi propio pensamiento anterior. Y esta reproducción del propio pensamiento para reanalizarlo, ¿no era una experiencia psíquica? Indudablemente, aunque fuera un fenómeno puramente mental. Luego la experimentación es —deduje— aconsejable siempre aun para investigar en los procesos de conciencia. Había más. Para inducir en el pensamiento se requería ineludiblemente, so pena de constantes equívocos, pues toda inducción ha de verificarse por repeticiones sucesivas. Luego la experiencia es absolutamente necesaria y sus variaciones no son más que la adaptación de un principio teórico —la multiplicación artificial de hechos o de procesos— del mejor modo que corresponda según la esencia de la cosa que se investiga. Por otra vez volvía a tropezarme con las esencias de las cosas. ¿No sería —me dije— que en buscar estas esencias consiste el método natural del entendimiento? ¿Qué hacer éste para comprobar la veracidad de un juicio? Únicamente dictaminar si la esencia del predicado pertenece a la esencia del sujeto. Cuando el juicio no es la traslación de una experiencia otro camino no es posible. Si es una aseveración experimental entraña que exista una probabilidad de pertenencia (la seguridad, lo que ya consta, no se investiga) comprobada efectivamente en ese caso concreto. Luego en toda clase de investigación el entendimiento *esencializa*.

De pronto se presentó la que, al parecer, era primera dificultad de las investigaciones. ¿No es menester seguir un método al pretender averiguar las esencias de las cosas? De ninguna manera. Sólo es preciso analizar, y ya hemos visto cómo el análisis no es un método, sino una de sus partes. A pesar de todo —seguí objetándome— al inquirir las esencias de las cosas encontramos solamente conocimientos parciales de cada una de las que examinamos. Y la ciencia quiere algo más, evidentemente: sintetizarlos; formar después con ellos una ley general y deducir por último sus aplicaciones concretas. Así, pues, de este modo las esencias son los principios del método y las conclusiones que persigue. Luego el camino de la Verdad está en la esencia de las cosas y, de consiguiente, con las variaciones de éstas variará el substratum del método. Precisamente en esta alterabilidad en relación con la materia en que se investigue, estaba, ya lo hemos visto, el interés y fondo del problema, su genialidad, por así decirlo, y su difícil percepción. El análisis y la síntesis existen invariables en todas las investigaciones, por cuya causa se manifiestan con facilidad en cualquier proceso mental. En cambio, las esencias de las cosas y de las ciencias —entiéndase bien el alcance de la expresión— están sometidas en nuestra inteligencia a un devenir incesante, en el sentido de que cada cuestión que se nos plantee ofrece posibilidades distintas, ya que cada cosa tiene un algo peculiar, lo que la individualiza, lo mismo que cada estado, por cuya razón tantas como cuestiones se ofrezcan a nuestra consideración se ofrecerán esencias distintas al aprecio de la metodología.

Cada ciencia necesitará, y aun cada problema, una modalidad especial de abordamiento. Su naturaleza constitutiva radicará en un principio esencial distintivo. Dar con este principio y aplicarlo conscientemente: en esto consistirá la premisa fundamental del método esencialista.

Al fin llegaba a la cumbre y concluí: «El método de las ciencias deberá ser adaptado a las esencias de las mismas y puede descomponerse en las partes que siguen: 1) Análisis preliminar encaminado a conseguir la individualización. 2) Determinación de las esencias y agrupación de las coincidentes. 3) Síntesis para formar consecuencias de valor general».

Cuando los eclécticos propusieron el suyo como método más conveniente —y en el fondo llevaban razón— se les objetó duramente, pero con todo el rigor de la lógica, que para verificar la elección propuesta una cosa era necesaria: un método. Un simple cambio de perspectiva, una consideración más radical anuló en un instante la construcción levantada con esfuerzo, y el método ecléctico se desvaneció como en las manos de un prestidigitador habilísimo. Con todo, el eclecticismo era una necesidad. Se habían considerado separadamente los elementos metodológicos y se imponía su aplicación con un criterio de oportunismo. La unión entre la síntesis y el análisis —dos partes en todo procedimiento intelectual— precisa verificarse con un criterio fijo: la esencialización ; otro no puede darse.

EL MÉTODO ESENCIA LISTA APLICADO AL DERECHO

ANÁLISIS DEL CONCEPTO UNIVERSAL DEL DERECHO.

En este momento de la investigación se hace posible comenzar el análisis previo del concepto de Derecho, necesario para ordenar, de modo general, el sistema de proceder propio de su contenido, según la primera de las bases anticipadas. Es preciso partir de cualidades innegables y de principios evidentes, incontrastables y de admisión general.

No voy a pasar del concepto vulgar al concepto técnico del Derecho: uno y otro son expresiones de un mismo algo que es requisito determinar. El Derecho, como pretensión, está contenido en la norma de donde emana, de la misma manera que la norma está contenida en un sistema ético ideal, que inspiró al legislador. Las dos ideas son correlativas y pueden agruparse en un concepto superior que las comprenda. ¿Cuál es el supuesto mental que da a ciertas situaciones carácter jurídico? Al responder esta pregunta encontraremos las cualidades esenciales al Derecho. Porque moviéndonos en un mundo de conceptos universales si una idea general, que integra múltiples situaciones parciales, resultara de identidad sustancial al compararla con una relación humana, es evidente que esta relación quedaría en la órbita del Derecho, por ser medible en unidad jurídica. En busca de esa universalidad lógica, sería en vano recorrer ciencias jurídicas o conceptos particulares. Tampoco la experiencia histórica podrá proporcionarnos sino contestación muy relativa.

Este paso, o inducción, de lo particular a lo universal, sólo puede verificarlo la mente después de haber observado con detenimiento cuáles son los supuestos esenciales o permanentes que resultan invariables, a pesar de las sucesivas apariciones e investiduras distintas o que la misma noción se nos presenta; pero como esta noción se ha dado por el entendimiento a cada una de las formas de percepción, a consecuencia de coincidir con el ente de razón que las tipifica, sucede que tal inducción sería, en definitiva, un círculo vicioso.

La noción universal del Derecho es un postulado mental necesario que antecede a su particularización, la cual no es otra cosa que una consecuencia de la posibilidad de comprensión de esta idea en el ámbito de la otra. De aquí que la investigación de este concepto se pueda hacer únicamente considerándolo en sí mismo, aunque quepa después verificar una regresión a título de comprobatoria.

¿Renunciaremos, pues, para estudiar el concepto de Derecho a toda labor que no sea de carácter exclusivamente intelectual? De ningún modo. Alusiones continuas a la experiencia histórica demostrarán, paladinamente, que no la desechamos.

El concepto de Derecho suscita inmediatamente la idea de *rectitud*, y a seguido su contraria *injusticia* (no Derecho), más expresivamente representada por el vocablo *entuerto*. En todos los

idiomas indoeuropeos sucede lo mismo (¹).

Esta rectitud que indica la etimología de la palabra, se refiere a la determinación de una conducta, a una regulación de actos humanos. El Derecho es, como ofrece antes que nada su aspecto externo, una forma reguladora de la vida social. Decir que la vida social es el objeto del Derecho, es afirmar que sólo dentro de la sociedad es éste posible. De lo contrario, habría que decir lo propio de la vida social, y de algo más que trascendiera este límite. Que el Derecho dé normas a la vida social, nos lo asevera la experiencia; que sólo sea apto para las relaciones *humanas*, lo prueba la razón. Para quedar exento de la necesidad de leyes, se requiere la perfecta convivencia instintiva propia del ser no libre, o la ausencia total de la pasión de la carne que modifique los imperativos de la conciencia, propia de los espíritus.

La vida social es imposible sin el Derecho. Esta proposición es cierta, y, en consecuencia, lo será, asimismo, la vinculada conexas: el Derecho es la causa eficiente de la vida social. Y como el Derecho es igualmente imposible sin la vida social, su misión será, pues, reducir ésta a orden jurídico, entendiéndose con esta expresión «el desenvolvimiento de las actividades humanas ordenado según el régimen de la Justicia para el bien general». Orden, en cuanto da un cauce y un apoyo a los actos humanos; jurídico, porque se verifica conforme a un sistema de valoración del obrar. Según esto, podemos definir provisionalmente (en tanto su comprensión no se completa) diciendo que el Derecho es un ordenamiento de la conducta humana, de acuerdo con un principio erigido como sistema.

En el fondo de todo ordenamiento jurídico hay una premisa muy simple, de la que serán emanación por desarrollo sucesivo los preceptos concretos en que cristaliza. Por su parte, las relaciones humanas son exteriorizaciones e implican una forma de actividad. No permanecen en la esfera intelectual, sino que trascienden a la del obrar, porque en el primer estado la única relación posible es la que se produce entre el sujeto y el pensamiento. Para que exista relación es imprescindible una exteriorización del fenómeno interno, capaz de ser percibida por los sentidos. En esto consiste el acto, y lo exterior es postulado de su existencia. El Derecho es —lo hemos dicho— una regulación de los actos de esta clase. Los fenómenos internos sólo le interesan en cuanto de alguna manera sean la traducción de situaciones exteriorizadas. Pero esta exigencia no es bastante. De todos los actos que verifica el hombre, sólo un número muy reducido se configuran en una relación. Y aun de entre éstos, un grupo bastante numeroso carecen ante el Derecho de toda eficacia. Otros, sólo la tienen relativa. Dos ejemplos dejarán estas dos cuestiones suficientemente aclaradas. Supongamos un convenio entre dos sujetos, de carácter puramente social: la celebración de una reunión en lugar y momento prefijados. La no comparecencia de uno de ellos, no tendría ante el Derecho efecto alguno. Es una omisión sin consecuencia jurídica. Del mismo modo, y en otra hipótesis, constreñidos violentamente por una fuerza ajena o por una obcecación personal, cuyas causas nos

1

Dharma, en sánscrito, **emparentado** con *lhâra* costumbre; *δικη* representando una y otra idea, en griego. Ocurre en latín un fenómeno distinto. **Ius** está relacionado con *iustitia*, *iusteza*; y de **directum** derivan en las lenguas románicas *derecho*, *direito*, *diritto*, *droit*, *dret*.

En las lenguas indoeuropeas de procedencia germánica parece que hay que remontarse al sánscrito *rgûta* = *rectitud* que es en inglés «*right*», en alemán «*recht*» y en dinamarqués «*ret*».

Ensayo 2.

son inimputables, ejecutamos una acción sancionada como antijurídica. En ninguno de los supuestos, ni en la omisión ni en la acción, se originan para los sujetos hipotéticos resultados que ante el Derecho sean considerados eficaces. En el primer supuesto, el acto no es jurídico, es decir, mensurable con las categorías normativas prefijadas en el sistema ético de valoración. En el segundo, falta la presuposición de *acto humano*, esto es, su procedencia del hombre en cuanto tal, es decir, como sujeto que es de potencias espirituales. Por tanto, las acciones del hombre para ser capaces de valor jurídico, habrán de contener una determinación volitiva inteligente y un supuesto normativo en el sistema de valoración del obrar.

La distinción en el acto de dos elementos, interno y externo, mantenida por Stuart Mili, y censurada, entre otros, por Del Vecchio, no es innecesaria, aunque no sea perfectamente real. En realidad, los dos han llevado sus consecuencias un tanto lejos. El primero, sosteniendo que en todo acto existe un fenómeno interior deliberativo, previo al hecho, incurre en una equivocación. Pero el segundo, en cierta medida se contradice. Al llamar acto a la deliberación detenida, prescinde momentáneamente de su concepción de acto como *un hecho de naturaleza*, y sobre todo como fenómeno *atribuido* a un sujeto, porque la condición de atribuibilidad requiere la de perceptibilidad, y mal podría decirse que la deliberación sea perceptible. Distinto es el hecho de la incognoscibilidad, ya que la cosa o fenómeno puede ser conocido aun sin ser perceptible. Las dos ideas son distintas, refiriéndose una a la razón y la otra a los sentidos. Otra cosa diríamos si Del Vecchio entendiera por acto todo fenómeno que originara un dispendio de energía física, en cuyo caso le argüiríamos desde otra perspectiva. Si sólo considerara como acto la deliberación detenida, resultaría entonces que la cantidad en una cosa produciría una alteración de su esencia, puesto que a la deliberación instantánea, seguida de acción, confiere naturaleza distinta.

La verdad es que —lo afirma también el tratadista italiano— la deliberación y el acto «están compenetrados». Todo acto (y en todo esto prescindo de movimientos instintivos) va unido a una volición, a un querer del sujeto. Esto es por sí mismo evidente, y de ninguna manera lo contradice el que anteriormente haya existido un proceso exclusivamente intelectual. La existencia del acto acredita por sí misma que en el momento de su verificación hubo la imperación volitiva, por cuanto es un postulado de su existencia, ya que la mera deliberación no produce el acto mientras no vaya seguida del consentimiento subjetivo en la actuación. Luego en el acto humano, ejecución y voluntad productora son conexiones inseparables. Surge el hecho de naturaleza cuando la voluntad lo subraya, y el imperativo de la voluntad es su agregado necesario.

Sin embargo de todo esto, la bifurcación realizada por Stuart Mili no es inútil, sino conveniente. Por la existencia de actos instintivos en los cuales la voluntad no desempeña la misión productiva precisamente, y sobre todo por aquellos en los cuales la misma voluntad es excesiva o deficiente con relación al resultado final que originó el acto, es de interés entonces determinar, en la medida de lo posible, la verdadera intención del sujeto, siendo bueno para conseguirlo separar el hecho exteriorizado de la deliberación interna.

Advierto también, como contrapartida, que en el acto humano puro y consecuente no es posible divergencia alguna entre lo querido y lo realizado. Ahora bien: como muchas veces se actúa mediante instrumentos y factores ciegos, pueden las causas fortuitas alterar las previsiones de la voluntad. En ello puede existir también una negligencia del agente.

La voluntariedad de los actos es un principio general. El Derecho para su apreciación lo recoge

estableciendo la presunción de identidad entre lo pretendido y lo actuado, y para no desentenderse de los elementos internos, que también le conciernen al ser el Derecho una norma de conducta, es decir, una regulación de la voluntad, admite como posible la demostración de una divergencia.

De aquí se desprende, pues, que el Derecho, como regulador de la conducta, debe, en primer lugar, atenerse a los actos volitivos, cuya realidad fue enteramente prevista y querida por el sujeto, y cuando esta realidad sea excesiva o deficiente con respecto a la voluntad productora, se fijará, principal modo, en el acto querido, y sólo secundariamente tendrá en cuenta lo que falte o exceda. Los actos involuntarios, puras situaciones internas exteriorizadas físicamente, cuyo sujeto no es, hablando con sentido propio, agente, por falta de la relación de causalidad, no son imputables, y sólo en cierta manera pueden ser jurídicamente considerados.

Con lo dicho hasta aquí, podríamos concluir que el Derecho es, por de pronto, una ordenación de los actos volitivos. Los actos involuntarios no son susceptibles de ordenación. Independientes de la voluntad del sujeto, sería vano intentar su regulación, porque escapan a toda coacción y a toda norma.

Presupuesta esta ordenación, se presenta a continuo un problema de *modo*, conectado con éste. ¿Cómo se verificará la ordenación? ¿Qué criterio seguirá el Derecho para regular la conducta humana? Inmediatamente se responde con sólo haber considerado con algún cuidado las esencias asignadas, hasta el presente, a la noción de juridicidad. Si atribuíamos como misión al Derecho reducir la vida social a orden jurídico, según un criterio erigido como sistema, es claro que el señalamiento de tal sistema será respuesta al *cómo* y al *que* formulados antes. «Obra de tal manera que el libre uso de tu albedrío pueda coexistir con el libre albedrío de los demás, según una ley universal de libertad.» Este era el principio kantiano fundamental de la regulación jurídica, hasta el punto de hacer de él parte integrante de su definición del Derecho. Sin embargo, el postulado de Kant ni es jurídico, ni suficiente. No es jurídico, porque es una norma de conducta individual y subjetiva, que sólo se refiere a los demás por exclusión. Todo el máximo honor que se le puede conceder, es darle carácter de norma moral. Porque —ya lo he dicho— el Derecho no es una norma de conducta para el individuo, sino un sistema de ordenación de las relaciones humanas. Para la conducta del individuo, es la Moral, como demostraré en breve, y sólo ella, como sistema obligatorio. De sus preceptos como norma suprema pueden derivarse otras, obligaciones que limiten la autonomía de la voluntad, pero lo son en virtud de ella, de quien reciben fuerza y censura. Y aun como norma moral, la máxima kantiana es insuficiente. Por dos razones. Primera, porque falta precisar esa ley universal de libertad de que él habla. Segunda, porque son poco prácticas y dificultosas de hacer, como muestran los ejemplos que el filósofo aduce, esas deducciones sobre la posible coexistencia de los albedríos. Aunque se haya dicho lo contrario, y dentro del mismo carácter, es muy superior en hondura y valor práctico aquella sentencia evangélica: «No hagas a los demás lo que no querrías que se te hiciera a ti mismo»; porque da a conocer claramente la medida de la conducta.

Para llegar a la fijación de una máxima jurídica que pueda servir de fundamento sistemático, ha de partirse de dos consideraciones. Una, que el Derecho debe ordenar la relación humana desde un punto de vista enteramente objetivo y teniendo presente el bien común de modo continuo, pero sin atacar en ningún caso la inviolabilidad de los sujetos que la constituyen, en cuanto tales. Otra, que la convivencia de los hombres se da en condiciones imperfectas. De aquí se desprende la necesidad de recurrir a los artificios indispensables para mantener las actividades humanas ordenadamente,

que, en la estricta aspiración ideal, son evidentes deficiencias (ficciones, presunciones, etc.).

En conclusión, la máxima fundamental será: ***realista, ordenadora de relaciones y no de voluntades, y siempre conforme al ideal de justicia, en la medida de lo posible***. Aludía en el otro párrafo a las ficciones y presunciones jurídicas. Una de ellas, importantísima para el Derecho, es la de suponer las leyes conocidas por todos. Nuestro Código civil, en su art. 2º, la expresa así: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». ¿ Puede darse alegación más ajusta para omitir alguna formalidad legal que la abstención por ignorancia? ¿Cómo ha de obligar lo que no se conoce? Y, sin embargo, todas las legislaciones están unánimes en su negación. Llevadas por la necesidad de que la ley se imponga, tienen que atenerse al criterio de la imperfectibilidad del mayor número, y como la admisión de la fórmula contraria produciría una desarticulación social, que imposibilitaría el Derecho mismo, se ven constreñidas a pronunciarse en el otro sentido.

Consideraciones como la presente esclarecen el ***por qué*** de la Justicia dosificada. Ella es, como principio ético, inatacable, pero para salirle al encuentro no es dado a la sociedad humana el seguimiento puro de la rectitud ideal; hay que seguir la línea curva de nuestras deficiencias constantes. Por eso la Justicia es para el Derecho, más que una norma positiva, una de abstención, que mejor que señalarle el camino le indica por dónde no se debe ir.

De todo esto se desprende también que el Derecho no tenga sólo por misión el ordenamiento de la vida social, sino que además le competa su perfeccionamiento. Concibo el Derecho no como una posición o misión estática, indefinidamente la misma, sino como movimiento y actuación. Si el Derecho se contentara con solucionar los conflictos por colisiones individuales, éstos se producirían de modo permanente, sin que cupiera otra cosa que remediarlos con posterioridad. El Derecho es también educador de voluntades, y además de curarlos le corresponde impedirlos. Existe una posibilidad física absoluta de producirse el entuerto. Pues precisamente por ella surge para el Derecho la necesidad de su evitación indirecta por medio del perfeccionamiento social. La creación de formas de vida superiores jurídicamente, es el supremo remedio contra la antijuridicidad. La experiencia histórica demuestra que con la paulatina emergencia de la cultura, se reduce gradualmente el crimen.

Es para verificar el ordenamiento para lo que se necesita la máxima fundamental que investigamos. Negativamente no habrá de ser opuesta a la Justicia, aunque acaso tenga que desviarse de ella en forma momentánea. Positivamente, habrá de ordenarse al bien común.

Queda por determinar el objeto del Derecho y su forma de expresión. Por lo que atañe al primero, ya indiqué cómo los actos humanos, considerados en sí mismos, no tienen interés jurídico. Son fenómenos individuales que, mientras permanezcan en el agente, no están dotados para el Derecho de un valor eficaz.

Para que lo tengan se precisa inexcusablemente que coincidan en algún extremo con los actos de los demás, o, por lo menos, de otro sujeto. No basta que el acto se proyecte hacia el exterior para que sea jurídicamente atendible. Es requisito, además, que se conecte con otro acto humano por lo menos, o, a lo sumo, con la masa social. En la órbita del Derecho caben tan sólo los actos en relación, es decir, las relaciones humanas.

Respecto a la forma de expresión del criterio para ordenarlas, hay que tomar en cuenta que no puede serlo la suprema Justicia, que nos es inasequible, ni tampoco un punto de vista cualquiera sobre ella,

que ya no sería un ideal. Debe serlo el mejor de nuestros puntos de vista. Por eso, con la progresiva perfección de la cultura, que mentaba' antes, se irá elevando imperceptiblemente. Pero la fórmula debe valer por ahora y para aquellos momentos, ya que lo caduco y transitorio no tiene valor éticamente. La fijo así:

Corresponde al Derecho hacer que las relaciones humanas, atendiendo al bien del mayor número, quepan en la órbita de la Justicia. (La expresión resulta un tanto vaga, pero es la forma de mantenerle valor general.)

La razón de ser de la última parte está en que el Derecho, en el momento en que sea creado, se encuentra con instituciones imperfectas, contra las que es impotente en cierta medida, según su arraigo social. En las alegaciones de los filósofos clásicos para justificar de alguna manera la esclavitud se ve clara esta distinción.

Después de afirmar que el principio de encuadramiento' del Derecho es el criterio de lo justo, queda inmediatamente conectada con la idea de Derecho la idea de la Moral, como último punto de referencia de la idea de Justicia.

Aunque por conveniencia práctica hemos adelantado la diversidad de las dos ideas de Derecho y Moral, lo hicimos así de una manera incidental, que requiere mayor desarrollo.

Porque todas las manifestaciones de la conducta humana no caen dentro de la esfera del Derecho, es de distinguir las que son Derecho de las que constituyen otra forma distinta de valoración ética. Se trata, concretamente, de lograr la ***íntima diferencia*** al concepto de Derecho. No voy a emplear palabras propias para decir desgarbadamente lo que ya está con suficiencia expresado. Con palabras ejemplares lo expuso Del Vecchio en su ***Filosofía Jurídica***: De un mismo principio, según su diverso modo de aplicación, se derivan las dos especies fundamentales de valoración del obrar, que son cabalmente, las categorías éticas de la ***Moral*** y el ***Derecho***.

Importa advertir que no es posible, lógicamente, ninguna otra forma de valoración del obrar, además de las mencionadas. Las acciones humanas no pueden ser consideradas bajo más que estos dos aspectos: o ***a parte subjecti*** (con lo cual nos hallamos en el campo de la Moral), o ***a parte objecti*** (con lo que tenemos el campo del Derecho). No se da un medio entre estos dos términos: ***tertium non datur***. Las tentativas de cambiar la clasificación bipartita en tripartita son falaces. Se ha querido añadir una tercera categoría ética a las de la Moral y el Derecho: la de la ***costumbre***. Pero la costumbre, por sí, no es más que el hecho de la observancia de ciertas normas que pueden ser morales o jurídicas, pero no una especie propia de normas. Asimismo, el ***decorum*** o conveniencia política (como fue definido, por ejemplo, por Tomasio); es un criterio particular, que en cuanto se traduce en preceptos asume, necesariamente, la forma de una u otra de las dos categorías antedichas. Análogamente, la ***Religión*** es un complejo de creencias y dogmas, que pueden servir de fundamento a un sistema de determinaciones de la conducta; pero este sistema, ***aunque fundado de tal manera***, constaría, sin embargo, de determinaciones ***morales y jurídicas***.»

En las palabras transcritas está indicada también la diferencia entre Derecho y Moral, problema antiguo en la historia de la Filosofía y repleto de soluciones encontradas.

Generalmente, por una confusión de ideas, se viene atribuyendo a Tomasio el primer criterio diferenciador. Nada más lejos de la verdad. Aparte de seguir éste una distinción equivocada, los grandes filósofos y juristas de todos los tiempos han sentido claramente la diversidad, aunque, por

eso mismo, no la afrontaran directamente. De otro modo no se explicarían bien frases como ésta de los juristas romanos: «nom omne quod licet, honestum est», ni tampoco definiciones como la de Dante: «Jus est realis ac personalis *hominis ad hominem* proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit».

Donde la distinción es clarísima y deliberada, aunque no se formule para realizar una separación, que se juzgaba entonces, como hoy hacemos muchos, funesta, es en Santo Tomás de Aquino. Ya Stahl (citado por Mendizábal) reconocía que Santo Tomás había conocido la distinción entre Derecho y Moral, si bien «no la aplicó o no la comprendió en la práctica». Lo real es que no quiso el Aquinatense divorciarlos, como pretendió después la doctrina posterior.

Son muchos los pasajes del Aquinatense en donde la diferenciación es manifiesta. Cita algunos Mendizábal, y especialmente opone a Stahl el siguiente: «... De his potest homo legem faceré de quibus potest iudicare. Iudicium autem hominis esse non potest de interioribus actibus, qui latent, sed solus de exterioribus motibus, qui apparent. Et tamen ad perfectionem virtutis requeritur quod in utriusque actibus homo rectus existat. Et ideo lex humana non potuit cohibere et ordinare sufficienter interiores actus...» Quiero añadir a tales citas únicamente los artículos 2º y 3º de la Cuestión XCVI, que me son particularmente gratos, como antecedentes de gran parte de mi doctrina.

También en nuestros Soto, Suárez y De Lugo está la cuestión clarísima, como pondré de manifiesto en otro trabajo.

Personalmente, para verificar la distinción (que no separación, entiéndase) seguiré una casuística predeterminada, como me viene impuesto por las consecuencias de carácter práctico a que enderezo este análisis.

Partiré, en primer lugar, del concepto de Justicia. Según la definición de Ulpiano, «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi», es decir, que la refiere a dar a cada uno su derecho. Queda por dilucidar si el término consignado por Ulpiano designa al Derecho positivo. De ser así, obtendríamos, como consecuencia, que para ser justo y servir a la Justicia bastaría respetar en los demás los Derechos concedidos por la ley. Pero muchas veces ocurre que, contra lo dispuesto en la ley, la amonestación invencible de nuestra conciencia nos dice que el mandamiento legal es a nuestros ojos un entuerto. Se establece una pugna entre la justicia real y la justicia ideal, que ante nosotros termina con la censura de aquélla. Existe, por tanto, una norma de conducta superior a la del Derecho positivo, aseverada por la conciencia de modo indubitable, mediante la cual valoramos y justificamos el Derecho vigente con una seguridad de criterio que es promesa segura de verdad. Este ideal de Justicia, connatural al hombre, innato, es el llamado Derecho natural.

Establecer una diferencia entre el Derecho natural y el positivo es cuestión que encierra bien pequeña dificultad. Según el parecer de Cicerón, la ley natural «es la razón suma inserta en nuestra naturaleza, que nos manda cumplir el deber y nos veda la traición al mismo».

Así, el Derecho natural se distinguirá del positivo: a) *Por su carácter*. El Derecho natural es intrínseco al hombre, es decir, brota de la conciencia, de la razón práctica del sujeto, donde encuentra su génesis y perfecto desenvolvimiento. En este sentido podríamos decir que el Derecho natural no es otra cosa que la aparición de la Ley Eterna de Dios en la mente del hombre. El Derecho positivo, por el contrario, es extrínseco al hombre, objetivo. Se impone al sujeto por una voluntad distinta, cuyo conocimiento será de fuera adentro, b) *Por su forma*. El Derecho positivo la tiene

concreta y tangible, está en su esencia la perceptibilidad por los sentidos. El Derecho natural es contrariamente abstracto. El Derecho positivo, sea escrito o consuetudinario, precisa para existir de preceptos expresos. El Derecho natural es, en cambio, una amonestación previa, que alecciona sobre la bondad o malicia de un acto cualquiera. De aquí, c): el Derecho positivo es agotable. Es posible en él la existencia de vacíos jurídicos, no existencia de norma reguladora aplicable en un caso concreto. El Derecho natural es inagotable. Ningún caso propuesto a la razón práctica dejará de recibir la sanción adecuada. Añadiremos, además, las notas de coercibilidad física y de conveniencia práctica, que no se dan en el Derecho natural, considerado en sí mismo.

Estos criterios son suficientes para verificar una distinción. Ahora bien: como para hacer la definición de Derecho estas dos formas han de ser recogidas, puesto que la definición ha de ser universal, abarcando todos los Derechos existentes y aun posibles, hay que reunir la nota común, género próximo que se mantenga en los dos conceptos. Pecó de lo contrario Kant, en un extremo, definiendo el Derecho sólo como sistema ideal, y en otro extremo, muchos pensadores de la Escuela Histórica, configurándolo exclusivamente desde el aspecto positivo. Las dos posiciones son censurables. Con arreglo a la primera es evidente que el Derecho no ha existido jamás. Conforme a la segunda, la existencia del Derecho sería únicamente un hecho de fuerza. Desde mi punto de vista, uno y otro Derecho han de ser incluidos en la definición. En consecuencia, ha de ser cada uno de ellos diferenciado y delimitado de la Moral. Pero habiendo distinguido ya entre Derecho natural y Derecho positivo, con sólo distinguir aquél de la Moral daremos el problema por resuelto, ya que después la mutua diferencia quedará a la vista.

Con la delimitación entre el Derecho natural y la Moral se presenta un problema de los más arduos. Lo prueba así la controversia que se mantiene desde Tomasio hasta nuestros días. Sin embargo, al presente ha sido investigado lo suficiente para poder afirmar que se van enderezando y unificando los criterios.

Si enumerase las notas esenciales constitutivas de la noción del Derecho natural, y simultáneamente las de la Moral, de la comparación de unas con otras brotaría la diversa cualificación de aquél y ésta. Imperatividad, generalidad, inmutabilidad, universalidad y obligatoriedad son notas comunes. ¿Cuál será la noción esencial? Todos los actos humanos obtienen siempre la calificación por la conciencia de morales e inmorales; no todos, en cambio, la de jurídicos y no jurídicos. En esta noción de acto humano comprendemos incluso la actividad mental. Y a ella es manifiesto que no se extiende el Derecho. Pero tampoco se extiende, asimismo, a todos los actos exteriorizados. El hecho de escribir en una carta denuestos del prójimo, rompiéndola después, no concierne para nada al Derecho, que no establece ni censura ni encomio de tal acción; la Moral, empero, previene de su ilicitud. En cambio, el Derecho, si la carta fuera recibida por alguien, tacharía la acción de injuriosa. Esto quiere decir que los actos humanos, mientras permanecen en quien los ejecuta, no tienen existencia jurídica, aunque tengan existencia moral. Los actos jurídicos han de tener carácter transitivo, es decir, de relación. Y aquí está la verdadera distinción entre el Derecho y la Moral: Si la Moral es para los actos humanos considerados en sí mismos, el Derecho tiene por objeto los actos humanos proyectados sobre los demás, es decir, el cuidado de las relaciones que pueden mediar entre los diversos sujetos. Esta propiedad del Derecho se ha designado con la palabra alteridad. Y este es el sentido que doy a la expresión siempre que afirmo que el Derecho es para las relaciones humanas, y la Moral para los actos humanos. De aquí se desprende que el Derecho debe negar importancia al acto y revalorizar la *relación*. La concepción del *acto unilateral* es, por consiguiente, engañosa. Lo

que hay realmente es que la proyección de una actividad subjetiva hacia otro sujeto puede ser o no objeto de contrapartida, o sea que la proyección puede ser mutua o unilateral, por sólo una parte. Piénsese en un abrazo y se comprenderá perfectamente.

Después de estas consideraciones puedo dejar establecido que la Etica o regulación de la conducta humana tiene tres partes, que son, en grado descendente: la Moral, el Derecho natural y el Derecho positivo. Los dos primeros corresponden a un sistema ideal inserto en la razón humana, y el tercero a uno real organizado y concreto. Todos ellos tienen una característica común: la normatividad. No regulan situaciones de necesidad, sino de potencialidad. No se refieren a lo que es, sino a lo que debe ser. Este principio del deber ser constituye una de las esencias indispensables de la noción del Derecho. Pero tratándose del Derecho positivo, el principio tiene una ligera atenuación. Como el Derecho positivo es un orden concreto, toda referencia a él será la referencia a un hecho, *a un modo de ser*. De aquí que el estudio del Derecho positivo no sea más que la constatación de hechos. Ahora bien: adviértase que el estudio del Derecho positivo no es lo mismo que el estudio del Derecho, al que corresponde la investigación de un deber ser. Por eso todo problema jurídico puede ser enjuiciado bajo dos aspectos. Desde el primero cabe considerarlo en el sistema legal, tal y como aparece regulado en la legislación de un país. Desde el segundo es posible su reconstrucción ideal, atendiendo exclusivamente a su naturaleza intelectual y a su perfección deontológica, representada por el Derecho natural. En este punto se establece la compenetración entre ambos Derechos, que gozan de una vocación idéntica, cuya sola variante es que el Derecho natural engendra de alguna manera el Derecho positivo, el cual es para mí: «la pretensión de salvaguardar coactivamente los principios de justicia aseverados por la razón natural».

Por su parte, el mundo de la Moral es la esencia superior de la vida, el límite que constituye la perfección humana. Es la voluntad que se posee a sí misma, que impone leyes al propio obrar, que se autolimita según el principio de lo que debe ser y que por íntima reflexión va de conformidad a la gran armonía cósmica del universo de la materia. El hombre, por su mediación, deviene como divinizado; participa, en cierta manera, de la Voluntad divina, que preside todo lo creado, realizando en sí mismo las leyes de Dios.

Otros dos problemas, que se presentan al analizar el concepto de Derecho, son el de la coercibilidad y el de la Justicia. Como son únicamente cualidades del Derecho positivo, brevemente los consideraremos al tratar de la ley. En cambio, corresponde al presente el problema de la

FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO

Cuando Grocio, y más especialmente sus seguidores, ya que el sentido de la opinión de aquél es discutible, quisieron separar el Derecho de Dios, erigiéndole un mundo antropocéntrico, obraron a la manera precopernicana de suponer lo que se ve primero más importante, sin pretender entrar en la profundidad de las cosas. Muchos autores de nuestros días afirmaron después que sería inútil pretender encontrar otro fundamento al Derecho que la naturaleza humana. Es sensible tener que decir de la mayor parte de los juristas contemporáneos que, al tratarla, han desnaturalizado la

cuestión, confundiendo (¡después de tantas *separaciones!*) el fundamento del Derecho y el fundamento de la Moral.

Careciendo enteramente de formación teológica, se puede decir de Dios que existe en el espacio y en el tiempo, y hacerle pensar y querer como nosotros. No significan otra cosa opiniones vertidas a la ligera al pretender enjuiciar críticamente un teologismo arbitrariamente entendido. Así, por ejemplo, escribe Del Vecchio: «Esta forma de teologismo representa un compromiso y un intento de conciliación entre las exigencias de la fe ciega y las del pensamiento especulativo. Sin embargo, aun así, tal teoría es insuficiente para aquietar estas exigencias respecto al fundamento del Derecho, porque se puede siempre reproducir la cuestión de si el valor del Derecho depende sólo del hecho de que emane de la Divinidad (aunque sea de la Sabiduría, en lugar de la voluntad Divina), o bien si depende de algo que se impone a la misma Divinidad.» Todo esto viene a ser como atribuir a Dios nuestras imperfecciones. ¡Qué diferente manera de hablar esta otra! «... Sicut supra dictum est nihil est aliud lex quam quoddam dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam. Manifestum est autem, supposito quod mundus divina providentia regatur, ut habitué est, quod tota comunicas universo gubernatur ratione divina. Et ideo ipso ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens legis habet rationem. Et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternum conceptum, ut dicitur (Proverb., VIII), iude est quod huiusmodi legem oportet dicere aeternam...» «... Ea quae in seipsis non sunt, apud Deum existunt, in quantum sunt ab ipso cognita et preordinata, secundum illud: «qui vocat et quae non sunt, tanquam ea quae sunt «...»

En efecto: Dios crea y el hombre deduce. Pero el papel «de Dios es crear. La creación se verifica con arreglo a los arquetipos que existen desde la eternidad en Su mente, y todas las cosas siguen la ley que El ha querido darles. Y el papel del hombre sería conocer estas leyes, que son la perfección objetiva, y cumplirlas, perfección subjetiva. Esto es totalmente distinto de sostener que pueda Dios dar una ley u. otra. Dios crea, y las cosas *son*. Y tratándose del hombre, la ley natural no es más que una consecuencia que nosotros deducimos de las esencias con que Dios creó la naturaleza humana. Si El nos concedió la libertad, bien sumo que puede hacer que nosotros seamos dignos de merecimiento, porque conociendo la perfección nos la demos; esto no quiere decir que nuestra naturaleza sea la última razón de nuestra conducta, la que nuestra aspiración más elevada ha de ser el realizar en nosotros el ideal de Dios. Porque lo que para nosotros es el *deber ser*, para Dios es, sencillamente, el *ser* (²).

2

Permítaseme este modo de hablar. Tratándose de atributos de la Divinidad, la vestidura corpórea de la palabra resulta insuficiente. Sólo al Verbo de Dios cabe la expresión de Sus misterios. El mundo del Ethos se simbolizaría en un rayo de luz. No es impenetrable, pero subsiste aun después de la infracción. Las leyes físicas, por el contrario, con una sola infracción, salvo en el caso de un milagro, resultarían inválidas. Esto es digno también de considerarse. La posibilidad de infringir los principios morales conduce inmediatamente a Dios. Bien dijo Lamartine al afirmar que la conciencia sin Dios es un tribunal sin juez. No por otra razón Kant se vio, constreñido por la lógica, en la necesidad de colocar a Dios como corolario de su imperativo categórico, aunque pretenda a continuación semidivinizar a la Humanidad con abstracciones insólitas. La fuerza de las cosas es imponderable y siempre está manifiesta la voz interior del deber, que si no amonesta

Esta digresión no tiene otro objeto que ir a combatir a los *antropocentristas* en su mismo campo. Por lo demás, y ya lo he dicho, confunden el fundamento del Derecho con el de la Moral. Y aun en el Derecho hay que distinguir el positivo, cuyo fundamento no puede ser otro que la vida social real (en otro caso sería innecesario) y el natural, que tiene carácter trascendente. Podría decirse que la naturaleza humana era el fundamento del Derecho si éste consistiera sólo en una abstención, porque en ese caso el límite de nuestros actos sería el mantenimiento de la libertad de los demás; pero siendo también el Derecho un regulador de actuaciones positivas, no se puede buscar su fundamento en aquélla, porque las relaciones humanas, que constituyen, como hemos dicho, el ámbito del Derecho, están fuera de la naturaleza humana, son cosa distinta de ella y, por consiguiente, no se pueden medir con esa unidad. Ni tampoco la razón humana es el fundamento, porque no resulta «razón» de obligar; porque la obligación se origina por una relación de dependencia, y la razón, a lo más, conoce los principios, pero no los crea. Inserto en el fundamento del Derecho ha de ir el de su razón de obligar. Por esta causa la doctrina antropocentrista tropezará siempre con un choque intrínseco al querer fundir dos construcciones repelentes, que se encontrarán a perpetuidad en una antagonía dilemática: lo inmanente y la trascendente.

Dejando a un lado esta teoría, monstruosa por la contradicción insalvable que representa, procederé a una esquematización gradual de la normatividad ética, escalonada en tres términos: Derecho positivo, Derecho natural y Moral. Corresponde en primer término determinar el fundamento del Derecho positivo.

Cuando el Derecho positivo se confunde con el Derecho natural, por ser una perfecta realización de sus preceptos, es evidente que la fundamentación de uno y otro coincidirán. Se tratará de la confirmación de una cosa. El Derecho positivo requiere fundamentación aparte y propia cuando se diferencia en sus disposiciones de las normas del orden ideal. No cuando las contradiga violentamente, lo cual sería, en resumen, la tiranía del Derecho, sino cuando, conforme a las consideraciones anticipadas, se ve necesitado de dosificar la aspiración ideal, condicionarla en cierta medida, para el cuidado de la comunidad. La razón de tales deficiencias, que, sin embargo, constituyen Derecho obligatorio, está, como he dicho, en la vida social real. El Derecho es para los hombres. No puede prescindir, por consiguiente, de las condiciones imperfectas en que la vida humana se desenvuelve. Por el contrario, habrá de atemperarse a ellas. El ideal jurídico del Derecho natural es un orden inasequible: una aspiración. Todo lo más que puede conseguir el Derecho positivo es acercarse a él paulatinamente; no contradecir los grandes principios y tener a la vista el Derecho natural. La premisa de la imperfección humana pone siempre una limitación; es el freno de lo finito ante toda aspiración ideal. Y esta limitación, imposibilidad de alcanzar en un acto la verdad jurídica, constituyen la razón de que un orden imperfecto esté dotado de validez obligatoria.

En cuanto al Derecho natural, el fundamento está en el orden querido por Dios para las relaciones humanas, orden que, como cosa abstracta, no tiene existencia real. No es un ser, sino un revestimiento que nuestra mente finita se ve compelida a realizar para conseguir de alguna manera la deducción ética. Su producción no es directa. No es una creación Divina, precisamente porque

por Dios hablará en vano.

Ensayo 3.

no constituye un ser; pero es una consecuencia de la Voluntad Creadora por cuanto *se deduce* de las esencias dadas por *Su* virtud al ser humano.

Si el fundamento del Derecho natural se quisiera hacer descansar en la razón humana, se producirían las inconsecuencias siguientes: O la razón sería *creadora* de la ley natural, o *deductora*, o *aseveradora*. Si *creadora*, la ley natural será el capricho de cada individuo, porque dependería de su voluntad, hacer, o no hacerla o prescribírsela a su medida, lo que vale tanto como negar la existencia de la ley natural. Si *deductora*, hay un principio trascendente de donde deducir, y él o su causa será el verdadero fundamento. Si se supone que la conciencia *asevere* simplemente la obligación de hacer, o la de no hacer, es indudable que transmite un mandato, y el fundamento de obligar tiene que estar en otro sitio.

Tampoco el fundamento del Derecho puede estar en la libre voluntad Divina, que establece a Su gusto la ley. Pensar esto de Dios es medirlo con nuestros criterios. Contradice la inmutabilidad de Su Providencia y Su Sabiduría, y haría necesaria una continua revelación. Pero de la misma manera no se puede decir, en la buena lógica del lenguaje, que los principios éticos se imponen a Dios mismo. Indirectamente son creados por Dios. Contradecirlos El, sería contradecirse a Sí Mismo.

El fundamento de la Moral deriva de la concatenación de las cosas, según también la ley eterna de Dios. Tampoco puede, mucho menos que el Derecho natural, fundamentarse la Moral en la naturaleza humana, porque la Moral está en relación al último fin del hombre: Dios, del cual no puede separarse. Lo moralidad o inmoralidad de los actos humanos dependerá de la relación que guarden con ese último fin.

Y basten estas palabras como bosquejo ligerísimo de la perspectiva de donde pueden contemplarse con justeza las tres fundamentaciones. Ahondar más sería exponer la doctrina moral neoescolástica, saliéndome de mi propósito.

* * *

Reintegrando en esta altura las diferentes características asignadas como indispensables a la noción de Derecho, se puede llegar a la definición universalizando los criterios. Derecho es la fórmula de ordenación deontología-imperativa de las relaciones humanas teleológicamente imprescindibles para la vida social, presidida por el criterio de dar a cada uno lo que en el sistema se le otorgue, al pretender insertarlas, para el bien común, en la órbita de la Justicia.

PARTE PRIMERA

LA GÉNESIS DEL DERECHO

EL DERECHO POSITIVO Y LOS POSTULADOS DE SU APARICIÓN. EL ESTADO

En páginas anteriores consta, de modo suficiente, aunque con brevedad, cuál es mi posición con respecto al problema del origen histórico del Derecho positivo. Como su presupuesto filosófico, su razón de poder ser, está en la íntima existencia del Derecho natural en la conciencia de cada hombre, resulta claro que el tránsito de uno a otro hubo de producirse mediante ciertos hechos. Acaso parezca raro el esclarecimiento de tales hechos. Con todo, es la pura verdad que las causas que produjeron la conversión del Derecho natural en Derecho positivo fueran precisamente las infracciones de aquél. Sostener esto no es, de manera alguna, afirmar la prioridad existencial del entuerto sobre el Derecho, ya que esta noción es subordinada de la otra, puesto que para poder calificar una acción de injusta es preciso un conocimiento previo de la Justicia. La afirmación de que el paso de uno a otro Derecho se verificó por intermediación del entuerto es otro problema, completamente diverso. Bien se echa de ver la verdad de mi aseveración con sólo considerar una cosa. Mientras las relaciones humanas se movieran en el ámbito de la equidad y del respeto mutuo, no era necesaria ninguna otra forma reguladora que la del Derecho natural. En tanto sus normas estuvieran dotadas de fuerza impositiva bastante para ordenar el desenvolvimiento de la libre voluntad de los hombres, otro sistema de coordinación sería completamente inútil. Al contrario, ocurre una vez aparecido el entuerto. Es un hecho, que cotidianamente confirma la experiencia, la perturbación que las acciones antijurídicas causan en la conciencia general. Cada una de ellas es un atentado al orden ideal de la relaciones humanas y, en su consideración profunda, una amenaza destructiva que se cierne sobre la comunidad. Es lógico, por consiguiente, que produzcan ese temor expectativo, que suscita una reacción de autodefensa social para su evitación en lo futuro. Ese mismo temor origina una situación de inseguridad, que hace dudosas las relaciones humanas y que engendra el deseo, sentido como necesidad, de prestarles la necesaria garantía. Y sólo dos soluciones son posibles: o hacer imposible físicamente la violación de la Norma, o bien imposibilitarla moralmente, intimidando con la amenaza de un castigo al malhechor para que se retraiga de atentar a la Justicia. Dado que la primera solución no era factible, hubo necesidad de recurrir a la segunda.

Había, además, otros motivos. Dentro de la buena voluntad de los hombres existían asimismo situaciones de incertidumbre, que producían un efecto análogo de inseguridad de la convivencia, y que, como nadie es juez recto de su propia causa, postulaban la existencia de una juridicidad organizada. Así surgió, en época remota, el Derecho positivo so la égida del Derecho natural latente en la conciencia.

El Derecho positivo otra cosa no es que el Derecho natural revestido de poder coactivo. Por eso su nota distintiva es la coercibilidad. La vida social tenía una exigencia para subsistir: ceñir coactivamente la libertad individual en el confín de lo lícito. Esto exigía una organización. Había de recurrirse a un procedimiento de reprensión de lo ilícito (necesidad de fuerza) y de fijación de lo que se podía o no se podía hacer (necesidad de ley). Esta exigencia última es posterior, porque primitivamente era la razón natural la encargada de dirimir las discordias. La reunión de ambas cosas constituye el Estado, que es, en consecuencia, un trámite previo para la existencia de la

positividad.

El Derecho natural por sí solo no es bastante para la ordenación de la vida social. Falto de un principio de coacción, la pura imperatividad de sus normas quedaba insuficiente para armonizar las relaciones entre los hombres. En el primitivismo histórico, los que se veían apoyados por alguna fuerza, violaban, desencadenando sus pasiones, las reglas de la pura razón. La conciencia de los oprimidos y de los justos, cansada un día de la expoliación y de la injuria, buscó en la unión el remedio contra aquellos desmanes. Primero, las protestas aisladas; después, los conciliábulos y las asambleas iniciaron el proceso de fusión para la defensa colectiva. Más tarde, las pequeñas agrupaciones y las entidades de carácter natural, estableciendo una norma de vida para los que quisieran habitarlas, fueron los gérmenes primarios que originaron el Estado al desenvolverse en la historia. Así, de la unión para la seguridad de la Justicia y de la autodefensa social es lógico suponer el nacimiento del Estado (había de estar exento de culpa el origen del realizador del Derecho), y no buscarlo en la predominación de la fuerza.

Ya había surgido el núcleo capaz de producir las sucesivas agregaciones. De un lado, con los primeramente unidos, colaboran todos aquellos que sentían la necesidad de protección contra las invasiones de la fuerza. Del otro, el influjo del espacio vital económico, produciendo una dependencia recíproca, enlazó a los grupos independientes. No es difícil imaginar cómo la interdependencia económica puede ser la causa productora de la integración de las entidades naturales. El comercio es, ante todo, relación económica; pero no eso sólo. Es, además, vehículo del intercambio de cultura, que tiende a unificarla. Evidentemente, la desigualdad de culturas tiende a nivelarse con el roce. Cuando la nivelación se produce, nada hay, salvo la separación política, que diversifique las dos entidades, ya en relación estrecha. Y, finalmente, se sentirán parte de un todo, se romperá la última traba, puramente formal, e inadvertidamente se verán integrados en un solo organismo. Después el proceso se repetirá. A medida que la vida se va complicando asoma otra vez la necesidad de completar el espacio vital; son ahora mayores los núcleos que se relacionan y que también terminan por fundirse. Cuando los obstáculos que se ofrecen, geográficos o de cultura, resultan insalvables, la evolución se detiene y surge el contraste entre *lo propio* y *lo de fuera*, que forma la comunidad de sentimiento, constitutiva de la nacionalidad.

En un principio fueron las asambleas, organizadas para la mutua protección, los organismos encargados de aplicar la sanción coactiva o de dirimir los conflictos privados. Primero, según la norma racional; posteriormente, las deficiencias del sistema aconsejaron su atenuación. Y cuando la escritura proporcionó el elemento de fijación indispensable para generalizar las decisiones; y cuando se observó el fondo común de todas las, diversas en apariencia, relaciones humanas, alcanzándose el concepto de lo jurídico, como factor de -tipificación, se fueron estableciendo normas universalizadas, que después se aplicaban a la casuística real. Así nació la ley, que seguramente llevó esta denominación para distinguirla de la norma consuetudinaria. Por eso, según el orden de su aparición, la función jurisdiccional es la más antigua de las del Estado.

No es posible —al menos por ahora— señalar históricamente la aparición del Estado. Mucho menos lo será en tanto -se quieran encontrar en las formas antiguas todos los elementos que hoy se consideran integrantes de este concepto. Siguiendo tan rígidas pautas hay que concluir que el Estado es solamente de ayer. Partiendo de un principio radicalmente opuesto, intentaré analizar cuáles sean los supuestos necesarios de la idea de Estado; pero evitando incurrir en el absurdo de integrarla con caracteres físicos o fácticos, que si son del mayor interés considerados sociológicamente, o desde

puntos de vista como el de Montesquieu, para deducir las leyes como «relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas», no lo son para considerar el Estado sólo como una esencia jurídica.

Una observación detenida descubre en el Estado los elementos siguientes: una Autoridad, que puede imponerse por la fuerza; un sistema normativo, salvaguardado coactivamente, para regular las relaciones humanas que se producen en el medio social, un patrimonio asignado al sostenimiento de los factores económicos destinados a su fin, y una prestación, de servicios, cuya prestación uniforme y reglamentada es imprescindible para la convivencia. Cualquier observador, medianamente atento, descubrirá en el Estado moderno todas estas características. Sin embargo, las dos primeras nada más son inmediatamente esenciales. De las otras no podrá prescindir el Estado moderno sin desnaturalizarse; mas, con todo, no eran en absoluto necesarias para el antiguo. Por esto es posible sustraerlas al concepto del Estado, sin que esta cualidad deje de poseerse.

Si el Derecho natural fuera en cada uno de los hombres de voluntaria y perfecta observancia, es claro que el Estado no existiría, por falta de razón suficiente. La vida social se lograría de modo automático. Obrando todos los hombres sin trasponer el límite de su libertad personal, el desconcierto no tendría existencia y la coordinación de las actividades humanas se produciría en la más armoniosa conformidad, de modo que el bien común se daría siempre como consecuencia de la perfección de la virtud de cada individuo. Mas la imperfección humana impidió que el Derecho natural pudiera producir estos resultados, y como ya hemos visto, dio causa suficiente al Estado. Brota de aquí su finalidad, que consiste, de consiguiente, primero en incorporar el Derecho puro a la vida social; después, proveer al bien de la comunidad, que, por las deficiencias humanas, el Derecho es incapaz de lograr por sí mismo.

Desde tales puntos de vista podría ser definido el Estado como «organismo autoritario dotado de poder independiente y coactivo capaz de reducir un orden deontológico a norma de conducta social». Y con arreglo a este criterio es preciso asignar al Estado una remota antigüedad.

Antes de hablar del origen del Estado es bueno decir que es un producto de actos volitivos, libres, por tanto. De aquí puede pasarse a afirmar como probabilísimo que la existencia de los diversos Estados, aunque brote siempre de un fenómeno idéntico, aludido ya, no se produjo siempre de la misma manera. Los distintos factores se combinaron, probablemente, de vario modo. Con posterioridad a la existencia del primer Estado se debió producir en torno, por una suerte de instinto de imitación, un movimiento acelerador de las *relaciones preestatales*. Asignar a la familia o a un grupo social determinado la formación de todos los Estados es desconocer la contingencia de los hechos históricos. La última afirmación que podemos hacer es ésta: el Estado es una resulta de una relación. De aquí lo próxima a la verdad que se encuentra la teoría de la constitución por contrato (pacto social). Coincido, en cambio, con Kelsen en afirmar que «hay que rechazar decididamente las teorías que ven al Estado originándose de una lucha de clases». La sumisión de un grupo dominado a un grupo dominante no es causa suficiente del Estado. Puede considerarse, a lo sumo, como un medio de crecimiento de su población. La afirmación se funda en lo siguiente: o el Estado estaba imbuido en el grupo dominante, que aparecía dotado de poder de coacción, o surgió con posterioridad. En el último caso se impone admitir que, aunque se forjara como una consecuencia de la colisión", necesitaría del concurso de un hecho distinto, ya que en sí la diferenciación no constituye el Estado. Y este hecho distinto sería en definitiva el verdadero productor. Creo, pues, que el origen del Estado ha de ser, forzosamente, el resultado de un acuerdo, pues jamás la discordia

en sí puede llegar a producir la concordia.

Cuando se enjuició la concepción Duguitiana del Estado se le opuso la objeción de no diferenciar una tribu africana de un Estado moderno. Aparte de la exageración notoria en que incurren sus contradictores, quiero manifestar en su defensa que no es posible juzgar *a priori* sobre hechos o fenómenos sujetos a la evolución histórica. Aislarlos es aniquilarlos. Hay que considerarlos en relación. No es lícito detenerlos artificialmente o sujetarlos en una posición estática en cualquier determinado momento. Todo lo que fluye varía, y, por consiguiente, pretender estatificarlo es privarle de una de sus condiciones constitutivas. Los procesos históricos no se pueden considerar prescindiendo de las relaciones de tiempo y espacio, salvo en su vena interior invariable, porque en ellos todo lo demás es mudadizo. Excepto en este caso, su estudio ha de partir de su misma contingencia, es decir, se han de ver unidos a un espacio y a un tiempo específicos. Lo mismo cabe decir respecto del Estado. No es un ser permanente, sino que está revestido de una *forma* (por naturaleza, mudable) de *devenir*. Por eso la impropiedad de la denominación «Estado». Configurar al Estado por su situación en un determinado momento valdría como delimitar al hombre a partir de la vejez o de la infancia. Para el hombre, sólo lo permanente es esencial. Para el Estado, de quien no hemos visto la plenitud de las transformaciones, tenemos que concluir a la inversa: sólo lo esencial es permanente. Y así, habiendo señalado como consustanciales al Estado la Autoridad y la Norma, tendremos lógicamente que admitir que, desde la existencia de tales elementos de un modo diferenciado y autónomo, puede hablarse de la existencia del Estado. El momento en que su aparición se produjo es —y tal vez indefinidamente— un misterio para la Historia. Cuando se instituyó la primera Autoridad para la protección del Derecho puede decirse que el Estado aparece. El resto de su vida no es otra cosa que el resultado de sucesivas incorporaciones causadas por la presión de necesidades nuevas sobre aquel organismo naciente. Como corolario de la necesidad de estabilización para facilitar el cumplimiento de sus fines, se fijó permanentemente a un territorio. Se sintió después la necesidad de una comunidad económica y, la «cosa pública», que al principio no era más que una solidaridad ideal de intereses comunes, se creó como patrimonio común para llenar esta exigencia. Y así, de modo paulatino, fueron perfilándose en el Estado los diversos elementos que constituyen su fisonomía actual y de que en un principio careciera.

EL ESTADO CREADOR DE LA NACIÓN

Con la aparición del Estado y su arraigo en un territorio definido, surge indudablemente una relación más estrecha entre el hombre y la tierra. Desde este momento ya no es a los súbditos indiferente el nomadismo. Entonces, por el contrario, se siente la necesidad de la inserción a la tierra, base de la comunidad y de la protección jurídica. Fuera del alcance del poder del Estado —lo que equivale a decir fuera del territorio del Estado— la garantía del Derecho se agota. Y el deseo de esa protección y de esa solidaridad cortan las corrientes de la vida errante e imponen la estabilización territorial y la adhesión a la tierra como deducida del aprecio de valor del Estado.

El concepto de Nación es hasta la evidencia posterior al de Estado, porque con anterioridad a él era indiferente el hecho de nacer en uno u otro sitio. En realidad, entre el hombre y la tierra, de por sí,

no se establece relación alguna. Nada de común hay que dé génesis entre ellos a vínculos unitarios. La afección al terruño donde se vio la primera luz es algo irreal si no pende de otras sensaciones. En un soneto famoso expresó Antonio Machado este pensamiento: «Mi corazón está donde ha nacido, no a la vida, al amor...». Si concedemos mayor amplitud al sentido del vocablo amor, su frase será la expresión certera de la realidad. Se ama la tierra en que están los hábitos, los afectos o los recuerdos, pero se la ama, no en sí misma, sino como un símbolo o como una evocación. Y en aquella vida primigenia, donde la estancia era posada, porque la movilidad era el principio, ¿quién había de sentir la sensación de patria? En todo caso, la sensación de nostalgia o de amor del terruño se ceñiría siempre al lugar pequeño que alcanzaba la mirada, frontera de los ojos, en el extremo confín. ¿No es por esto acaso que los habitantes de las tierras amplísimas, llanas, tengan miras más grandes de patria, dando al concepto una amplitud mayor que los habitantes de los términos montañosos?

El sentimiento de comunidad, iónico capaz de constituir la Nación, sólo puede ser un producto del Estado. Ni la comunidad de cultura, ni la comunidad de lengua, ni aun la comunidad de religión, que tiene una afección más íntima, son bastantes a producir por sí solos el sentimiento nacional, aunque su diversidad sea —como he dicho— un obstáculo al crecimiento. Y sin esa comunidad sentimental todo intento de agregación será vano.

En cambio, después de sobrevenir el Estado se llega a la solidaridad. Cada vez se van estrechando más los lazos entre unos súbditos y los otros. La «cosa pública» engendra una relación comunal. La vida económica se va repartiendo y armonizando. La división de trabajo se inicia. Y las economías individuales, en penetración mutua, originan una cooperación estrecha que gradualmente va deviniendo indestructible. Si con anterioridad al Estado cada grupo familiar era económicamente autárquico, después, con la división del trabajo y con el aumento de necesidades, causado por el aumento de los recursos, la primitiva autarquía se convierte en dependencia recíproca. Y entonces es cuando se siente la necesidad de convivir, porque el hombre se percata de que la vida en otra realidad distinta es desabrida y áspera. Y entonces se produce la diferenciación entre el *dentro* y el *fuera*. Dentro está la protección, la garantía, la relación afectuosa; fuera, el desamparo, la inseguridad, el odio. Y ante este dilema la elección no es difícil.

Paralelamente a este fenómeno se presenta otro de consecuencias parecidas. También se origina una distinción entre los de dentro y entre los de fuera, aunque no se atiende al nacimiento para determinarlos, a causa de la diversidad de lugares en que los primitivos constituyentes han nacido. Como son pocos, pueden contarse y conocerse. Pero el beneficio también se extenderá a sus hijos, prescindiendo asimismo de su lugar de origen. Y de ahí que sea el *jus sanguinis* el primer vínculo que se estableció para asignar el hombre al Estado con la relación de ciudadanía.

EL ESTADO, NÚCLEO DE ATRACCIÓN Y FUERZA DIRECTIVA

Es indudable la diferenciación que había de producirse entre los súbditos del Estado y los habitantes de los territorios limítrofes. De un lado, la lucha incesante por la vida, la continuada situación de autodefensa; del otro, la cómoda disciplina social y la abundancia producida por la división del trabajo. Ambos bienes eran apetecibles, y por esto no debe dudarse que se produjera una corriente inmigratoria. A la entrada de «los de fuera» hubo, seguramente, alguna forma de oposición. No es fácil que los que nada habían contribuido a la creación del Estado gozaran de las mismas ventajas que quienes habían tomado parte activa y habían incorporado su esfuerzo. Confirma la Historia cómo las nuevas nacionalidades sienten con pasión esta diferencia entre los propios y los extraños.

Por eso los puramente *acogidos* habían de tener en la comunidad ciertas restricciones, que desaparecerían después por servicios al Estado o por la asimilación verificada en el transcurso del tiempo. Esta es la primera fase en el crecimiento del Estado. La segunda es completamente distinta. Tiene lugar por el nacimiento de otros Estados, geográficamente próximos. La dependencia económica los enlaza con el comercio y luego el influjo del *espacio vital*, que ya señalamos, disgrega la diversidad, fusionándolos.

Como derivados de esta teoría estableceré los principios siguientes: 1º. Dos espacios vitales interdependientes tienden a fusionarse para formar un sólo Estado. 2º. Los Estados así formados siguen un proceso idéntico. 3º. La fusión se detiene ante un obstáculo geográfico insalvable, o ante culturas repelentes, que impidan el comercio. 4º. Este complejo geográfico-psicológico origina un sentimiento centrípeto que causa la Nación.

Claro está que los principios que expongo son de causalidad relativa. Este crecimiento de las primitivas agrupaciones es un fenómeno normal, aunque sometido a contingencias multiformes. Aquí, como en todos los problemas históricos, huir del dogmatismo es una necesidad. Los hechos humanos suceden bajo el impulso de voluntades libres. Existen modificaciones profundas y alteraciones inexplicables, aunque los hechos disfruten de una identidad radical. Si las dos bases permanecen inalterables: hombre y mundo, no sucede lo mismo en la combinación de los factores condicionantes. Con todo el principio vale, porque late como tendencia.

Es curioso observar cómo los Estados nacionales, que son los más perfectos y de evolución más adelantada, se detienen ante las grandes cadenas montañosas que carecen de solución de continuidad. Las montañas son los mayores obstáculos del comercio e interrumpen, por tanto, la perfecta fusión de culturas, base de la nacionalidad.

Por el contrario, si pensamos en la península Ibérica la veremos netamente trazada entre los Pirineos y el mar. A todas luces constituye un territorio idéntico destinado a ser la base física de un solo Estado. El hecho de que al presente no pueda decirse tal, no va contra la tesis sustentada, porque lo que deviene, aunque el presente no esté verificado, no arguye para decir que no se verifique jamás.

Finalmente, puedo decir que el sentimiento nacional tarda en producirse tanto cuanto el comercio necesite para disolver los vínculos sociales antitéticos.

Pero no es el Estado el sujeto de una misión estática que cumpla indefinidamente encerrado en sí mismo. Es también una fuerza directora en las empresas del mundo. Esta misión universal es consecuencia inmediata de su fin primario. No es la garantía interior el único objeto del Derecho. También la garantía exterior le concierne. Del mismo modo que las relaciones entre los individuos, son necesarias las relaciones interestatales. Cada Estado, lo mismo que cada individuo, tiene el deber de colaborar para la realización del Derecho. Ocurre al presente, lo mismo que en los tiempos preestatales, la carencia de coactividad para el derecho de gentes, y el deber ser es, del mismo modo que entonces,

Ensayo. 4

erigir el orden natural en orden positivo. La aspiración imperial que conmovió las entrañas de la «enorme y delicada Edad Media», que ansiaba una autoridad más alta que la de los reyes para dirimir sus discordias, es la misma que palpita al presente como en otras épocas históricas, traducida en un anhelo de paz permanente. Satisfacer este deseo es también una misión de todos los Estados.

EL ESTADO COMO CREADOR DEL DERECHO Y EL DERECHO COMO REORGANIZADOR DEL ESTADO

Ya hemos visto cómo son las características del Estado el Poder Soberano y un fin jurídico. Es la noción de fin la que distingue el Estado de otras organizaciones dotadas de Poder, por ejemplo, la Iglesia. Dada la idea de poder que profeso, absolutamente jurídica (la capacidad de producir y mantener un orden jurídico), el poder de la Iglesia no es esencialmente diverso, en este sentido, del poder del Estado. Su fin, empero, es radicalmente distinto. Si el Derecho para la Iglesia es un medio, para el Estado es el fin. Siendo, pues, el Derecho la conceptualización del Poder, resulta clara la separación entre los dos poderes jurídicos y otros también capaces de imponerse por la fuerza.

En la producción del Derecho se pueden diferenciar tres operaciones: Una intelectual, la segunda de volición, la tercera de fuerza. Todas ellas son los atributos del Poder. Y si en el sistema de división se escinden, se hace la salvedad de la Soberanía, que se considera indivisible y única. La operación intelectual es la más importante, porque en ella consiste la verdadera creación del Derecho. Por su mediación las premisas innatas de la razón práctica se multifican ante la realidad concreta para constituir formas ordenadas de la vida social. Esta creación, en los primeros tiempos lenta y difícil, resultado de enjuiciar los casos particulares que se presentan en la convivencia según la razón natural, va por influjo de la experiencia haciéndose cada vez más abstersiva, al sorprender el fondo común de los casos particulares, hasta cristalizar como al presente en un sistema de principios generalizados, a cuya luz la elaboración del Derecho se torna en una operación reflexiva y abstracta, no casuística ni de juicio. Y aun estas normas generalizadas son objeto de un progreso constante. Suponen una tendencia a la Justicia ideal, a la que se aproximan incesantemente, aunque sin alcanzarla nunca, a la manera de una progresión matemática. Por eso he afirmado que la Justicia era una aspiración del Derecho.

Desde el momento de la existencia del Estado, puesto que ya es posible la coercibilidad, el Derecho

positivo es un hecho. Derecho y Estado son términos en correlación. Mutuamente compenetrados, se perfeccionan al unísono; su vida en común está sometida a parecidas incidencias. Con todo, rápidamente va creándose una subdistinción reflexiva. Si el Estado, nacido para el Derecho, es el medio de su desarrollo, éste tiende a sobrepasarlo haciéndolo también objetivo de su misión. Al fin su propia esencia le impone delimitar, encauzar y dosificar la fuerza del Estado, susceptible como cualquier otro sujeto de derecho de suscitar las relaciones volitivas. Era absurdo que el arbitro supremo y el revalorizador del Derecho quedara, por el mero hecho de serlo, al margen de la Normatividad. Precisamente su título de juridicidad suma le imponía la sumisión a la juridicidad. El arbitro de la Justicia, libre de toda traba, degeneraría fácilmente en causa de arbitrariedad, por la razón misma de ser el monopolizador de la fuerza. Y aquí se encierra la contradicción, pues el Estado nace para el encauzamiento de la fuerza. Su necesidad de valerse de la cooperación de los hombres para poder actuar, por ser una entidad abstracta, le obligaba a regularse cuidadosamente, ya que los órganos humanos, sea por error o de mala fe, pueden en sus determinaciones alejarse del cauce de lo justo. El remedio de tales diferencias corresponde, indudablemente, al Derecho, que, volviendo sobre sí y en virtud de su capacidad reguladora, delimita las órbitas de la actuación estatal y aun las de su propia eficacia. En este punto es donde está verdaderamente la plenitud del ordenamiento jurídico. El Derecho es un orden autárquico, dentro de cuyos contornos caben todas las relaciones volitivas, y su dependencia del Estado es puramente causal.

En esta forma, determinando el Derecho las órbitas de la actuación del Estado lo reorganiza conduciéndolo hacia la línea de su perfección deontológica. El Derecho debe penetrar en el Estado e informarlo de su idealidad. Y el Estado debe recibir al Derecho tanto en su estática como en su dinámica o funcionamiento. Estáticamente, el Derecho ha de trazar las características y modalidades de los órganos estatales, demarcará los límites de la actividad de cada uno y establecerá el sistema coordinador que ha de reducir a la unidad esa desintegración necesaria. Dinámicamente, su misión es más vasta. El funcionamiento del Estado requiere «star adscrito a un sistema de juridicidad. Sus actuaciones habrán de ser específicamente determinadas, porque su movimiento para cumplir el fin entabla relaciones inevitables. La primera con sus propios súbditos, mediante la creación del Derecho y su aplicación consecuente. La segunda, con los demás Estados que constituyen la Comunidad Internacional.

Cuando se entiende como Kelsen la teoría de la «impenetrabilidad» estatal, no como una propiedad física, sino como propiedad de la soberanía, excluyente de todo otro sistema normativo, tesis *jure stricto*, inatacable; hay que concluir negando, no las relaciones internacionales; que se producen por otras causas, sino, a la manera de Ulrico Huber, la validez extraterritorial de la ley. Asimismo es preciso reconocer, como hace el citado autor holandés, que la -necesidad de la convivencia universal obliga a la atenuación del principio. Kelsen es certero en la expresión de su punto de vista y se decide valerosamente contra una opinión unánime. Con todo, la idea desarrollada por él en el primer supuesto, cierta en un orden de Derecho ideal, no podría ser aplicada en la práctica.

Si «la soberanía del Estado significa, justamente, que él es el único soberano», es indudable que «todo lo jurídico es necesariamente interno». «Y si hay un *fuera*, es decir, una esfera jurídica fuera del Estado, éste no puede ser soberano». En este plano en que se coloca, su posición es inabordable. Ahora bien: es igualmente cierto que su opinión es en exceso rígida, petrificada, y ahoga el problema en vez de resolverlo. La soberanía del Estado, como él mismo la siente, se refiere a un orden que es *jurídico* con exclusividad y también exclusivamente interno. La relación

internacional tiene un contenido diverso. Se produce por otras causas. Si los Estados fueran económicamente autárquicos, y físicamente aislados, las relaciones internacionales no tendrían razón de existir. Sucediendo, en un todo, lo contrario, la relación entre ellos viene impuesta por la realidad. Para regular esta relación existe una norma natural de justicia, que, precisamente por la soberanía de los Estados, ha de hacer su cumplimiento de libre voluntad. Y en el caso de inhibición por uno de los elementos intervinientes, por no existir un poder superior que imponga coactivamente el cumplimiento de la Norma, sólo la guerra, especie de autodefensa, es capaz de volver a lo suyo el poder desviado.

Esta contienda entre la Soberanía y el Derecho Internacional es paralela a la que existe entre la libertad personal y el Derecho. Como el contenido de la soberanía es meramente interno, la limitación de ésta en el orden internacional, o sea en lo exterior, no implica una traba, ni una negación de la soberanía, sino únicamente su demarcación: fijación del límite hasta donde esa soberanía se extiende. Fuera de su esfera, negarla no significa negación sino determinación. Supondría negación invadir su competencia. Por eso ni la existencia de una convención internacional constitutiva de un alto organismo dirimente de los conflictos interestatales, a los que los componentes prestaran su colaboración de poder, sería siquiera un supuesto de negación de la soberanía; pues aun así conservaría cada Estado el poder de crear y aplicar en su propio territorio un ordenamiento jurídico autónomo.

Dentro de la dinámica corresponde también al Derecho la regulación de las relaciones que ha de mantener el Estado con los órganos que le representan, depositarios de su Poder. El Derecho administrará la fuerza del Estado suministrándola relativamente a las necesidades de coacción, de tal modo que el uso de la fuerza quede limitado a la sola realización del Derecho. Y, por último, le toca regular el poder discrecional de los órganos, construyendo a priori una ordenación de garantía, ya que le es imposible verificarla o simultáneo.

LOS CONCEPTOS DERECHO Y ESTADO EN CONEXIÓN PERMANENTE. AUTOLIMITACIÓN DEL ESTADO

La aportación más decisiva de los últimos tiempos a la doctrina de la esencia del Estado corresponde a Hans Kelsen. Cuando, rompiendo briosamente contra el dualismo, que implica, según él, una antítesis de Derecho y Estado, propugnó, con el rigor lógico que le caracteriza, la unidad de ambos conceptos, vino en definitiva a sostener, una vez más, que el Estado era una esencia jurídica. Para mí, los resultados de la investigación del gran maestro, más que como fórmulas de un pensamiento unitivo, sin el cual —son sus palabras— no se podría sostener la coexistencia entre el Derecho y el Estado, importan como exponentes para la determinación de los radicales constitutivos del Estado y del Poder. Creo el mayor mérito de Kelsen, que hará de él una de las figuras centrales del pensamiento político de nuestros días, esa consideración exclusivamente normativa de la doctrina del Estado, que se desprende de divagaciones pseudocientíficas, apoyada sólo, robustamente, en una base jurídica.

Un punto, empero, me separa de su doctrina. De ser el Derecho y el Estado una cosa misma, se impondría excluir el Derecho natural del concepto general de Derecho. Y aun prescindiendo de esta consideración, cabe separar como cosas distintas el Derecho positivo y el Estado. Y juzgo que deben ser, si no separados, distinguidos. Identificarlos equivale a decir que la voluntad productora es igual a la materia producida, o a igualar una voluntad con sus determinaciones. Y no se diga, para quebrantar la eficacia de la argumentación, que el hecho de la determinación es precisamente esa voluntad, por tratarse de una entidad abstracta, porque, si efectivamente constituye un todo, serían iguales a perpetuidad, y la Norma, como la voluntad, tendría carácter invariable ¿ ya que la voluntad es una potencia permanente. Por el contrario, las modificaciones de la norma arguyen en pro de la otra tesis. La voluntad productora es algo distinto de la norma engendrada, aunque su esencia sea la misma. No puedo menos de evocar en este momento el dogma sublime de la Trinidad, que me sugieren estas consideraciones.

El Estado y el Derecho tienen una esencia común. Son dos conceptos, pero en correlación necesaria. Del mismo modo que el Derecho positivo no puede existir sin el Estado, tampoco el Estado puede existir sin la presencia del Derecho. Este necesita para ser el imperio de una voluntad creadora, mas aquél requiere para su existencia el imperio de lo jurídico. Esta hipótesis parece dar lugar a una contradicción insalvable. Si el Derecho —se dirá— precisa para subsistir el concurso del Estado, y el Estado la concurrencia del Derecho, jamás uno y otro podrán llegar a ser entidades reales, porque el hecho que se pretende equivale a una generación espontánea. El valor de la objeción, como se verá, es tan sólo aparente. El Estado *nace jurídicamente* bajo la custodia del Derecho natural y por su influjo. Mas una vez que el Estado existe y en el mismo momento el Derecho natural es ya Derecho positivo, puesto que puede ya salvaguardarse coactivamente. Siguiendo este razonamiento podremos llegar también a deducir la consecuencia de la identidad esencial de Derecho y Estado como derivaciones de la misma cosa y como términos que se compenetran. Esta identidad esencial fue la que seguramente condujo a Kelsen a unificar ambos conceptos. Y aunque la comunidad de esencia no entraña la igualdad —así puede la química moderna sostener la unidad esencial de la materia, sin que pueda objetarle de error su diversidad real— como se trata de entes de carácter abstracto, el normativismo no produce resultados de absurdo.

Esta generación simultánea de Derecho y Estado, y la conexión permanente» que suscita la esencia común es rica de consecuencias jurídicas. En primer lugar hará imposible la separación de Derecho positivo y voluntad del Estado, con lo que las fuentes del Derecho quedarán reducidas a las que sean expresión de su voluntad real, y en el orden deontológico a las que expresen su voluntad *debida*. Por otra parte, la consideración del Estado, constituyéndose bajo la presión del Derecho natural —única hipótesis admisible, puesto que el Estado como esencia jurídica sólo puede nacer jurídicamente— obliga a pensar que el único atributo legítimo del Poder político es la servidumbre del Orden natural, fin de su existencia, como el Derecho positivo está, por la misma razón, sujeto en una de sus órbitas al servicio directo del Estado, con lo que la misión del Estado como realizador del Derecho se reafirma, y lo mismo la del Derecho como 'reorganizador del Estado. Y Ja tercera consecuencia, quizá la de mayor volumen, tiene para la ciencia política la importancia de la ensambladura. Si los conceptos de Derecho y Estado están en conexión permanente; si el Derecho es además el reorganizador del Estado; si la esencia del Estado es estrictamente jurídica; si el Estado tiene como razón de ser la erección del Derecho natural a Derecho positivo, es preciso admitir como conclusión de tales premisas que la actividad del Estado ha de ordenarse siempre en relación a este fin, que constituye el límite de su fuerza, y que el Poder del Estado queda en transformar lo racional en lo

coactivo. Y, por último, la limitación del Estado, que debe verificar él mismo, existe a perpetuidad y es ineludible. Con esto se toca el problema sutil de la «autolimitación del Estado» .

Esta concepción, debida a los tratadistas alemanes, especialmente a Jellinek, creo que tiene tan trascendental relieve que su realización constituye para mí la suprema aspiración del Derecho político. Estudiar el Estado en sí mismo es a mi ver una finalidad sin fin, idea absurda, fuera de las miras humanas. Este estudio debe verificarse en una perspectiva jurídica, inquiriendo las formas superiores en la realización del fin. Y si el primer fin del Estado tiene una amplitud que abarca toda la ciencia jurídica y toca sólo muy relativamente a la Teoría del Estado, el segundo es el específico, y su centro lo constituye sin duda la autolimitación que defiende el Derecho de las invasiones del poder más fuerte.

No voy a exponer aquí, naturalmente, un resumen de la teoría de Jellinek, sino la recensión personal de la misma. Para hacerla me sirve, es cierto, como figura central la concepción ajena, pero afrontada según los puntos de vista impuestos o sugeridos por el propio método.

Para mí la autolimitación tiene dos formas. Existe una autolimitación ideal, obligatoria para los poderes del Estado, que verifica el Derecho natural circunscribiendo su competencia con la norma de lo que debe hacerse. Si el fin del Estado está en el cumplimiento del Derecho natural, no puede negarse que su actividad queda limitada —idealmente— en razón de ese fin. Precisamente la etimología de la palabra fin indica esa idea: *límite*. Esta limitación puramente ideal, deontológica, sólo considerada en este plano, puede denominarse autolimitación. El poder del Estado, por el solo hecho de ser poder, es libre. Y como creador de decisiones puede, en cualquier momento, prescindir del Derecho natural o contradecirlo con su fuerza. Por eso el Derecho natural sólo es autolímite del Estado cuando sus órganos dotados de poder le presten asentimiento voluntario informando con él sus determinaciones autoritarias. En este sentido puede hablarse de autolimitación: el Estado limita su actuación, como deber, en razón de su fin. Tal autolimitación es libre, aun cuando deontológicamente sea una obligación radical.

Hay también otra manera de influjo del Derecho natural en la limitación de los Poderes del Estado, que si no es inmediata tiene, a la larga, siempre el éxito decisivo: la conciencia común.

Al tratar de la costumbre en sus Elementos de Derecho Administrativo, Royo Villanova cita las opiniones de algunos autores que ven en la costumbre un verdadero refrendo de la ley. Distinguiré un tanto estos criterios, porque a mi juicio no son expresión de la idea que se suponen confirmar.

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

Duguit asevera a su vez: «La ley no puede ser obligatoria, sino cuando formula una norma jurídica

anterior a ella y «creada por la conciencia de aquellos a quienes se dirige».

Sobre poco más o menos se expresaba Napoleón en Santa Elena.

A pesar de todas estas razones y opiniones de valor innegable me atrevo a discutir la explicación de su fundamento y, en cierta manera, negaré la interpretación de los hechos. No creo que la costumbre, por sí sola, tenga esa fuerza que los citados autores le atribuyen, máxime en el Derecho moderno, donde la aplicación de la ley se verifica por los Tribunales, bien al margen de la influencia popular. Hay un tipo de leyes que jamás ha sido rechazado a pesar del absoluto desistimiento personal que provoca en una mayoría social casi unánime. He aquí la alusión hecha: «Un filósofo ha pretendido que los hombres nacen malvados; seguramente sería un empeño muy arduo y ocioso el indagar si este aserto es verdadero; lo cierto es que la masa de la sociedad no es mala, pues si la gran mayoría quisiera ser criminal y burlar las leyes, ¿en dónde existiría fuerza suficiente para contenerla o constreñirla a su observancia?»⁽³⁾. Encierra, en verdad, un pensamiento profundo. Con todo hay casos en que la mayoría de las personas pretende desasirse de la ley, y ésta perdura aún a través del tiempo, y jamás dejará de existir. Podría referirme en concreto a las leyes fiscales, que gran parte de la masa social intenta evadir, malversándolas; sin embargo, mi pretensión es salvar un principio: Las leyes esenciales a la existencia del Estado no pueden jamás ser contradichas, aunque la colectividad se oponga constantemente a ellas, porque tampoco la colectividad es capaz de abolir a éste. No se olvide tampoco que leyes mal recibidas si se mantienen decididamente por un lapso grande de tiempo, se imponen a la conciencia social, que después acabará por acatarlas. No en vano se advierte con gran relieve el valor educativo de la ley. Por otra parte, cuando la ley ha tenido una vigencia considerable, ha ordenado las relaciones humanas en un sentido determinado y múltiple, engendrando en él hábitos y causando intereses. La ley es un principio constitutivo. Las relaciones que establece quedan seguras a su amparo y, en el ámbito de su vigencia se promueve una forma de vida social. Y es bien sabido que las formas sociales son ataduras difíciles de deshacer.

La modificación de una pieza, por insignificante que parezca, puede producir la desarticulación de un mecanismo. La sustitución de una ley se traduce casi siempre en un prelude de descontento, tanto mayor cuanto sea su arraigo en la comunidad. Por eso toda empresa legislativa de importancia debe acometerse con prudencia y sobre todo sin vacilación. La indecisión de la autoridad frente a su propio designio es el síntoma inequívoco de la muerte de la ley; una especie de abrogación tácita de la misma. La fuerza de oposición a la ley está en razón directa de «la debilidad de su aplicación y en razón inversa de la cuantía de su imposición autoritaria.

La conclusión es para mí la siguiente: Las leyes meramente formales, aunque sean recibidas con la más viva oposición, si se aplican decisivamente, se imponen al fin, educando a la colectividad según sus preceptos. La repulsa a la ley sólo se origina contra las leyes injustas. Cuando una ley viola normas del Derecho natural, puede decirse que ha nacido muerta. La ley natural, impresa en la conciencia de modo indeleble, veda toda transacción con lo que la contradice y jamás la sociedad lo admitirá definitivamente. Por todo esto, no se puede decir que sea la costumbre la que repele a la ley. A la costumbre es posible sustituirla, es variable y contradictoria; la oposición a la ley ha de ser unánime, y esta unanimidad sólo puede brotar de una norma unánime: el Derecho natural.

³ DES CASES: «*Memorial de Santa Helena*» : días 29 y 30 de noviembre.

En nuestros días, la experiencia, bien triste por cierto, nos alecciona en el sentido de la duración de los poderes tiránicos con el lamentable ejemplo de Rusia.

La autolimitación real del Estado es de tipo más formalista, tiene carácter de necesaria, y el Estado es impotente contra ella. Cuando se promulga una ley se establece una regulación de relaciones que el Poder público se compromete a ordenar de conformidad con ella. Cada ley, o establece una delimitación de poderes, u organiza voluntades, o bien ofrece garantías. En cualquiera de las hipótesis significa un compromiso para el Poder; es decir, un límite. Ahora bien —se arguye contra esta doctrina— si el límite del Estado depende de su voluntad, el Estado será omnipotente, y los compromisos de hoy pueden desaparecer! mañana. Veamos la fuerza de la objeción.

El Estado moderno sólo puede vivir en el ámbito de la ley. La regulación de la vida por el Estado no puede darse fuera de la órbita coordinadora del Derecho escrito. Luego se impone la existencia de la ley.

El Poder es dueño de regular las relaciones jurídicas de modo muy diverso. Pero cualquier regulación que verifique es una autolimitación. Las leyes, como los cuerpos, tienen la cualidad de impenetrables. Es imposible para una misma relación la existencia de más de una ley. Por eso una ley contraria, aun cuando no lo exprese, deroga tácitamente a la anterior. Dos leyes contradictorias contemporáneas, suponen, aunque se interpreten salvando la discrepancia, una inexistencia de ley, un vacío jurídico. De aquí que la primera autolimitación del Estado provenga de la necesidad de la ley.

En otro aspecto, la ley que supone una delimitación de poderes o el establecimiento de garantías, en virtud de la necesidad de la ley, no puede ser abrogada sino por otra ley posterior, y en consecuencia, si el límite se sobrepasa, se vuelve a encontrar aunque sea más lejos. Siempre cabe al Estado dar mayor amplitud a su fuerza; puede siempre superar con otra el contenido de una ley. Lo que no puede hacer es prescindir de ella. Y esta necesidad de ley le coloca dentro de un círculo de hierro, del que jamás podrá evadirse. Porque donde hay una ley hay una órbita de contención; por eso el Estado vive perpetuamente circunscrito.

Se dirá que queda siempre la dificultad de la superación progresiva. Y nadie duda que el Poder del Estado crece a medida que se complica la vida social. Pero este auge es singularmente beneficioso y necesario como consecuencia de la expansión de relaciones que el Estado tiene que abarcar. Además, si como Poder, el del Estado tiene carácter absoluto, no puede dudarse tampoco que tiene un freno evidente en la conciencia social. El Derecho se protege a sí mismo legitimando la fuerza que se levanta para su mantenimiento. Cuando el Derecho y el Poder combaten, a la larga, este último será vencido. El pueblo, que ha creado al Estado para la protección del Derecho, será también demoledor implacable de toda fuerza inicua que pretenda hacer la norma jurídica según su capricho. El Estado y el Poder asientan entonces en el pueblo, que deferirá éste por designación o adhesión, como en los primeros tiempos de la constitución del Estado.

En resumen, la limitación del Estado es la ley, salvaguardada por la conciencia colectiva. El Estado, autolimitándose, no hace más que ceder al imperio de su realidad, existencial. El Estado no puede salir del cauce de la ley, único en que le es posible el movimiento. Las facultades discrecionales del Ejecutivo no contradicen esta afirmación, porque esta misma actuación discrecional está estrechamente ceñida por las precisiones legislativas que condicionan este libre obrar según la totalidad del orden jurídico.

LA ENCARNACIÓN DEL ESTADO BAJO LA EFIGIE DEL PODER

El Estado, como toda entidad abstracta, para producirse en decisiones concretas, necesita una personificación. Por esto, el Derecho ha de salir a luz en condiciones imperfectas. Ligado a la limitación y deficiencias inherentes al hombre y a los hombres, ha de ser protegido en su sistema de creación. Y al mismo tiempo él deberá articular las funciones estatales y las potestades diversas para defensa del orden y de la Justicia. Por eso la preocupación permanente de vincular al Estado en una «encarnación» determinada.

En la Historia de la Filosofía el problema de la encarnación del Estado se ha sentido con singular insistencia. La preocupación de la defensa del Derecho cobra tal relieve que no sólo solicitó la atención constante de los estadistas y políticos, sino que la provocó también de los pensadores y filósofos. Desde las teorías de Kung-fu-tseu, hasta las formuladas intencionadamente por los filósofos griegos, y a las contiendas modernas, en donde la sangre imprime su huella de tragedia, hay una larga sucesión histórica en la cual sería difícilísimo o imposible determinar un período que no haya manifestado su apasionamiento ante el problema.

Si se medita en la multiplicidad de las formas de encarnación se impone admitir el carácter evolutivo que presentan. Son formas de paso, y como tales, esencialmente transitorias.

Actualmente se debate —y violentamente— entre la división o la concentración de Poderes (⁴).

LA DOCTRINA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Fue Aristóteles el primer autor conocido que aseveró el hecho de la división de Poderes en el Estado: «En todo Estado —afirma— existen tres poderes, de cuyos intereses el legislador, si es prudente, debe cuidar con primacía, armonizándolos debidamente». «Si los tres poderes están bien organizados, todo el Estado lo estará». A continuación procede a enumerar y analizar cada uno de los tres poderes o elementos.

Se ha dicho que Aristóteles no formuló una teoría sobre la división de los Poderes. Es cierto; pero

4

Que en nuestra época el principio de Autoridad cobre un luge creciente es un hecho visible y palpable. Ya en la guerra del 14 la creación del War Gabinet por Lloyd George y la concentración de Clemenceau fue-, ron dos puntales de este comienzo. Paralelamente las naciones vencidas o las que, como Italia, «se frustraron en el provecho», sintieron la imperiosa necesidad de robustecer sus Poderes. Sin la creación del totalitarismo no podrían seguramente en nuestro siglo incorporarse al ritmo de las demás. La guerra actual aseverará nuevamente el mismo fenómeno. Es peligroso quedarse atrás: las contiendas armadas lo demuestran. Por eso, ¿quiénes-no sentirán el aguijón del avance ?

también lo es que dejó insinuada una tesis de más alto valor: la coordinación de elementos, que supone división y relación entre ellos.

Con mucha posterioridad respecto al filósofo estagirista, volvió Locke sobre la división de los Poderes del Estado, en otra clasificación tripartita, donde el judicial, que integra en el ejecutivo, es substituido por el de confederación o poder de hacer la paz o la guerra. En la cima del orden jerárquico está el legislativo.

Es profunda la consideración sobre los límites del Poder legislativo verificada por el escritor inglés, ateniéndose a su punto de vista. Este poder —dice— no puede ser absoluto, porque el poder legislativo no viene a ser otra cosa que el poder de cada uno multiplicado por el de todos, y en consecuencia, no siendo el de cada uno poder absoluto, tampoco el legislativo podrá serlo. De aquí deduce que si el hombre está sometido a determinadas leyes, el poder legislativo también lo está.

Las relaciones entre el Poder ejecutivo y el legislativo son, según Locke, de subordinación de aquél a éste, que se traduce en rendición de cuentas y en la posibilidad de reemplazamiento y castigo. En cambio, corresponde al ejecutivo limitar al legislativo en el tiempo y establecer sus convocatorias. Preludiando a Montesquieu, sienta este principio: la tentación del Poder sería grande si las mismas personas encargadas de legislar tuvieran también en sus manos el poder ejecutivo, porque fácilmente se dispensarían del cumplimiento de las leyes o legislarían en provecho personal. Para combatir el exceso de poder propugna, como lo hará después Montesquieu con mucho más rigor dialéctico, el principio -de la división de poderes, aunque fundándose en razones de carácter práctico, despojadas indudablemente de valor jurídico.

Estas opiniones, aunque de influencia indudable, no fueron factor decisivo de la evolución política. Esta gloria cupo únicamente a Montesquieu. Su construcción, verdaderamente genial, explica con facilidad la sugestión profunda que suscita, a la que contribuye en no poco la tersa esplendidez de su estilo. Parte Montesquieu del principio del equilibrio político para —y es esta la parte más floja de su sistema— conseguir la garantía de la libertad. En cambio, es elevado este concepto: «poder hacer lo que se debe querer y no ser obligado a hacer lo que no se puede querer». Pero la libertad política es «la tranquilidad de espíritu derivada de la confianza que tiene cada uno en su seguridad». Para garantía de la libertad es necesario que el Poder sea limitado, no tiránico. Su máxima fundamental de donde arranca su teoría separadora es así: «Para que no pueda abusarse del Poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el Poder sea contenido por el Poder». «Para que exista la libertad política, es preciso un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro». «Cuando el Poder legislativo y el Poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no existe la libertad (política); desaparece la confianza, porque puede temerse que el Monarca o el Senado establezcan leyes tiránicas o las ejecuten tiránicamente. Tampoco existe esta libertad si el Poder judicial no está separado del Poder legislativo y del Poder ejecutivo. Si no está separado del Poder legislativo, se podrá decidir arbitrariamente sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, porque el Juez, será legislador también. Si no se halla separado del Poder ejecutivo, el Juez tendrá la fuerza de un opresor. Todo se habría, perdido si un hombre mismo, o un mismo Cuerpo de proceres o de nobles o del pueblo ejerciera estos tres Poderes...». Por otra parte añade: «Si el Poder ejecutivo no pudiera impedir las extralimitaciones del legislativo, sería éste despótico, porque podría arrogarse toda la autoridad que quisiera y anular los poderes restantes. En cambio, no conviene que el Poder legislativo ostente por su parte la facultad de impedir las extralimitaciones del ejecutivo, porque, estando limitado éste por sus mismas funciones, no necesita de más

impedimentos, además de que ejerce siempre su actividad sobre cosas momentáneas.». Propugna asimismo la bipartición del Poder legislativo, porque: «Estando compuesto de dos partes el Poder legislativo, podrá cada una de ellas contener a la otra con la recíproca facultad de impedir...». Cuando analiza, finalmente, la tendencia a la estática, que nace de la división de los Poderes, concluye diciendo que la necesidad de actuar obligará a los Poderes a marchar de acuerdo. Como se ve, es fácil hacer una síntesis de la doctrina de

Ensayo. 5

Secondant; lo que resultaría difícilísimo es la exposición de las recensiones, exégesis y trascendencia de ella. Con afirmar que todas las contiendas políticas desde su época hasta el presente llevaron como punto central las observaciones de Montesquieu, aun me parece haber dicho poco. Sin embargo, prescindiré de las diversas interpretaciones y voy a contentarme con una mera crítica.

Ya señalé anteriormente que la parte más endeble de la teoría de Montesquieu estaba en enderezar toda la doctrina de la separación de Poderes al aseguramiento de la libertad. Esto, indudablemente, conduciría a considerar el Derecho tan sólo de una manera negativa, como mero protector de la libertad individual, prescindiendo por entero de su condición activa de impulsor de formas de vida superiores. El Derecho positivo sólo mediatamente protege la libertad, va que su misión inmediata es distinta. Por eso, lo rigurosamente lógico, tratándose de garantizar, consistiría en el aseguramiento de la Justicia. Esta es misión del Estado y, al mismo tiempo, la máxima garantía de la personalidad. Un ataque a la Justicia puede no serlo a la libertad humana y alcanzar, sin embargo, un volumen muy superior en calidad de entuerto.

El otro de los defectos de la construcción es la absoluta desconfianza que la informa, que llega a hacerse enfermiza, crónica. Por ella entorpece la marcha de la política, rompe la cohesión que debe existir entre todos los Poderes del Estado y hace muy difícil la gestión eficiente del ejecutivo. La moderna experiencia de los Estados totalitarios puso de manifiesto la diferente actuación de un Poder concentrado, rápido y eficaz, nivelador de las desigualdades sociales que ofrecen un volumen anormal, frente a la balbuciente timidez de la actuación dividida.

En otro orden de consideraciones merece crítica el sistema de Montesquieu, por estar informado plenamente en el sufragio. Porque la votación se presta a las siguientes sinrazones: 1ª., atribuir a las determinaciones de la mayoría una decisión omnipotente sobre los problemas del deber, cuando en el deber, la omnipotencia es inadmisibile; 2ª., nivelar absurdamente a los votantes de tal modo que al pensamiento de un estadista genial se concede valor análogo que al de un poco menos que analfabeto; 3ª., otorgar a una sola generación poder para constreñir a varias, rompiendo la continuidad histórica; 4ª., simplificar abusivamente los problemas políticos dejando su decisión en manos incompetentes.

Por todo esto, se desprende el anacronismo que representa ya el sistema, que difícilmente se acomoda a las ideas reinantes, lo cual es claro indicio de su demolición al embate de otras ideas más autoritarias. El período de crisis por que atraviesa actualmente, indica bien a las clara su incompatibilidad con el pensamiento moderno. El espectáculo de la dispersión democrática lo describe maravillosamente Ruiz del Castillo en este pasaje: «La Democracia implica un interés político continuo, pero moderado; una intervención popular pautada por reglamentos y por disciplinas enérgicas; una Sociedad estabilizada en sus creencias fundamentales y en su organización esencial. Si la corriente es muy fuerte —dice Halevy—, los frenos saltan. Se produce el cortacircuito

que en política se llama dictadura.

«También la pasión se fatiga en el combate. Desvinculada de los órganos autoritarios, que ha llegado a devorar, la Democracia se presenta, en opinión de Wells, «como una fase de inmensa disolución». En defecto de ideas compartidas que actúen como aglutinantes sociales, cada cual sigue el impulso de su criterio o de su capricho. Pero como lo que es propio e individual tiene su criterio de valoración en la que es común y social... al disolverse el núcleo de las opiniones comunes se quebranta la fe en la virtud creadora del esfuerzo individual. A partir de este momento, ya no hay «ideas», sino «intereses», cuyo tosco particularismo invade el área de la política. En tales circunstancias, el campo se divide entre los conformistas y los rebeldes. La masa, desengañada y en trance de dispersión, aclama al más fuerte. Los intelectuales cambian constantemente de lugar, bajo la impresión de ideas contradictorias, cuya influencia ha llegado a debilitar toda certidumbre. Y estos son los momentos críticos —y actuales— en que, con mirada más atónita que curiosa, es dable contemplar este espectáculo: el de las Democracias que, por vías del sufragio, abdican su soberanía y se entregan a los Jefes».

¿DEDUCCIÓN DE UN SISTEMA POLÍTICO A PARTIR DE LA MISIÓN DEL ESTADO?

Es posible, naturalmente, realizar un esquema del Estado ideal. Lo sería el que llenara todas las exigencias teóricas exigidas por la creación del Derecho. La construcción no tiene más valor práctico que el de una meta ideal, aspiración de las organizaciones reales.

Con todo, voy a intentar esta abstracción filosófica que servirá como punto de referencia.

A cada cualidad del Derecho positivo, por incontrastable correspondencia, le seguirá una modalidad especial, una forma concurrente, dentro de la construcción ideal del Estado. Aprovechándome de esta propiedad, que todas las ideas correlativas poseen, podré poner en relación los caracteres del Derecho con el deber ser que informará la idealidad del Estado.

Tres operaciones conciernen al Estado en relación con el Derecho: creación, perfeccionamiento y defensa, sobre las cuales gravitará toda ordenación política ideal. No se trata de proteger —como quería Montesquieu— la libertad humana contra las ingerencias del Poder. Esta defensa, entendida la libertad como autonomía para cumplimiento de todos los deberes, es un atributo del orden jurídico. Al Estado corresponderá la protección del Derecho. Sentado ésto procederé a deducir de cada una de las tres operaciones los consiguientes lógicos perceptibles.

Creación.— Es ésta la suprema operación reflexiva del Estado. Su transcendencia es suma. Un sistema jurídico perfecto, tanto público como privado, se traduce inmediatamente en la vida social. No es preciso insistir ahora en el valor educativo del Derecho. La proporción entre fuerza política y Derecho es verdad histórica.

La creación jurídica es al presente de imponderable complejidad. No basta el sólo sentimiento de lo justo, para mensurar eficazmente con una regla normativa, las crecientes relaciones sociales, cada

vez más sutiles, que se presentan en la comunidad. Hace falta, además, una competencia especializada. Atribuir hoy a un Parlamento el Poder de legislar resultaría tan anacrónico como encomendarle la gestión de los progresos científicos o la dirección de unas operaciones militares. Si la defensa del Estado debe corresponder al Ejército, también la creación del Derecho debe corresponder a los Juristas. Sea el criterio de la atribución a medida de la competencia. ¿Quién siente mejor las necesidades jurídicas del pueblo? Sin duda los que las viven activamente. Son éstos los órganos jurisdiccionales? Pues entregúese a los órganos jurisdiccionales la proposición de las leyes. Pero encomiéndese su promulgación al Poder del Estado, y su elaboración a comisiones especializadas.

Perfeccionamiento.— Consiste en evitar el envejecimiento de la ley. Se necesita para conseguirlo que el pensamiento jurídico vaya paulatinamente acompañándose a la evolución. Las leyes deben ser lo más estables que se pueda, para que, precipitando en el pueblo, cada vez más lo identifiquen con ellas, hasta que sean un reflejo de la aspiración de la colectividad. Por eso toda empresa legislativa debe ser gradual. Por eso debe permitirse al Tribunal de la Jurisprudencia superar la rigidez de las leyes según el ritmo ascendente del progreso jurídico hasta extraer de la ley el último contenido aprovechable. Cuando esta labor no sea ya posible, entonces la ley debe ser renovada.

Defensa.— Es la misión más sugestiva. Su razón de ser es tan manifiesta, que no hay para qué demostrarla. El problema radica en a quién corresponderá. Sostengo que al Jefe del Estado. La noción del Jefe del Estado como defensor del Derecho, en atenta vigilancia a las desviaciones de la rectitud, llena de grandeza ética esta función, y es, por otra parte, lo más conveniente. La defensa del Derecho necesita de la unidad: unidad de criterio, unidad volitiva; y del apartamiento. Los órganos múltiples están demasiado cerca del pueblo para no percibir sus oleajes. Asediados por la pasión, dejarán oír en su seno el estruendo de la disputa, consejero desafortunado de los juicios, y serán, tal vez, los más vehementes, y no los más juiciosos, los que se impongan. Además, en el órgano múltiple, el sentimiento del deber personal sufre una debilitación como consecuencia de perderse cada voz en el conjunto.

Encarnada en uno sólo, la potestad de defensa, será más eficaz. El sentimiento de la alteza de la misión, más vivo. Lejos de los intereses que acosan a la pluralidad, su apreciación será más equitativa. Y como ante él todos los súbditos son iguales, según la adverbación de Dante, su razonamiento será más imparcial.

Desde otro punto de vista, el de la rapidez, intensidad y cantidad, la decisión se inclina en su favor sin distinguos. Nadie podrá osar una comparación entre la energía directiva de lo uno y de lo múltiple. Y respecto a la competencia, la de un organismo plural será el término medio de cada uno; la del Jefe, la propia, y con los asesoramientos que determine.

Y no se hable de temores por extralimitación de Poder. La objeción que puede afectar a todos los Poderes no es en este caso válida, porque la potestad de defender el Derecho es una atribución negativa.

Esta es la ordenación jurídica del Estado, y aunque es la única que a la Filosofía del Derecho puede interesar, no quiero eludir una referencia a la obra.

También aquí el principio de la competencia acabará por imponerse de modo notorio. Basta considerar la organización ministerial para sentir esta idea presidiendo toda la ordenación de la

actividad del Estado. Cada vez más la complicación de la vida impone especializaciones nuevas, pero también cada vez más, paralelamente, se agranda la necesidad de concentrar las fuerzas y que se, difunden robusteciendo la autoridad del Jefe, que cada vez se va perfilando como, por una parte, el Director de la Empresa Nacional, y, por otra, el Defensor supremo de la Justicia en la patria.

LA NATURALEZA Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PODER

Como se ha consignado ya, el Poder político es la cualidad que comunica al Estado su contenido esencial, la que le proporciona la nota distintiva de las demás instituciones análogas. Ahora bien, ¿cuál es la característica que diversifica al Poder del Estado de los demás Poderes sociales? La respuesta será la solución al problema de la naturaleza del Poder.

Prescindiendo de tesis como la de Jellinek, que ve la esencia del Poder del Estado en la facultad de autoorganización, o la de Carl Schmitt, que lo configura como facultad decisoria de los casos límites y de otras muchas menos elaboradas, partiré de la apreciación de Hauriou que vincula el concepto a la reunión de los derechos regalianos fundamentales: legislación, justicia, coacción.

Siendo para mí posible el orden jurídico en otras entidades distintas del Estado (me refiero en concreto a la Iglesia), hay que excluir la legislación y la justicia, requisitos de todo orden jurídico, y considerar independientemente la coacción. La coacción realizada por medio de la fuerza física es el verdadero atributo distintivo del Poder del Estado. Sólo él dispone de los resortes indispensables para hacerla valer. Los otros poderes sociales disponen de una coacción de otra índole. Podrán usar de la fuerza únicamente por intermediación del Estado.

La justificación del Poder se ha intentado en tres sentidos: religioso, voluntarista o solidario.

A la pregunta ¿por qué las manifestaciones del Poder obligan a los súbditos?, se puede responder desde dos puntos de vista. El primero tiene más importancia filosófica. El segundo tiene un valor práctico preferente. El primer punto de vista se refiere al Poder en sí, antes de entrar en acción dictando decisión alguna. Su fórmula sería esta: ¿por qué el Poder debe ser obedecido? El otro se refiere más bien que al Poder a sus decisiones concretas y se formularía de la forma siguiente: ¿Cuándo el Poder debe ser obedecido?

Esta segunda cuestión tiene una solución sencilla, en relación con el fin del Poder. El Poder debe ser obedecido cuando ordene sus disposiciones al cumplimiento de su misión, es decir, cuando actúe dentro de sus atribuciones. Y substituyendo la expresión «fin» por su valor equivalente obtendremos que el Poder debe ser obedecido cuando intente reducir el Derecho natural a Derecho positivo, encaminando sus disposiciones al bien común y sin contradecir a la Justicia. Y siendo el Derecho natural el orden querido por Dios para las relaciones humanas, incido por este camino en una motivación religiosa de la obediencia.

Tampoco la obligatoriedad del Poder en sí es susceptible de recibir otra justificación que la religiosa. En virtud de la disconformidad de algún sector al imperativo de la ley, resulta evidente una cosa: que la justificación tiene que tener un carácter transcendente al hombre, puesto que para ser el

hombre obligado por el hombre se necesita una razón fuera de esa relación interhumana, ya que, naturalmente, las decisiones de la voluntad humana no son capaces de vincular por sí mismas otras voluntades, con las que se encuentran en clarísima situación de igualdad. ¿Cómo explicar, pues, la subordinación al Poder? Si se intentara la motivación considerándolo delegación querida por el mayor número de voluntades, el resultado final sería identificar el Derecho y la fuerza. La suma de voluntades tendrá como resultado que la volición aumente de volumen, pero no que cambie de naturaleza. La suma no altera la calidad de los sumandos.

Otra justificación voluntarista podría intentarse considerando querida indirectamente la Autoridad por todos los que componen el Estado. Siendo necesaria la Autoridad al Estado, todos los que propugnen ésta, propugnarán aquélla. Así resultará que con la sumisión al Estado se origina mediatamente la sumisión a la mayoría. ¿La mayoría establece el Poder? Luego por haberse comprometido todos a seguir su dictamen, se encuentran obligados a la obediencia. Con todo resulta también que si la voluntad unánime tiene fuerza de obligar, es por ser una consecuencia de la voluntad individual, lo cual reafirma la tesis de que sólo la voluntad personal obliga a la persona u otra de calidad superior, porque el mundo de la voluntad es un mundo autónomo, en el que sólo es posible la subordinación ante deberes.

La doctrina solidarista no justifica al Poder en sí, sino en razón de sus funciones. Queda, por tanto, refutada indirectamente al exponer la doctrina anterior.

Fuera de estas dos opiniones, hay que admitir forzosamente la justificación religiosa. *Non est enim potestas nisi a Deo*, como afirmaba San Pablo. La sumisión al Poder es un deber de conciencia derivado de la ordenación Divina de la Sociedad. El deber de obediencia dimana de la Ley Divina que gobierna todo lo creado. Por eso, cuando el Poder sea invasor, actuando fuera de sus órbitas y menospreciando la Justicia, no se le debe acatamiento y sumisión.

EL PODER PUNITIVO

Partiendo de un derecho que nadie se atreve a negar: la autodefensa individual contra la agresión ilegítima, me atreveré a preguntar el fundamento de la misma. Todos coincidirán en la expresión del motivo: la protección del derecho personal de que se trata de privarnos. Luego —concluiré— es lícito el empleo de la fuerza para la protección del Derecho. Ahora bien: los derechos de la Sociedad son, por lo menos, tan dignos de defensa como los derechos individuales; luego el uso de la fuerza se legitima en el ejercicio del Poder punitivo como reacción para proteger los derechos sociales.

Queda, sin embargo, una objeción latente, y quiero adelantarle la respuesta. Su formulación puede verificarse así: la autodefensa del individuo sólo es legítima contra la agresión actual; pero no lo es en caso contrario. Luego la autodefensa social, que siempre sigue a la agresión, carece de paridad con la individual: es injusta.

El alegato tiene tan sólo valor aparente, sofístico. Todo ataque a los derechos sociales es siempre

actual e inmediato. La razón es obvia. Siendo la Sociedad un concierto de voluntades, el entuerto, negación de la armonía cordial que significa la sociabilidad, es un ataque a la base de la vida colectiva, un desconcierto que no cesa de actuar mientras no se sancione; porque el hecho delictivo, si no recibe la sanción demuestra la impotencia social para repeler la injusticia, con lo cual influye perniciosamente excitando la delincuencia y causando general alarma. Con esto cada sujeto intentaría proveer a la propia seguridad sobreviniendo la ruptura de los vínculos que, ligando a los hombres, constituyen la razón de la Sociedad, y el Derecho desaparecería en un mar de discordias.

En esta dirección del pensamiento, y solamente en ella, resulta posible la definición filosófica del delito: hecho humano externo y voluntario que, abandonado a sí mismo, produciría la disolución absoluta de la comunidad social. La falta, por el contrario, no es susceptible de una definición - paralela, porque es una creación legislativa. Como tal, sólo positivamente puede definirse.

La objeción anterior contra la represión del delito también puede ser rechazada desde otro aspecto. El individuo abandonó al Estado su facultad de autodefensa en el origen •de la Sociedad. De ahí que no pueda repeler más que la agresión actual, porque en el momento en que se produce, -no puede el Poder punitivo dispensarle su protección. ; Consignaré, además, que la autodefensa individual emana de la defensa del deber. Si alguno pretende conculcar caprichosamente un derecho ajeno, invade el derecho subjetivo absoluto a la Justicia —de que hablaré después— abandona la razón como rectora del obrar, y actúa sólo según la fuerza física. Si cada cosa se retribuye con su igual, cabe oponer a la fuerza, la fuerza, única facultad humana que logra en tal caso la conservación del orden debido. Sin embargo, siendo el agresor hombre y no fuerza, la equidad exige atenuar la defensa hasta el mínimo.

PARTE SEGUNDA

LA TEORIZACIÓN DEL DERECHO

Hemos considerado en la primera parte del presente estudio los elementos indispensables para la existencia del Derecho positivo. Corresponde ahora considerarlo en sí mismo, como forma normativa patrocinada por el Estado.

El Derecho es, simultáneamente, un fenómeno intelectual, y un hecho de voluntad. El fenómeno intelectual es el Derecho natural en cuanto es conocido por el Estado; el hecho de voluntad lo constituye la decisión del Estado erigiéndolo en orden jurídico válido. Este querer, que trae como consecuencia la ordenación jurídica de las relaciones humanas producidas en el ámbito de su vigencia, es lo que constituye *la exteriorización del Derecho*.

En efecto, con anterioridad al acto de volición estatal, el Derecho existe únicamente como fuerza latente cobijada en el seno de la conciencia, y no es vínculo bastante de la solidaridad. El factor que hace posible la vida en común metodizada y segura, no es otro que el Derecho exteriorizado, mantenido por la coacción. Ya he dicho multitud de veces que la realización de este fin dio lugar a la creación del Estado. Su misión se vio inmediatamente cumplida. El Estado naciente poseía sólo su característica esencial: estaba dotado de Poder. En cambio, los órganos puramente reflexivos, de mucha mayor complejidad, hubieron de ser producto de una evolución lenta. Por eso el Estado en primer término se mostró exclusivamente garante del Derecho natural, cifrado en los primeros principios éticos, de donde se obtuvieron, deducidos por individuación concreta, los deslindamientos jurisdiccionales. Poco a poco la creciente complicación de la vida obligó a desenvolver gradualmente tales principios, tanto mis inclinados al error, cuanto más se alejaban del punto de partida. Aquellas épocas contemplaron el primer balbuceo del Derecho, que pugnaba por señorear el entrecruzamiento volitivo que, difícil a su yugo, se extendía de continuo y sobrepasaba su esfera...

Confiesa Don Alfonso el Sabio en su Prohemio del Fuero Real, que, lo que le movió a promulgarlo fue el haber «entendido «que la mayor partida de nuestros Reynos no tuvieron Fuero fasta el nuestro tiempo, y juzgábanse por razanas, e por albedríos de partidos de los homes, e por usos desaguisados sin derecho, de que nascien muchos males, e muchos daños a los pueblos, y a los homes...». Doy por seguro que motivos análogos produjeron en el período primitivo de que venimos hablando, la misma reacción que en la época del Rey Sabio. La escritura proporcionó el elemento de fijación indispensable. Si el nombre de ley sugiere en su etimología precisamente la condición de escrito, es, sin duda, porque tal elemento se consideraba en ella como el preponderante. Esto quiere decir también que se daba una oposición entre la ley y el precepto transmitido y conservado oralmente. No se trataba de costumbres. Sosteniendo una concepción rígida del Derecho positivo, vinculándolo sólo al Poder del Estado, es inadmisibles, como después haré ver, pensar en la costumbre como fuente del Derecho. Y aun sosteniendo como yo una concepción elástica y vinculando el Derecho a la Soberanía, tampoco puede ser admitida la costumbre. El Derecho consuetudinario, como repetición de usos, ni existe ni existió jamás, aunque pueda hablarse de Derecho no escrito, que no es lo mismo realmente. Desaparecida al presente la forma no escrita, la exteriorización del Derecho es obra exclusiva de la ley.

LAS FUENTES DEL DERECHO

Para la Filosofía del Derecho, el problema de las fuentes no puede ser enfocado más que a partir de dos puntos de vista. Uno para teorizar en general, otro para valorar cada fuente.

Dados mis principios, resulta confesada una fuente remota, de donde manan todas las manifestaciones del Derecho: la conciencia humana, en cuanto es sede del Derecho natural. Y otra fuente próxima, la ley, que verifica la inserción de aquélla en la vida. Ninguna otra, como demostraré, de las llamadas fuentes (excepto los principios generales del Derecho) puede ser considerada como tal. El Derecho positivo tiene como razón de ser convertir el orden natural, en orden válido. Luego sólo a la ley y a los principios generales, en cuanto representan el testimonio de la conciencia, es posible, con rigor lógico, atribuir la cualidad de fuentes. Las demás sólo indirectamente, en cuanto la voluntad del Estado puede valorarlas, alcanzan esta cualidad.

Según eso pueden ser definidas las fuentes como las esencias jurídicas que permiten coordinar en un orden deontológico las voluntades de los hombres cuando suscitan una relación.

Consecuencia de la potencialidad del Estado de dar rango de fuente a otras formas de coordinación volitiva, se originan otras normativas coercibles en relación de subordinadas a la ley, unas de valor general y las otras de valor concreto. Pueden citarse entre ellas la costumbre, por ejemplo, y los contratos.

Desde mi perspectiva personal caen por su base todas las divisiones existentes y las maneras todas de tratar este punto.

Hay para mí una fuente principal del Derecho positivo: la ley, ya que por proceder inmediatamente de la voluntad del Estado es la única susceptible de directa imposición coactiva; y otra, supletoria por su misma naturaleza, tendente a salvar las deficiencias de la primera, las llamadas lagunas, constituida por los principios generales del Derecho. No previendo la ley directamente la realidad social, sino por medio de abstracciones, es necesario muchas veces reajustar su sentido. Esta operación se verifica por medios

Ensayo. 6

auxiliares del conocimiento jurídico, como son la Jurisprudencia, la analogía, el Derecho histórico y algunas veces la costumbre por virtud del imperativo de la ley.

FUENTES JURÍDICAS DE VALOR GENERAL.

ESTUDIO DE LA LEY

Es en mi concepto la ley una manifestación escrita de la voluntad soberana dirigida a los súbditos y a los órganos del Estado; a éstos para imponer su cumplimiento, a los otros para que la cumplan

bajo la amenaza de una sanción.

Examinando cualquier precepto legal, aun el más simple, obtendremos, mediante el análisis, la verificación de las siguientes notas:

a) Que encierra un mandato. Lo son las simples enunciaciones o términos explicativos, con la diferencia de que se dirigen no a los sujetos de la relación prevista, directa mente, sino por medio de los organismos de aplicación para que al realizar ésta tengan en cuenta —y para ellos es obligatorio— el propósito legislativo que concierne a determinada situación jurídica. Pero indirectamente redundando también sobre los afectados por la relación jurídica de la hipótesis legal, pues dichas enunciaciones o términos explicativos les han de ser impuestos de la misma manera que otra cual quiera ley. En resumen, toda ley es un mandato porque impone el criterio del legislador, vedando cualquier acepción contraria.

b) El mandato está extendido en forma impersonal y abstracta, cuyas premisas carecen de distingos, en oposición al privilegio o ley privada. Los sujetos de la relación jurídica supuesta en la ley, aunque sean una minoría absoluta, uno tal vez, permanecen tácitos en la ley, la cual no hace mención alguna; se limita a enumerar circunstancias. Una ley que impusiera un gravamen a las personas cuyas fortunas excedieran de cien millones no dejaría de serlo por el hecho de existir un solo poseedor de riqueza superior a esa cuantía.

c) La ley es una manifestación concreta y determinada de un orden jurídico total de que forma parte. Por consiguiente : 1) La ley es Derecho y como tal implica en hipótesis una relación jurídica, cuya regulación entraña y decide imperativamente entre por lo menos dos elementos. El mandato legal, al ser recogido por cada uno de los sujetos componentes de la colectividad, no resta en él individualizado, antes, contrariamente, traspasa su esfera personal, supone indeclinable una conexión con alguno, relaciona, tiene carácter transitivo, porque su fin es una mediación, aunque intervenga sólo cuando la discusión se entable. En esta cualidad, que la ley posee por ser una forma de manifestarse el Derecho, radica la diferenciación más lograda entre éste y la Moral. (Vid. sup.) En el sistema que seguí de exposición, no cabe ahora negarlo, pues si la **alteridad** es esencial al Derecho, ha de serlo sin duda de la ley. 2) También de ser la ley manifestación de un orden jurídico total se deduce otro de sus caracteres: la conformidad de su disposición con esta totalidad superior de donde emana y que, limitadamente, encarna. Y esto en dos sentidos: **material**, en relación con las otras leyes vigentes en el Estado, que son de categoría «superior», pues las de categoría «inferior» quedan derogadas por ella, y **deontológico**.

Deontológicamente la ley tiene de modo necesario, por el principio de subordinación al Derecho natural, ya expuesto, que ser una realización de él. Ahora bien, es imposible en las condiciones mentales del hombre conseguir una adecuación absoluta entre la ley y el Derecho natural. Sólo de una manera negativa puede darse una conformidad cuando la ley no contradiga al Derecho natural y ordene al bien común (fin primordial directo) las relaciones jurídicas que le corresponda coordinar. Por eso el atributo de Justicia propio de la ley se desdobra en dos aspectos: **negativo**, no oposición al Derecho natural, y **positivo**, ordenación al bien común.

d) La ley, como reafirmación voluntaria del Derecho natural por medio del Poder del Estado, tiene que proceder del órgano que lo encarna, único que puede hacerla vivir, investirla de fuerza coactiva y ordenar su aplicación a los órganos del Estado que encarnan la función jurisdiccional.

e) El mandato legal, en caso de incumplimiento, por ser una fuerza en potencia, se impone por la coacción, lo cual no quiere decir que la coacción suceda inexorablemente al entuerto, ni que obligue impositivamente a cumplir, *velis nolis*, el postulado de la ley. El Estado, como depósito de fuerza al servicio de la garantía jurídica, posee por esto, es innegable, un medio apto para evitar la repulsión de la ley, ejerciendo el Poder punitivo contra quienes efectúen el quebrantamiento de la Norma. Pero en el devenir ordinario de las cosas basta la potencialidad sancionadora para que la Norma jurídica se acate voluntariamente. Lo esencial de la ley es la amenaza de sanción, no la sanción misma. Sin embargo, la amenaza exige que se mantenga, pues en el caso contrario carecería de efectividad, Y es el mantenimiento de la amenaza lo que hace necesario el ejercicio de la coacción. Mientras el cumplimiento de las leyes se verifique de modo espontáneo, la intimidación del castigo será bastante para el mantenimiento del orden. Una vez que suceda la violación de la ley, la restauración de la amenaza habrá de hacerse coactivamente, porque la comunidad dejará de temer lo que sólo es una apariencia de castigo.

Por otra parte, que el Poder estatal disponga de la fuerza física para la ejecución del castigo, nadie puede dudarlo, pues el Poder es siempre fuerza. Que algún caso concreto escape a la sanción del delito no es obstáculo de la doctrina, pues lo extraordinario no destruye la intimidación.

f) Quiero añadir también, aunque no sea con unanimidad admitida, otra cualidad señalada a la ley en algunos sectores (Laband, Jellinek), consistente en la exigencia de que introduzca derecho nuevo. Considero la apreciación exacta y de valor para realizar la separación entre ley y reglamento, pues aunque el reglamento de necesidad y el administrativo (clasificación de Stein) introducen a su manera un régimen jurídico particular, se limitan, sin embargo, a regular situaciones transitorias, y por su mismo carácter su novedad es más aparente que real. Son normas caducas que necesitan una convalidación posterior. Por otra parte, en el régimen de concentración de poderes —para el Derecho la encarnación ideal del Estado— no pueden existir otros reglamentos que los dictados para la ejecución de la ley.

Según lo expuesto, los caracteres de la ley, exigencia de su naturaleza misma, unos de contenido real, otros de contenido deontológico, que marcan por consiguiente el ser y el deber ser de la ley, son: a), imperatividad ; b), generalidad ; c), alteridad y justicia ; d), competencia ; e) coercibilidad, y f), novedad.

Problema de la mayor importancia filosófica es el de la obligatoriedad de la ley. ¿Cuál es el fundamento de ella? ¿ Por qué las decisiones del Poder —determinaciones humanas— obligan a los súbditos ? He aquí las dos cuestiones alrededor de las cuales gravitan sinnúmero de concepciones jurídicas.

Con la brevedad acostumbrada, aunque con la mayor cautela, procuraré dar solución a uno y otro interrogante de tan trascendental importancia práctica.

Hay muchas soluciones intermedias, pero realmente sólo tres son posibles: o las leyes obligan porque son coercibles —que identifica el Derecho con la fuerza— o porque son emanación del mayor número de voluntades —que incide en el mismo error apuntado— o porque son derivaciones del Derecho natural, cuya promulgación divina reciben indirectamente por medio de la Autoridad, que proviene de Dios. La primera solución sólo lo es en apariencia. Traslada la dificultad, pero no la resuelve. La coercibilidad es efectivamente una propiedad esencial del Derecho positivo; con todo es algo extrínseco a la ley, exterior a ella, que se debe a la inserción de la ley en el Estado; no es el

por qué sino el reparo. La obligatoriedad de la ley es una cualidad intrínseca que está o no está con ella (si no está sólo es apariencia de ley), es coexistente y simultánea. En consecuencia, ¿cómo es posible fundamentar la obligatoriedad de la ley que es una cualidad *a priori* y un fenómeno a simultáneo en un hecho que ha de seguirse?

Por otra parte, la sensación subjetiva de obligatoriedad es una apreciación de *conciencia*, no de *conveniencia*, como sería atender a la sanción para condicionar el cumplimiento. La conciencia establece deberes éticos, y la pregunta ¿por qué la ley debe ser por mí obedecida? tiene que ser contestada deontológicamente, ya que para la conciencia la voz del deber es la única voz válida. Obedeceré a la ley porque si no seré castigado corresponde a la pregunta ¿me conviene o no cumplirla?, y es puramente un cálculo utilitario.

La segunda de las soluciones propuestas es también sólo a primera vista convincente. «El hecho de ser estatuida por el mayor número no disminuye la presión que la ley ejerce sobre los disconformes» (Ruiz del Castillo). Y ¿por qué razón han de someterse al dictamen de la mayoría? Puede ocurrir con facilidad sobrada que sea la mayoría quien yerre con el establecimiento. El solo dictamen mayoritario hará un deber la obediencia a una ley injusta. Luego el deber es una relación numérica. Ya contestó Cicerón: «*Jam vero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse quae sita sint in populorum institutis aut legibus...*»

Identificar el Derecho con el número es además lo mismo que identificarlo con la fuerza. Si el Derecho fuera pura y simplemente la voluntad del Estado, si tras la ley no existiera un juicio estimativo de su justicia o injusticia, si el Derecho natural no hubiera sido la causa de creación del Estado, entonces la hipótesis que se combate podría ser sostenida, aun cuando fueran del caso formular en contra valiosas alegaciones, porque entonces sería preciso demostrar que la voluntad del Estado es equivalente a la del mayor número de sus elementos componentes, cosa en sí difícil y contradictoria. La voluntad del Estado ha de exteriorizarse necesariamente por medio de sus órganos. Pero el Estado supone siempre una organización de Poder, y en éste residirá de modo indiscutible la potestad de mando. La libre decisión produce la ley. El Poder es por propia esencia minoritario. Luego la ley, aun en esta hipótesis, no es obra de la voluntad del mayor número y el sistema que la basa en él es absurdo.

La tercera solución es la única posible. El Derecho es una valoración ética, luego su fundamento ha de tener también este carácter. Si es exigencia deontológica la justicia de la ley será también su fundamento. De tal manera implican la Justicia y la ley, que sin esta nota el precepto legal no sería más que un accidente.

De la obligatoriedad de la ley se desprende la aplicación de su materia abstracta a los casos concretos que en la realidad se presenten. Este individualizar la ley requiere una operación mental interpretativa y surge el problema de precisar a qué sistema interpretativo queda vinculado el intérprete.

La promulgación, efectos, derogación y problemas anejos carecen de trascendencia universal y son, por consiguiente, ajenos a la investigación filosófica; este de la interpretación, empero, no sólo por su excepcional importancia, sino además por su contenido lógico fundamental, pertenece ciertamente a la Filosofía del Derecho.

Dos son esencialmente las teorías formuladas en orden a dilucidar el sistema interpretativo. La

doctrina tradicional, uniendo el precepto legal a la voluntad creadora, sostenía que la interpretación de la ley debiera consistir en la investigación de la «mens legislatoris», es decir, del sentido y alcance que hubiese la norma según las previsiones tenidas en cuenta por su autor a la promulgación del precepto. En resumen, la interpretación según esta teoría, llamada subjetiva por esta causa, tiene por objeto determinar los propósitos del legislador como expresión del contenido de la ley.

La opinión moderna reaccionó contra este postulado bajo las siguientes alegaciones, de las que algunas tienen carácter decisivo:

1º. La previsión del legislador no puede llegar al conocimiento de todas las situaciones de Derecho que una ley es capaz de regular; su voluntad sólo ha querido verificar la ordenación de las situaciones tenidas en cuenta por él y otras análogas, que suelen ser minoría con relación a todas las demás. Luego atenerse sólo a la voluntad del legislador es desdeñar arbitrariamente contingencias diversas, que se presentarán enmarcadas en una órbita parecida y que con entera justicia pueden resolverse de la misma manera, contra el fin esencial del Derecho.

2º. La ley, una vez promulgada, se independiza de la voluntad originante y cobra nuevo valor en sí. A ella, pues, hay que atenerse exclusivamente, porque es la ley lo que constituye el Derecho y no la voluntad creadora.

3º. La investigación de la *mens legislatoris* no ayuda poco ni mucho al intérprete, porque la voluntad es algo inmaterial y variable, propensa a sutilezas y errores, de conocimiento difícil y que carece de las garantías de estabilidad necesarias a la interpretación.

Por todo esto propugnan la investigación de la *mens legis*, es decir, de lo que en el precepto legal aparece objetivamente querido, prescindiendo enteramente de la voluntad del autor.

Rechazo igualmente esta teoría por endeble y poco práctica, porque cuando se recurre a la interpretación es porque la ley es dudosa, e indudablemente en este caso lo que se trata precisamente de averiguar es la voluntad de la ley, lo que ya encierra petición de principio.

Se deduce de aquí que las dos teorías, que pueden ser válidas para la aplicación de la ley, son inadecuadas al problema interpretativo. ¿Qué debe aplicarse, la voluntad del legislador o la voluntad de la ley? Resolvemos que la segunda por las razones exhibidas, pero alegamos a la vez que la *mens legis* no es una norma de interpretación.

Propiamente dicha la interpretación debe responder a estas dos cuestiones: ¿Cómo debe investigarse la voluntad de la ley? ¿Cuál es la voluntad de la ley? Partimos, naturalmente, del supuesto de que la ley ofrezca duda. En otro caso no procedería la interpretación.

¿Cómo debe investigarse la voluntad de la ley? A esta cuestión, la verdadera de la metódica interpretativa, no responden como hemos dicho, ni la teoría subjetiva ni la teoría objetiva, porque cuando sea posible sólo un modo de entender el texto legal, la interpretación es ociosa e inadmisibile, y cuando sean posibles varias interpretaciones del contenido de la ley, cabe preguntar más que nunca, ¿cuál de ellas es la voluntad de la ley? Dejando la solución de este problema por el momento, ya que no será más que una confirmación de la tesis que sostendré, paso a enunciar ésta.

Coincido con la teoría objetiva en afirmar que es la voluntad de la ley lo único que interesa al intérprete, porque la voluntad del Estado es la ley y no el propósito de los legisladores, y el juzgador tiene en su mano únicamente la ley. Pero apartándome de ella afirmo: En el caso de que un precepto

sea susceptible de interpretaciones diversas, el juez tiene el deber de aplicar la que sea más conforme con la Justicia. No importan nada los propósitos del legislador. Lo que interesa realmente es abarcar el contenido de la ley, que se ha de encontrar en ella misma, ya que es la voluntad del Estado exteriorizada por mediación de la palabra escrita. ¿Que dudamos de la voluntad de la ley? Dudaremos también de la voluntad del Estado. No podremos afirmar, en consecuencia, *cuál* es la voluntad del Estado en el caso concreto que se somete a nuestra consideración. Determinar esta voluntad es un problema arduo y complejo, que se presta a gran número de soluciones dispares. Fijar sin lugar a dudas la voluntad que se investiga, es prácticamente imposible. En cambio, sino sabemos, ni podemos alcanzar la voluntad del Estado *cuál sea*, fácilmente nos es posible prefijar *la que debiera ser*. Llevamos en nosotros mismos el principio de lo recto. No queda más que verificar una elección. *Debe ser la voluntad del Estado la que en ese caso concreto realice la Justicia de modo más perfecto*. Y esta solución no es difícil ni poco práctica. No es difícil, porque la conciencia amonesta y advierte al hombre con claridad indefectible con respecto al deber ser moral. No es poco práctica, porque es el criterio más seguro que se ofrece al intérprete. Sería mucho más incierto pretender averiguar la voluntad de la ley.

Pero, además, la voluntad de la ley no puede ser otra —deontológicamente hablando— (y esto responde a la pregunta ¿cuál es la voluntad de la ley?) que la realización de la Justicia. Y es así porque la voluntad del Estado, que existe en servicio del Derecho natural, tiene que ceñirse a este Derecho. Y, además, porque la ley es una manifestación del Derecho, una de cuyas notas la constituye la Justicia. Así, pues, debiendo ser (el mundo del Derecho es mundo de deberes) voluntad de la ley el máximo de la Justicia, el intérprete sólo puede cumplir esta voluntad cuando de las diversas interpretaciones que le sugiere un precepto aplique la que sea más justa.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La otra de las fuentes directas del Orden jurídico está -constituida por los denominados, aunque con alcance distinto, Principios generales del Derecho.

Para los seguidores de la corriente historicista y del Derecho orgánico (Scialoja, Chironi, Ferrara, Dusi), los Principios generales son los fundamentos del Derecho positivo de cada país, que pueden deducirse por sucesivas generalizaciones de los preceptos particulares de la ley.

Para los que profesan la teoría iusnaturalista son los preceptos eternos e inmutables del Derecho natural. (Del Vecchio, Borsari, Bianchi, Valverde).

Últimamente Pérez y Alguer formularon una teoría ecléctica. Sostienen (refiriéndose concretamente al art. 6º. de nuestro Código civil) que el artículo impone sólo una limitación a la aplicabilidad de los Principios generales: no contradecir ni ley ni costumbre, ya que el ordenamiento jurídico los prefiere; pero afirman que, en primer lugar, corresponde generalizar la norma particular, si es posible, para activar así la expansión lógica del Derecho.

Opino que en el terreno filosófico es inadmisibles discutir cuáles sean los principios generales del

Derecho. Dentro aún del Derecho positivo —y concretamente me referiré al español— es también perfectamente demostrable la tesis iusnaturalista. Hay que recurrir a ella indispensablemente. Y esto por dos razones: la primera, porque la interpretación ha de verificarse con el criterio de lo más justo, que en este caso es la teoría iusnaturalista.

Pero, en el Orden real, porque el legislador con los Principios generales del Derecho agota sus recursos y no admite pretextos de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, lo que quiere decir que espera que con las fuentes que proporciona, todos los conflictos pueden ser resueltos: lo contrario sería colocar al Juez en una situación desairada e injusta, porque la costumbre del lugar, amén de ser probada por las partes, no basta para regular todas las situaciones jurídicas. Cuando el problema es hondo, la costumbre falta. Y la analogía no puede suplir tampoco las deficiencias legales, primero porque brota de la misma ley, y de un horizonte limitado no se pueden lograr conclusiones ilimitadas, y segundo, por su dificultad extrema. Una prueba práctica de su insuficiencia la proporciona el Derecho musulmán, cuyos juristas, disponiendo de la más amplia analogía que puede darse, tuvieron que recurrir a la construcción del «ichtijad» o puerta del esfuerzo, es decir, a la razón práctica, para lograr la plenitud del ordenamiento jurídico.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 31-10-914, digna del máximo elogio, y exponente de un «atrevimiento sublime»; canon de la juridicidad más alta y menos aparatosa, declaró paladinamente que «todo principio de Derecho lleva consigo la necesidad de su estricta observancia». Este gesto sin paralelo inserta definitivamente en nuestro Derecho positivo la exigencia de la Justicia.

INADMISIBILIDAD DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

Esta pregunta, ¿es Derecho la costumbre? se puede bifurcar en dos subcuestiones: ¿es la costumbre Derecho natural? ; ¿es la costumbre Derecho positivo? Si las dos se resolvieran negativamente tendría aún que resolverse esta otra: ¿ es posible alguna otra forma de valoración jurídica distinta del Derecho natural y del Derecho positivo?

Ateniéndome a la primera de las tres cuestiones, la solución se presenta de gran simplicidad. La costumbre no es el Derecho natural aunque sea alguna vez una exteriorización del mismo. En sí la costumbre no es más que una repetición de actos, o sea una acción que se reafirma por el hábito; una exteriorización de un fenómeno de conciencia por medio de una ejecución repetida. El Derecho, en cambio, es un puro mandato mental; no se impone de fuera adentro, sino de dentro afuera. El Derecho natural ha de ser una emanación innata y no un resultado de hechos externos. Es obvio, por tanto, que la costumbre no sea Derecho natural.

Pero tampoco en sí misma constituye Derecho positivo. Este —lo hemos dicho— no es más que el Derecho natural revestido de poder coactivo. Luego si la costumbre no es Derecho natural aunque fuera coercible por voluntad del Estado no sería Derecho positivo. (Obsérvese que hablo en un orden ideal). Ahora bien, como se alegará lógicamente, el Derecho positivo real, es decir, el que efectivamente consagra el Poder del Estado, no el que debía consagrar, puede ser otro que el Derecho natural y tiene que serlo. Por eso tengo que conducir el argumento en otro sentido.

El Derecho positivo ha de ser engendrado por la voluntad estatal. La costumbre no es voluntad del Estado. Luego no puede ser considerada como Derecho positivo. He aquí condensada en un silogismo la argumentación decisiva. La costumbre sólo puede llegar a ser Derecho positivo por prescripción expresa del legislador. Si el legislador sanciona su eficacia es porque- tal sanción es necesaria para que la costumbre tenga validez, lo que ya implica su deficiencia, que viene confirmada por su carencia de amonestación coactiva, necesaria al Derecho positivo.

La costumbre debe su vigencia a la ley. En consecuencia, si obliga en virtud del mandamiento legal es porque el legislador la ha transformado en ley que, si no está expresamente escrita y prescrita, lo estará en todos los casos en que se presente probada, equivaliendo a una ley que sancionara el caso particular que regula.

Por las razones alegadas y otras expuestas con anterioridad resulta que la costumbre no es en sí misma una de las fuentes del Derecho. Y respecto al tercer problema, me remito a la página 26 donde, con palabras de Del Vecchio, se demuestra la imposibilidad de que exista una tercera norma reguladora de la conducta además del Derecho y de la Moral.

Añadiré que la disposición legislativa consagrando a la costumbre fuente del Derecho supletoria de la ley, es poco práctica. Los Principios del Derecho tienen sobre ella en este sentido todas las ventajas. Admitidos como fuente a continuación de la ley proporcionarían al sistema legislativo los resultados siguientes:

- 1º. La Justicia innegable de todas las disposiciones jurídicas de carácter supletorio.
- 2º. El acercamiento progresivo del Derecho positivo al natural, que es, además, un deber del Estado.
- 3º. Elaboración rigurosa del ordenamiento jurídico sobre las bases de la razón práctica, dado que el reconocimiento jurisprudencial de unos principios daría lugar a la admisión de otros derivados directamente de ellos.

A la luz de estas consideraciones la teoría de la aspiración jurídica de la comunidad queda relegada a un plano distinto. Ya no se trata de una creación del Derecho verificada a impulsos de la necesidad de una norma, lo que después de la aparición del Estado es una ar rogación de Poderes que a él sólo corresponden. Aunque el asentimiento común pueda producir en la conciencia colectiva una sensación de obligatoriedad, los órganos del Estado a quienes atañe la misión coercitiva, dejarán sin sanción el supuesto precepto jurídico, con lo que nadie podrá vacilar sobre las pretendidas consecuencias de su desatención.

Así la aspiración jurídica se reduce a una pretensión de Justicia que se traducirá en reacción ante la ley que contradiga este sentimiento; pero la colectividad como creadora de normas habrá dejado de existir.

LAS FUENTES INDIRECTAS DEL ORDEN JURÍDICO. SU CALIFICACIÓN FILOSÓFICA

Tratándose de la equidad, analogía, Derecho histórico, legislación extranjera y doctrina científica, sólo cabe sostener que, a pesar de su valor para el progreso del Derecho, ante la legislación positiva sólo indirectamente pueden ser considerados. (Opino en este sentido como misión de la Jurisprudencia, insertar los progresos técnicos en la legalidad vigente, remozándola). Pero en cualquier forma que sea, su importancia estribará siempre en ser auxiliares o medios de interpretación. No suscitando, pues, ningún problema, prescindiremos del análisis de su naturaleza y razón.

Es, por el contrario, de interés, fijar el concepto que merece la Jurisprudencia y su alcance como fuente del Derecho. Se discute si sea directa o indirecta, pero la opinión más generalizada sostiene que la determinación de este carácter depende del sistema calificativo que establezca la legislación de cada país.

Siendo mi propósito —obligado por el carácter de esta obra— situarme al margen de las disposiciones del Derecho positivo, sólo puedo aportar al problema una consideración únicamente intelectual. Con todo, siendo este un caso manifiesto de mayor interés práctico que teórico, atenuaré el rigorismo del método dando también cabida al punto de vista real.

La mayor parte de los Códigos civiles no enumeran a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho. En el caso del nuestro, v. gr., la omisión es intencionada, y yo creo que su causa es lo innecesario de la disposición, como más adelante habrá de verse. Como quiera que sea, la cuestión en abstracto debe plantearse en estos términos: ¿debe o no ser la Jurisprudencia reconocida como fuente directa del Derecho? La solución depende del concepto que se tenga de la misión jurisprudencial. Si se considera y sostiene que debe quedar reducida a mera interpretación de la ley, es indudable que sus fallos reduzcan su fuerza a ser meros criterios interpretativos, es decir, fuentes indirectas del contenido legal, ya que su fin sólo será de auxilio: ayudar el mejor entendimiento de las disposiciones legales. Si se atribuye a la Jurisprudencia cualidad de elemento renovador y perfeccionador del Derecho, misión altísima que debe distribuirse con cautela, entonces es evidente que introducirá novedades en el Derecho, debiendo ser reconocida en tal caso como fuente directa, aunque supletoria de la ley. A esta segunda tesis me inclino, aunque restringiendo la consideración de Jurisprudencia a las sentencias del Tribunal Supremo, tal como sucede en nuestra patria, porque conceder este valor a sentencias de los otros Tribunales equivaldría a destruir la unidad del Derecho.

Es, por demás, indudable que la función jurisprudencial, como quiera que se organice, encierra un poder decisorio que en su forma suprema será ilimitable. Sus decisiones obligarán a los subordinados y cuando introduzcan alguna forma nueva con relación al Derecho del país, aunque sea a título o pretexto de interpretación, tal norma adquirirá carta de naturaleza, y, logrando ser aplicada como Derecho supletorio y transformándose en Derecho obligatorio, quedará definitivamente incorporada a la legislación. Por esta razón es casi siempre prácticamente innegable que la Jurisprudencia tiene carácter de fuente directa e importancia preferente, después de la ley, sobre las demás fuentes prescritas, y que en apariencia el ordenamiento positivo prefiere. Por eso sería más racional reconocer a la Jurisprudencia el carácter de elemento renovador a que aludíamos.

Tratándose de nuestro Derecho positivo, aunque el Código la silencie, es muy fácil formular una tesis afirmativa. El mismo Código da pie para ello. La opinión de Manresa, basada en la tercera de las disposiciones transitorias, es una expresión de este punto de vista.

Con todo, lo más exacto son estas palabras de Isábal, que Castán y muchos otros reafirman: «La existencia del recurso de casación por infracción de doctrina legal o sólo por la de ley, conduce siempre al mismo resultado. De nada sirve que se rechace la primera de dichas formas, pues se alegraría como infringida, no la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sino la ley a que aquélla haga referencia.»

Así, lógicamente, podrá negarse a la Jurisprudencia su cualidad de fuente directa. Pero en el orden práctico se tropezará siempre con la existencia de los recursos de casación que obligan a que se admita como tal. Y de nada sirve rechazar en teoría algo que la práctica requiere, como tampoco vale convalidar teóricamente lo que prácticamente fracasa.

EL DERECHO SUBJETIVO Y EL DERECHO OBJETIVO.

LÍNEA DIVISORIA

Para intentar la delimitación que pueda existir entre los -dos conceptos precisa tenerse presente de continuo la observación esencialista que configura al Derecho en una órbita gradual cuyas dos facetas (Derecho natural y Derecho positivo) hay que considerar conjuntamente. Por otra parte, el Derecho exige que sea siempre estudiado desde el punto de vista de su fin: el bien común condiciona, en efecto, toadas las modalidades de su existencia.

Es indudable que el Derecho objetivo constituye una noción previa a la del Derecho subjetivo. Aquél no es otra cosa que el deber ser, señalado como norma de conducta a la voluntad, o por la ley natural, o por la ley positiva, o bien esta misma ley en cuánto encierra en sí la norma de conducta. Este, noción más difícil de configurarse, ha sido enjuiciado por los autores de modo muy diverso y contradictorio. Desde las teorías negativistas, sostenidas principalmente por Duguit y Kelsen que, fundados en que toda potestad dimana de la norma objetiva frente a la que sólo cabe la facultad de cumplir sus prescripciones, afirman que cada hombre no tiene otro derecho que el de cumplir, con su deber; hasta la hipótesis voluntarista de Windscheid, que lo considera como un poder de voluntad atribuido por el orden jurídico; existen direcciones multiformes a las que sería injusto negar una visión nueva y también real del problema. A Ihering le debemos la consideración finalista, al definir el Derecho subjetivo como un interés tutelado jurídicamente. Y a las tendencias eclécticas una concepción más refinada y honda, viendo en el Derecho subjetivo la suma de dos elementos: una «posibilidad de hacer y de querer» y una «imposibilidad de impedimento ajeno» que se traduce en poder exigir el respeto de los demás (Del Vecchio), etc.

A la vista de todas estas teorías se hace necesario reconocer que la noción del Derecho subjetivo ha de trazarse casi de nuevo desde su primera cualidad. Comenzaré por discutir su existencia, primero ante el Derecho natural, después ante el Derecho positivo. Sin embargo, para dilucidar una

existencia —idea derivada— es forzoso recurrir a una prelación del Derecho subjetivo basada poderosamente

Al anticipar esta idea parece que se incurre en un círculo vicioso, pero no es más que aparentemente. En realidad suponemos una cosa para, posteriormente, determinar si existe.

¿Ha de concebirse el Derecho subjetivo como pretensión? Cuando la tendencia procesalista actual tiende a denominar

Ensayo.7

así lo que hasta el presente se conocía con el nombre de acción, sigue una intuición certera La pretensión de tutela jurídica es para todos válida, por ser el único modo posible de constatar el Derecho. Con todo, la pretensión puede ser rechazada del mismo modo que puede admitirse. Esta fue la idea que llevó y movió a separar la pretensión de la acción como he aludido.

Sin la pretensión del actor la ineficiencia del Derecho sería absoluta. Esta consideración obliga a reconocer que para el cumplimiento del Derecho existe una necesidad de colaboración por parte de los sujetos que componen la colectividad. Luego el Derecho debe atribuir esa pretensión al individuo so pena de perder validez. Y como el Derecho implica eficacia, la pretensión de tutela es, en la ordenación actual, una necesidad del Orden jurídico

Se ha sostenido también que el Derecho subjetivo es facultad. Preguntaremos: ¿el Derecho en sí, concede una facultad? Si la ley concediera esa facultad o poder, podría ejercitarse personalmente, como derivación imprescindible de la hipótesis legal en la voluntad subjetiva. Y se deduciría de aquí que cada uno en caso de supuesta agresión a cualquier Derecho, podría, tomándose por sí la Justicia, atribuirse personalmente la facultad de juzgar, hipótesis inadmisibles. Hay, pues, que rechazar la concepción del Derecho subjetivo como facultad, considerándolo sólo como una pretensión de asistencia solicitada ante los órganos del Estado en beneficio del Derecho objetivo.

En cambio, si lo pensamos detenidamente, adquirimos el convencimiento de que ante el Derecho natural la regla anterior no es admisible. La vida, por ejemplo, es un bien personalmente defendible. Ante la agresión ilegítima cabe oponer la reacción de la propia defensa. Atribuye, pues, el Derecho natural una verdadera facultad. Se ha buscado siempre a la defensa personal una justificación mediata. Falta —se dice— en ese el Poder del Estado para proteger debidamente, luego es posible y válido que la realice cada uno. Los que profundizan más en el problema responden con mayor acierto que se produce algo así como un retorno a la vida preestatal, recuperando el individuo la *facultad* de defender por sí mismo sus derechos. Lo cual vale tanto como afirmar de otro modo la existencia del derecho a la defensa individual, sin exponer los justificantes de esta defensa.

Para sostener el derecho a la defensa propia hace falta recurrir a la consideración de que el Derecho natural es personalmente defendible, porque se manifiesta atribuyendo facultades y obligaciones a los sujetos de la relación. Es decir: el Derecho natural carece de la coercibilidad necesaria para dar validez al Derecho ; pero no por eso carece de obligatoriedad ; luego capacita al que está dotado por él de una facultad a mantenerse en ella; a vedar que, desviándose de la obligación que impone, pueda un sujeto rebelde conculcar los derechos de los demás, que son los derechos de la naturaleza humana y, siendo la única manera de evitarlo que, por medio de la autodefensa, se coloque al desvirtuado en la línea de acción de lo lícito: es inevitable recurrir a ella para mantener la valoración normativa de sus preceptos. Así, pues, el Derecho natural se muestra con facultades subjetivas; ante

él el Derecho subjetivo atribuye una potencialidad real.

La diversidad que manifiesta este desdoblamiento de la consideración ante las dos formas del Derecho, conduce a creer que el Derecho subjetivo tiene efectivamente que limitarse ante el Derecho del Estado a una petición de tutela. Ahora bien, conservándose en el ordenamiento jurídico positivo preceptos y normas de Derecho natural puede suscitarse la cuestión de si se conserva el Derecho subjetivo como facultad de defender Derechos de esta índole.

El individuo al incorporarse al Estado —v esta fue la aportación genial de Rousseau— abdica parte de su libertad en beneficio colectivo; renuncia a la propia defensa para alcanzarla más eficaz. Cuando el Estado no puede por cualquier contingencia prestársela, recupera su condición primitiva.

Es esta una ingeniosísima explicación de la realidad. No hemos de insistir en un proceso cuya interpretación consignamos. Lo cierto es que el individuo renuncia ante el Estado al juicio personal sobre lo justo; a la apreciación subjetiva de los Derechos. Luego en la coyuntura normal sólo conserva como «pretensiones» que puede hacer valer ante el órgano jurisdiccional. Facultades las conserva únicamente en circunstancias de excepción. Por esto, la deducción de que el Derecho positivo por sí mismo no atribuye ninguna facultad personal; concede pretensiones de apoyo a la ley, a fin de constreñir a que sea ésta cumplida por los sujetos disidentes.

Dado, pues, que los Derechos subjetivos se conservan, si bien transformada en pretensión la facultad que atribuyen de obrar, es ya posible adentrarse en su substancia para delimitarla.

Es cierto, como afirma Duguit, que la facultad dimana de la norma. No puede negarse. Los derechos personalísimos, los esenciales a la naturaleza humana dimanan también de una norma. Brotan, es cierto, de la misma naturaleza de las cosas, pero es de la naturaleza querida por Dios. De la existencia deriva el derecho a existir. Pero el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Está subordinado al bien común, fin del Derecho. Si la vida fuera un Derecho absoluto, la pena de muerte habría de condenarse por injusta. De la misma manera, otros muchos Derechos que derivan de la naturaleza humana pueden ser objeto de condicionamiento por el bien de la colectividad. Los que pueden considerarse Derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana son, en mi opinión, condicionables; ceden al bien común. He aquí mi tesis:

Los Derechos subjetivos son absolutos y por relación. Son absolutos aquellos que no se pueden condicionar, que se dan en todo momento y no son susceptibles de ordenación estatal. Se fundamentan en la ordenación querida por Dios de la voluntad humana. Estos Derechos no se pueden apoyar en sí mismos, ni en la naturaleza humana, porque son trascendentes. Su equilibrio es bilateral. Necesitan de Dios y del hombre. Se pueden reducir a dos: el Derecho a la Justicia y el Derecho al deber.

Los demás Derechos subjetivos lo son por relación. Su fin es el bien común (fin general del Derecho) tanto como el privado (fin propio) y son, por consiguiente, dosificables, por estar subordinados al Fin. Su razón de ser está en la Norma. Entre los Derechos subjetivos por relación, los hay propios del hombre como tal, que si bien pueden adecuarse al bien común por la legislación positiva, no pueden negarse de modo absoluto, ni exigirse presupuestos previos a su reconocimiento que no vengan impuestos por la naturaleza. Otros, en cambio, pueden y deben ser objeto de exigencias legislativas antes de admitir a un individuo determinado a disfrutarlos. Requieren condiciones de capacidad. Es, según convienen los autores, por la diferente tónica del Derecho en

acto y del Derecho en potencia. De aquí la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Esta es una relación proporcional a los fines de cumplimiento posible de un sujeto por sí mismo. Aquella, la posibilidad de recepción de Derechos y su existencia potencialmente en la persona.

De todo esto se sigue que admito dos clases de Derechos subjetivos radicalmente distintos: unos, absolutos, inatacables en todo caso y que por parte de la legislación positiva sólo admiten reconocimiento y sanción; otros, relativos, que pueden ser a su vez *innatos* o *formalizables*. Los primeros son inherentes a la naturaleza humana. No pueden ser negados como los Derechos absolutos, pero sí pueden dosificarse en vista de la realidad. Los segundos son emanación: del Derecho positivo y están a su entera dependencia.

Es en el campo de los Derechos subjetivos por relación, únicos considerados por los tratadistas, donde existe la paridad de objeto y disparidad de juicio necesario para discutir.

A este respecto creo que no se pueden considerar exclusivamente como un poder de voluntad, porque ni lo son todos, ni lo son de ese modo. La fórmula de Ihering de ser el Derecho subjetivo un interés protegido por la ley, es a todas luces y en parte verdadera. Es otra visión más de la realidad, pero no es la visión completa, por la razón evidente de que con ella pueden coexistir, y de hecho coexisten, otras consideraciones parciales que encierran también su parte de verdad. Por último, la explicación normativa, aunque sea negativista, aporta también un elemento aprovechable, pues al sostener que el único Derecho es el de cumplir la ley, afirma implícitamente que los Derechos subjetivos tienen que estar en armonía con las disposiciones legales (de existir los Derechos subjetivos) y simultáneamente abre camino a la construcción del abuso del Derecho a que en la actualidad se ha dado tan gran importancia.

Recogiendo todas las pasadas consideraciones en una definición sintética determinaré los Derechos subjetivos por relación, como aquellos que emanados de un precepto legal o inherentes al individuo, le atribuyen un poder volitivo de actuación, acorde con la esencia del Derecho, para proteger un interés personal.

Los Derechos subjetivos pueden recaer sobre objetos o sobre sujetos de Derecho. La distinción es importante para determinar la naturaleza de la relación, pues es clarísimo que no sean iguales. En primer lugar, la voluntad humana se presume libre. De aquí que a todo el que alegue una obligación le corresponde su prueba. Tratándose de cosas imperará un principio contrario, pues exceptuándose las inapropiables, las demás deben presumirse incorporadas a un patrimonio, y, en consecuencia, el que tenga la *apariencia* de titular estará favorecido jurídicamente.

Por otra parte, el poder ejercido sobre las cosas no puede ser igual al proyectado sobre las personas. Como los sujetos activo y pasivo de una obligación tienen la misma consideración ante la ley, se encuentran cuando se relacionan en una situación de igualdad, en equilibrio jurídico, y es siempre necesario que el equilibrio se mantenga. El Derecho no puede admitir pactos que rebajen la dignidad del ser humano. En consecuencia, es imprescindible para que se dé por el Derecho validez a una obligación que la situación de equilibrio se demuestre. Cuando, en cambio, un sujeto de derechos dirige su actividad sobre un objeto, prevalece un principio contrario: *la subordinación*. Y este principio se lleva hasta la última consecuencia. El sujeto de derechos en relación con la cosa es *dueño*, es decir no se trata ya de facultades o pretensiones, sino de poder. Y aun este poder se extiende hasta el último grado. Se presupone que en la cosa el cúmulo de poderes cristaliza en el titular, centralizando todas sus utilidades; es decir, todos los aprovechamientos de la cosa pertenecen

y convergen en el dueño a no ser que alguna, por estarle atribuida a otra persona, esté expresamente excluida.

Sin embargo, el Derecho subjetivo sobre las cosas, es de la categoría de los por relación, estando, de consiguiente, subordinado al bien común. En esta cualidad está la justificación de todas las limitaciones del dominio, establecidas en interés social, y así se justifica igualmente el instituto conocido como doctrina del abuso del Derecho. Y es que todas las cosas, además de satisfacer el interés de su dueño tienen también que satisfacer el interés de la comunidad; porque si es posible al hombre la perfecta y tranquila utilización de las cosas, es a causa de la existencia del Derecho positivo, cuyo fin es el bien común. De aquí que si el Derecho para mantenerse en su esfera lógica precisa de formas de condicionamiento de los derechos particulares, no puede negarse a trueque de no abolirlo, que ordene las cosas en razón de ese fin.

En otro orden de cosas cabría también sostener que el individuo es un depositario de un esfuerzo común de miles de años, que no puede pertenecerle con exclusividad.

Los sustentadores de la teoría que ven en la producción intelectual la investidura personal a un esfuerzo colectivo, han puesto de manifiesto cómo esta aportación común no puede entregarse a nadie por entero, por la razón de que es de todos. No tiene titular específico.

Esto aparte, el argumento decisivo es el otro. El Derecho necesita para existir que los Derechos subjetivos por relación sean condicionables. Y como la existencia del Derecho es imprescindible para los hombres, esta condicionalidad lo es también. Luego el Derecho subjetivo tiene limitaciones por su misma naturaleza.

LA RELACIÓN JURÍDICA Y LOS SUJETOS QUE LA CONSTITUYEN

Al hablar de relación jurídica se entiende la situación de varios sujetos, unidos al menos por un acto que tiene ante el Derecho trascendencia eficaz.

Si en su acepción etimológica, relación procede de *re* y *latus*, en su acepción jurídica conserva el vocablo su significado, la mutualidad de situación se mantiene. Así, pues, jurídicamente la relación es el estado de dos sujetos entre los cuales se establece un vínculo de Derecho.

Para que la libre voluntad individual se trabe en 'una relación, es indispensable la existencia de alguna circunstancia que, cualquiera que sea su naturaleza, tenga fuerza de producir una determinación volitiva. Hago referencia a la causa. Generalmente a su lado existirá un algo externo, fin de la relación, objeto sobre que recae, que puede ser de muy diversa naturaleza. Digo generalmente, porque no siempre las relaciones jurídicas tienen un fin externo. También en el párrafo que antecede por una razón análoga he dicho «se trabe en una relación» y no «trabe una relación», porque es posible que la relación exista jurídicamente y no se deba a ningún género de autodeterminación, sino que es bastante la realización de cualquier contingencia prevista en la ley. Cuando enumeran los juristas las fuentes de las obligaciones comprenden en la clasificación algunas de naturaleza fortuita, que no proceden de la voluntad actuada.

Las relaciones humanas son de la mayor complejidad. De entre ellas, unas gozan de la protección del Derecho, y otras por el contrario, no surten efectos ante él. Así, por tanto, para llegar a conceptuar enteramente las últimas, es imprescindible matizar esta diferencia para evitar que, como en los anteriores enunciados conceptos, el término definido tenga un lugar en la definición.

Si examinamos, al efecto, un grupo de relaciones humanas podemos concluir que la ponderación jurídica de las mismas se verifica desigualmente. Si concertamos una cita y no comparecemos a ella, el Derecho se inhibe. Si, en cambio, concertamos un negocio de carácter patrimonial, o un matrimonio, ambas relaciones gozarán de protección jurídica. ¿Cuál es el motivo de esta desigualdad de trato? ¿Por qué si ambas son manifestaciones volitivas concordes, suscitan una apreciación desigual? ¿Qué tienen de común ese negocio patrimonial y ese matrimonio «como instituciones jurídicas», que las hace dignos de una solicitud que otras convenciones no poseen? La razón se descubre con facilidad. Aunque la mayor parte de los sujetos que constituyen la convivencia social dejara de cumplir convenciones de la naturaleza de esa cita, u otras cualesquiera también basadas en la cortesía, no por eso se destruiría la comunidad de los hombres, aunque la sociabilidad sufriera un rudo golpe. El Estado seguiría existiendo y la ordenación de las relaciones humanas por el Derecho seguiría siendo posible. Por otra, la ejecución de los convenios de cortesía tiene por sí fuerza bastante de exigencia, porque la sanción de menosprecio social, acción negativa que contiene, no tiene contraacción positiva, porque el incumplimiento del convenio no reporta ningún beneficio.

Lo contrario sucede con la otra clase de manifestaciones volitivas. Su desistimiento puede juzgarse beneficioso, y en ese caso la contención social no es bastante.- Y por otra parte, ¿qué sucedería si todos o solamente la mayoría dejaran de cumplir las obligaciones de este género? El comercio, por ejemplo, la familia, y otras instituciones imprescindibles, serían atacadas en su fundamento hasta ser destruidas, y sin ellas la Sociedad y el Estado no podrían subsistir. Para evitar este resultado, este género de convenciones, precisa la salvaguarda coactiva del Poder y el Estado las dota de sanción adecuada.

No es necesario delimitar una por una todas las instituciones susceptibles de producir tales efectos. Sobre cualquiera que se presente a la consideración se puede formular el mismo raciocinio. Luego es bastante a los efectos de la definición formular con carácter general que la relación jurídica es el estado de dos o más sujetos entre los que se establece un vínculo de tal naturaleza que su incumplimiento mayoritario supondría la destrucción del concierto social.

En toda relación jurídica es necesaria la concurrencia por lo menos de dos sujetos. Que dos personas naturales puedan entablarla, es cosa que no discute nadie. Que además del hombre puedan existir otros sujetos en la relación, es problema que suscita la negativa más apasionada o la adhesión más ferviente. Cuando se afirma que el de las personas jurídicas es el problema más discutido de la ciencia jurídica moderna, se está muy lejos de la hipérbole. Se han formulado teorías en número tan considerable que pretender recogerlas todas sería un empeño infructuoso. Y lo peor del caso es que la discrepancia de parecerse es cada vez más intensa.

Procederé a un esquema rapidísimo de las hipótesis fundamentales.

A) **Teorías de la ficción legal.**— Está ya insinuada en el Derecho Romano. Sostienen sus partidarios que sólo los hombres pueden considerarse sujetos de Derecho. La vida real no conoce otros. Las Sociedades son un conjunto de individuos que si se relacionan no adquieren la unidad física propia, de la persona... «Las personas jurídicas son seres ficticios, sujetos arbitrariamente creados por y para

el Derecho positivo, ya que la noción de persona coincide con la de individuo.» (Savigny). Así las personas jurídicas son para Savigny (excepto el Estado) una ficción de la ley. Para Puchta, en cambio, una creación legal.

El más remoto precedente de esta teoría está en la frase de Sinibald Fieschi, después Inocencio IV: «*collegium in causa universitatis fingantur una persona*». Savigny le dio una investidura moderna, siendo posteriormente seguidísima. Pero a pesar de su simplicidad y aparente lógica, encerraba en sí misma su disolución. «Decir que los derechos y el patrimonio de las personas jurídicas pertenecen a un ser ficticio, es como decir que no pertenecen a nadie.» (Castán).

B) **Teoría de la equiparación.**—Fue sostenida principalmente por Bruns y Bóhlau. Considera a las personas jurídicas como un complejo de bienes, que se equiparan por el Derecho a las personas, que tienen un trato jurídico análogo. Como dice Del Vecchio, aquí se plantea la dificultad, pero no se resuelve.

C) **Teoría de los derechos sin sujeto.**— Conserva la negación de la persona jurídica, y explica su funcionamiento ante el Derecho, bien derivándolo de una noción impersonal del derecho subjetivo, afirmando la potencialidad de los patrimonios sin dueño y de los derechos sin sujeto, como hace Windscheid, o bien, como Brinz en una construcción finalista, sosteniendo que el sujeto de derecho puede serlo un fin. Así existirá una sola persona: la humana; pero dos clases de patrimonios, el de la persona y el de un fin.

D) **Teoría individualista.**— Propugnada por Ihering, afirma que los verdaderos sujetos son los individuos. El patrimonio de las llamadas personas jurídicas pertenece a cada uno de los componentes, que son, por eso, los sujetos reales de los derechos colectivos. La persona jurídica es una modalidad de construcción jurídica para dar una forma a las posibles relaciones entre los socios y los extraños.

E) **Teoría de la propiedad colectiva.**—Parte considerable de la doctrina francesa, siguiendo la sugestión de Planiol, Berthelemy y otros, ve en la persona jurídica un estado particular de la propiedad colectiva, que pervive actualmente. La distingue de la copropiedad con la alegación de que no existen en aquélla divisiones, siquiera sean ideales, estando toda la cosa destinada a un fin común.

F) **Teorías negativistas absolutas.**— Proceden de la negación del derecho subjetivo. Así Duguit. No sólo se niega la persona jurídica, sino todo sujeto de derecho. Sólo existen situaciones jurídicas consideradas por el Derecho, que originan un reflejo de poder hacer en la voluntad.

G) **Teoría biológica.**— Bluntschli, por ejemplo, y otros, consideran que las sociedades son verdaderos seres vivos, dotados de los diversos órganos de la persona, y que, como realidades vivientes, han de ser reconocidas jurídicamente.

H) **Teoría voluntarista.**— Está representada principalmente por Zitelmann. El verdadero sujeto de derecho es la voluntad. La suma de voluntades que participan en la corporación crea una voluntad distinta, autónoma; la unidad de fin y de voluntad producen la persona, que se aísla en una determinación objetiva. Esta voluntad es real, luego existe otro sujeto de derecho independiente de la persona física.

I) **Teoría orgánica.**— Desde un punto de vista estrictamente español, es acaso la más importante.

Patrocinada por Gierke, es en nuestra patria la preponderante. Trata Gierke de probar la existencia de las personas jurídicas como entidades reales. La persona social es una integración orgánica de individuos con fines trascendentes, con relación a cada uno. La integración personifica la voluntad y la acción en un solo sentido. Surge así una capacidad de querer y obrar independiente y autónoma, en la cual, como precipitado concreto, inciden los derechos subjetivos. La personalidad será, pues, una consecuencia de la capacidad jurídica.

J) **Teoría formalista.**— Es Ferrara, que había dicho de la doctrina de Gierke «es la hipótesis fantástica de un artista del Derecho», quien, retornando en cierto modo a las teorías de la ficción, prescinde con mejor fundamento de considerar a la personalidad moral como un ente. Para él es una «forma jurídica», un modo de ver el Derecho un fenómeno real, que por ser abstracto ha de presentarse con un revestimiento. Es la «traducción jurídica de un fenómeno empírico». Pero no un ente en sí. El Derecho no crea la persona; confirma una realidad social.

K) **Teoría normativista.**— Para Kelsen, la persona jurídica es una parte del orden jurídico total, «un complejo de normas de Derecho reguladoras de la conducta recíproca de una pluralidad de hombre que persigue un fin común». La persona jurídica, como la física, representan la personificación de órdenes jurídicos parciales que, si en una el objeto de regulación lo constituyen los hombres, en la otra lo son los actos.

Aparte de estas teorizaciones, cuyo bosquejo ligerísimo queda expuesto, existen muchísimas configuraciones. Como la noción de personalidad jurídica está en relación estrechísima con la de derechos subjetivos, y este concepto se encuentra en un estado de asombrosa imprecisión a pesar de su importancia y en razón de ella, resulta que casi todos los autores tienen una concepción distinta.

Se han reunido ya, sin embargo, tanta multitud de facetas, que ya las consideraciones eclécticas se van abriendo camino, lo que en sí es una muestra de superación. Según el parecer de Castán, ha sido Bonnetcase quien ha logrado quizá mejor perfilar, recogiendo diversos puntos de vista, los caracteres de la persona social. Según él, la persona jurídica supone: un interés colectivo, una organización que transforme las individualidades en solidaridad, obligándolas colectivamente como voluntad, y el reconocimiento legal, que es una consecuencia de que se caracterice suficientemente su autonomía. Además, por los sujetos individuales que la componen, es necesario que se perciba la comunidad de interés.

Poco ha, se ha formulado en nuestra patria una concepción original de gran nitidez de trazo. Se trata de la sostenida por Legaz en su **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Para él la persona jurídica es «una peculiar manera o forma de ser de la existencia, que podría calificarse como un estar en situaciones jurídicas; pero un estar que implica su contrapartida activa, dinámica y creadora: el hacer usando de la libertad, situaciones jurídicas nuevas». Según él, la medida de la personalidad es el producir mediante la libertad situaciones jurídicas. «El hombre es persona jurídica en cuanto está en situaciones jurídicas que le son dadas con su existencia, independientemente de su libertad, y en cuanto es capaz de ponerse a sí mismo y de poner a los demás en situaciones jurídicas nuevas, mediante el ejercicio de su libertad.»

Creo que la incertidumbre de las doctrinas radica en una perspectiva errónea del concepto del Derecho. Para los unos, el Derecho es para la persona humana; según otros, es esencial a la voluntad. En realidad, el Derecho no es para el hombre, sino para las relaciones humanas, lo que no

es precisamente lo mismo: para el hombre es la Moral. Ahora bien: es evidente la posibilidad por parte de los hombres de trabar una relación mutua salvaguardada por un pacto. Esta relación no es ciertamente ajena al Derecho, que impondrá siempre que sea necesario el cumplimiento de lo pactado. Es igualmente cierto que cada hombre puede someter un de terminado sector de su actividad a condiciones muy diversas, por ejemplo a la decisión del mayor número. Esta dejación de un algo de la libertad es una consecuencia de la misma libertad personal, y el Derecho está constreñido a reconocer esta dejación, so trueque de negar de raíz la libertad misma. Únicamente el abandono total sería inadmisibile, porque después de verificado la libertad habría dejado de existir.

Reconocido el pacto por el Derecho, su obligatoriedad es incuestionable. Pues bien: con esto la voluntad de cada individuo en la parte prevista por el convenio, no tiene fuerza ante la comunidad ; la voluntad directora es distinta de la voluntad individual, pero es una consecuencia de ella; se verifica una transformación, que de las voluntades individuales aportadas constituye una voluntad general, d y autonómica. Integrada de la manera prevista en el es decir, de la manera prevista por cada voluntad componente, obliga a los constituyentes aunque disientan, pero es como un reflejo de la propia voluntariedad que ha querido la causa, y que tiene que admitir los efectos. Así, el todo orgánico compuesto de las porciones de libertad individual, es capaz, obrando dentro de los límites con anterioridad impuestos, de constituir relaciones jurídicas con los terceros, en el medio social. Estas relaciones no pueden quedar tampoco al margen del Derecho, pues en este caso sería el Derecho fácilmente eludible. Luego, tanto en su regulación interior como en su proyección externa, las personas jurídicas son fenómenos reales correspondientes al Derecho. Y por otra parte, como suscitan tipos de relación esencialmente distintos a los de los individuos en particular, resulta que el nacimiento de la persona jurídica es para el Derecho indeclinable, porque a un nuevo tipo de relación debe corresponder una regulación nueva. Resulta, de todo esto, que las personas jurídicas son modalidades de las relaciones humanas que, por originar una voluntad de actuación libre y distinta de la de sus componentes, tienen que ser reconocidos como sujetos de derechos, además de la persona individual.

Con las fundaciones ocurre, en principio, diversamente pero la aceptación por el Estado u otra entidad de una propuesta constitutiva reproduce el mismo aludido fenómeno.

LOS MaticES DE LA RELACIóN

LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO EN LA RELACIóN JURíDICA

Considerados ya los sujetos intervinientes y la naturaleza y carácter de la relación, corresponde ahora descender a sus matices para desentrañar su contenido pleno y su fuerza como vinculación de la voluntad. Comenzaré por distinguir lo que ha sido algún tiempo objeto de confusión: la diferencia que separa la obligación y la relación jurídica.

Si los dos conceptos se perciben aparentemente como una misma cosa, al ahondar más en su naturaleza se manifiesta su diversidad. Consiste la relación sustancialmente, de acuerdo con, la definición que anticipé, en la situación de varios sujetos ligados en una comunidad de derecho. El concepto de obligación es más restringido. Es un producto, un resultado de la relación. Existente la relación jurídica, la obligación comienza. Y mientras la relación alcanza y une a los varios sujetos intervinientes de un modo colectivo, la obligación es para cada uno individualmente. Las obligaciones que se producen de una relación, pueden ser uni o bilaterales. La relación es siempre, al menos, bilateral. La relación tiene por fin constituir entre sus sujetos un nuevo orden de cosas, o tiene esta fuerza; la obligación proporciona el medio de exigirlo.

La relación jurídica es el modo más vasto de considerarse por el Derecho la conducta humana. Es cosa abstracta, pero de contenido concreto y compensado. Esta compensación de fin la dota de valor equitativo y racional. La relación produce una situación de paridad y no de predominio porque, como he advertido, es inadmisibles la abdicación por el hombre del equilibrio jurídico. Este principio, que trascenderá a la teoría de la causa y a los efectos de los contratos, se puede condensar así: «En toda relación jurídica los sujetos partícipes deberán estar en condiciones de igualdad. Toda situación de predominio es inadmisibles, porque supone una desigualdad ante el Derecho y un ataque, por tanto, al principio de Justicia. El Estado, como sustentador y apoyo del Derecho, debe, por medio de la ley, restablecer el equilibrio cuando los factores de la realidad tiendan a desvirtuarlo.»

En los contratos de naturaleza jurídica absoluta, cuando las condiciones económicas personales no tienen influencia en su celebración, la situación de equilibrio se produce siempre como consecuencia del juego de intereses contrapuestos. Se manifiesta en la dualidad de prestaciones y en la libertad contractual. Aun en las relaciones que sólo producen obligación para una de las partes, se da esta situación de equilibrio. En todos los contratos en que no se vea una de las partes constreñida a verificarlo por una situación desfavorable, cada una pesa las ventajas e inconvenientes que le presenta la oferta de la otra, y acepta o no la contratación libremente. Los contratos ineludibles, es decir, aquellos pseudocontratos (llamarlos contratos es inexacto, porque el acuerdo de voluntades no es más que utópico), que es manifiestamente necesario que el hombre convenga, se producen en una situación de predominio cuando una de las partes, y no la otra, puede dilatar la celebración' a la medida de su capricho. Es característico entre ellos el contrato de trabajo. En él la libertad para una de las partes de celebrarlo, desaparece. Cuando el trabajo es para el obrero el único medio de vida de que dispone, la libertad de estipular la prestación de sus servicios desaparece. Al empresario, contrariamente, poseedor como tal de un capital, aunque necesite también del

trabajo en la empresa para su subsistencia, le es dado prolongar más la situación de espera. Hay aquí una situación de desequilibrio que ha de terminar en una «entrega». Y no se diga, para desnaturalizar la tesis, que la posición está condicionada por las leyes de oferta y demanda. No. Las condiciones de la libre concurrencia son, en la mayoría de los casos, irreales. Por eso será misión del Estado

Ensayo. 8

salvar con su colaboración económica estas desigualdades, que no son más que deficiencias de la ordenación positiva, para restituir las cosas al debido equilibrio.

Estas son conexiones de la realidad con el Derecho. A pesar de todo, como la Filosofía ha de tener más bien en cuenta el Derecho puro o ideal, sólo considero estas realidades como de pasada. Y en su aspecto ideal, es bien claro que en toda relación jurídica se mantiene esta proporción de equilibrio. De aquí que todas sean verdaderamente actos de cambio, por así decirlo, y con un sentido espiritualista del término. Existen siempre prestaciones y contraprestaciones, aunque no todas sean valiables económicamente; los sujetos son libres en la relación.

Las únicas relaciones jurídicas que, aparentemente, están desprovistas de bilateralidad, son las celebradas a título gratuito. No es así. El que otorga una donación, por ejemplo, en cualquiera de sus manifestaciones, lo hace, indudablemente, por afecto hacia el donatario, del cual pide razonablemente una contraprestación afectiva, es decir, equiparable a la que para él ha sido causa del contrato (¿?): la gratitud. Con intuición de este criterio, se señala en las legislaciones positivas la revocación por ingratitud, como causa de rescisión de las donaciones, y que debía extenderse a toda obligación a título gratuito, ya que una de las partes con su conducta posterior destruye el equilibrio que, al menos tácitamente, se supone querido por el autor de la liberalidad.

LAS TEORÍAS DE LA APARIENCIA JURÍDICA Y DE LA EXPECTACIÓN DEL DERECHO COMO NÚCLEOS DOCTRINALES Y SU IMPORTANCIA COMO BASAMENTO DEL DERECHO REAL

El objetivo de un acto jurídico cualquiera, se refiere indispensablemente o bien a sujetos de la vida jurídica, o, en otro caso, a las cosas del mundo exterior. Todos los actos jurídicos son consecuencias de actos humanos ; consecuencias a las que el Derecho reconoce valor. Pero como el acto humano es una proyección al exterior, encierra, como efecto y materia, una génesis y un desenvolvimiento que pueden ser coetáneos (indivisibles, multiformes) y consecutivos. En los actos coetáneos indivisibles, el acto y su valor jurídico son una misma cosa, se producen simultáneamente, y, de consiguiente, causan para el protagonista o un derecho o una obligación de contenido pleno y perfecto. En los coetáneos y multiformes nace también instantáneamente que se produce el fenómeno, una pluralidad de derechos o una pluralidad de obligaciones, o ya un entrecruzamiento plural de unos y otras, que, siempre perfectos, están dotados ante el Derecho de plena eficacia.

En cambio, en el acto humano que denomino consecutivo, la valoración jurídica no se consuma en

un solo momento, porque implica una confirmación posterior, un estado uniforme de los hechos que deberá mantenerse para que el acto logre plenitud. En él hay dos momentos necesariamente sincronizados. El momento inicial, posibilitador de que el acto jurídico se realice, y el momento consumativo que determina la fijación definitiva del hecho o su definitiva cesación. Es indudable que la primera fase, es decir, el período que va desde el momento inicial al consumativo, tiene un contenido hipotético: todavía el derecho o la obligación pueden ser o no ser. Estos actos de la vida jurídica, que requieren para su consolidación un lapso apreciable de tiempo, es evidente que engendran una situación especial. Provocan ante el Derecho una hipótesis que no se puede desatender, porque sí el Derecho permitiera que fueran impedidos, se impediría a sí mismo, vedando determinada categoría de derechos subjetivos, que no podrían llegar a nacer. Y como el hecho fundamental de lo jurídico, que es el nacimiento de la personalidad, tanto física como jurídica, depende de la consolidación de un acto consecutivo, hay que conceder a la *fase hipotética* una protección eficaz. Ahora bien, como esta fase puede consumarse negativamente, haciendo ya imposible que el derecho esperado llegue a ser, esta fase transitoria tiene un carácter propio y difiere por esencia tanto del hecho como del derecho, apareciendo como un término medio entre ambos conocido, con un sentido microscópico de su importancia, con el nombre de expectativa o expectación. Esta es en esencia la línea general de la que denomino teoría de la expectación de derecho, sobre la que insistiré a continuación de exponer la

Teoría de la apariencia jurídica.— Insistentemente he venido repitiendo como objeto del Derecho la regulación de relaciones humanas. Y he separado también del conglomerado de los actos los puros fenómenos interiores. Lo *latente*, carece de todo valor jurídico. Es lo *aparente* lo único que tiene dimensión ante esta magnitud. Y como el Derecho tiene carácter abstracto (en su forma actual elaborada), es preciso individualizar la Norma en cada caso concreto que se presente en la realidad. El Derecho, si no a lo igual, concierne a lo análogo. La multiplicidad de situaciones jurídicas, de aspecto kaleidoscópico, es una fantasmagoría o espejismo de lo real. Una misma situación encarna muchas veces bajo revestimientos. Apariciones de un algo homogéneo se presentan los diversos fenómenos en un cambio incesante, pero el Derecho verifica su ponderación con número muy limitado de unidades. Bajo el principio de la *asimilación jurídica* se agrupan unificados en una sistemática idéntica los hechos jurídicos, despojados de todo lo concreto. Aquí precipitan y sirven sucesivamente de tipos y de puntos de referencia.

De la proyección de la personalidad sobre las cosas, surge el llamado derecho de dominio. Para mí es el único derecho, verdaderamente, que tiene las condiciones que se asignan a los llamados derechos reales. La posesión, por ejemplo, ¿en virtud de qué causa tiene, aun no siendo legítima, la protección del Derecho? No por otra cosa que por la apariencia jurídica: la posesión es sencillamente una apariencia de dominio. Produce una relación análoga a la que nace de la dominical, y no siendo factible analizar por el Derecho la relación misma, en cuya virtud el poseedor dispone de su fosa en todos los casos en que pueden presentarse; además del examen a que daría lugar, creador de una situación transitoria, ha de recurrirse al enjuiciamiento del solo contenido exterior, y, en consecuencia, cuando los actos de una persona son afines a los del dueño, se suponen realizados legítimamente. Reafirma lo manifestado el pensamiento siguiente: con la creación del Estado se abdicó en los Poderes públicos el derecho a la autodefensa individual. Ya no es lícito, pues, la propia defensa de los derechos, sino en el caso de necesidad inaplazable y de deficiencia actual de la protección del Estado. Para la declaración de un derecho se requiere en los demás casos la intervención del Poder. Pero como los derechos sobre cosas se originan de relaciones jurídicas, que

surgen de los hechos y se modifican por los hechos, se requiere examinar éstos para discernir el estado de derecho en que se encuentren. Esta operación requiere un juicio y, en tanto, no pueden deshacerse las relaciones legítimas. Por eso se impone que el que proceda como dueño, sea presumido como tal. Si alguien ha de ser considerado como dueño, es lógico que lo sea quien ante la sociedad se manifiesta así, poniendo en ejecución las funciones que atribuyen la nota de dominio. Lo contrario produciría un daño social irreparable, y ya hemos visto cómo el Derecho debe ser armonía.

Por todo esto, el Derecho consagra el principio de que «lo que aparece como legítimo lo es mientras no se demuestre lo contrario». Que ¿alguien ostenta una potestad indebida sobre las cosas? pues el examen de la juridicidad de su título pondrá de manifiesto su deficiencia y la apariencia de vínculo se resolverá negativamente y con la carga de indemnización.

Lo mismo que con la posesión ocurre con los demás derechos reales. Verdaderamente no existen más que dos situaciones de naturaleza real: el dominio, único derecho *real*, y la posesión, cuya naturaleza jurídica indicaré más tarde. Sin embargo, por *asimilación jurídica*, deducida de lo *aparente*, se incorporan a estas dos únicas situaciones reales otras categorías que falsamente se han juzgado intermedias, y que, en realidad, se desdoblán en el uno o en la otra, porque un término medio no se da, *tertio non datur*, como después, al ocuparme de la posesión, razonaré debidamente.

La apariencia jurídica se traduce también, en su otro aspecto, en la necesidad de proyectar al exterior las relaciones jurídicas. Si sólo lo que aparece es ante el Derecho eficaz, es evidente que se admita y exija la publicidad de los derechos subjetivos cuando su mismo contenido no implique necesariamente reconocimiento total. De ahí la absoluta unanimidad histórica con que los pueblos acojan alguna forma de *modo* (lo entiendo como publicidad), valoren la posesión, con tanta fuerza y se vaya concediendo un auge creciente a la inscripción registral. De ahí también la prescripción en sus dos modalidades, una derivación de la otra.

Una apariencia prolongada tenía necesariamente que convalidar o dar vida a los derechos subjetivos de naturaleza real (a ellos solos me refiero ahora). Era indispensable fijar un límite fuera del cual las situaciones jurídicas se consideraran estables. Una mera apariencia no podría prolongarse indefinidamente. Cada vez más robustecida por el transcurso del tiempo, había de llegar un momento en el que la situación se considerara definitiva. Mientras la lucha que se pudiera producir entre el *título* y el *modo* se ciñera a un breve período, era lógico el triunfo de aquél; pero el alargamiento del período iba tornando dudosa esta lógica, ocasionando un equilibrio entre los dos que un nuevo tránsito de tiempo decidiría en favor del segundo. Seguíanse de aquí dos efectos: 1°. Negar virtud a un título cuya antigüedad inspiraba muy poca confianza (prescripción extintiva); y 2°. Determinar que el transcurso del tiempo afianzaba la relación hasta hacerla indestructible (prescripción adquisitiva). La incidencia de estos dos fenómenos originaba la prescripción. Razones que postulaban esta solución eran, además:

a) En caso de contienda, había una concurrencia de pruebas. El propietario-titular tenía a su favor la que significa el título; el dueño aparente poseía, en cambio, la presunción de apariencia y un mérito al título de aquél patrocinado por los hechos, que lo mostraban como tal, lo mismo que la convicción común, que se declara en pro de lo visible. Cuando los Tribunales verificaban la ponderación de estas pruebas y analizaban la conducta del titular, se enfrentaban con una duda: ¿por qué había permanecido en actitud pasiva hasta el presente? Y de aquí se desviaban a la sospecha de

que quien había sufrido una perturbación a su derecho sin reacción, era por alguna causa que invalidaba su título, y esta presunción psicológica les decidía por el dueño aparente.

b) Al amparo de la apariencia de dominio nacen múltiples relaciones jurídicas creadas de buena fe, que deshacer las equivaldría a declararlas culpables.

c) ¿ No merecía un castigo el que por su pasividad primera y actuación posterior causaba un daño social? El culpable de que la situación se mantuviera indecisa era, sin duda, el titular que no accionaba en el tiempo propicio, y el mal que padecerían los bonafidentes de rescindir su relación debía, en justicia, recaer sobre aquel a quien era imputable. Por eso, como sanción a su abulia, era lógico que se estableciera la prescripción.

d) Otra causa más honda militaba, además, en pro del discutido instituto. Era precisamente la necesidad de probar el dominio. Como para transmitir hay que tener, el enajenante tenía que demostrar no sólo la verdad de su dominio, sino también el dominio de todos sus antecesores hasta el primer adquirente originario. El resultado sería eternizar la investigación de la prueba y hacerla imposible. Y como era necesario reconocer la enajenación de los derechos, había que señalar un límite fuera del cual las relaciones jurídicas fueran inexistentes. Volvía a triunfar la apariencia jurídica, consagrando el principio del tiempo prescrito y favoreciendo también al dueño aparente, que tampoco necesitaba probar fuera de este límite.

Indudablemente, mientras el plazo fijado para consolidar la apariencia no se agote, el dueño aparente está, en relación al titular, en una posición desventajosa. Pero como tiene a su favor la presunción de que su apariencia es verdadera, cualquier otro que no sea el titular o un su causahabiente actuará contra él de modo inútil. Aislado el titular, el derecho del dueño aparente es pleno y válido frente a cualquiera. Actuando el dueño titular antes del plazo de la prescripción, queda destruida la apariencia. Como el titular puede ejercer su acción hasta el momento límite, y no se sabe si la ejercerá, no se puede hablar de derecho perfecto. Se trata de una situación transitoria, cuyo resultado se desconoce, y que puede terminar con el triunfo de cualquiera de ellos. Así, pues, las apariencias jurídicas dan lugar a un término medio entre el hecho y el derecho que constituye la expectación.

Si consideramos los fenómenos de la vida real desde una perspectiva jurídica, podremos determinar tres grados. El inferior, o estado de hecho, agregado de fenómenos exteriores enteramente desprovistos de trascendencia jurídica; el derecho, que tiene validez plena, y la expectación, que no puede decirse que sea derecho, porque su validez es condicional o contingente.

En verdad, la teoría de la expectación, que pretendo incorporar de una manera sistemática a la Filosofía del Derecho, fue sentida, o mejor intuita, desde épocas muy remotas. El dualismo entre los dos momentos de la concepción y el parto, de que depende la vida humana, provocaba la solución de expectativa. Era forzoso retrotraer a la concepción los efectos del parto y otorgar una protección jurídica al ser no nacido. De lo contrario, se atacaría en su raíz, el derecho a la vida, negando al concebido la posibilidad de que llegase y legitimando el aborto. Tan de justicia, era esta apreciación, que la expectativa constituida en favor del concebido tiene una ejecutoria antiquísima. En el Digesto, verbigracia (1, 5, 26), se expresa así: «Qui in útero sunt, intoto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditatis his restituuntur: et si praeg-ñas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit post liminium habet: item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit quan ivis apud bonae fidei

emptorem peperit, id quod natum erit tam quam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronus habent.»

«Qui in útero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii, antequam nascatur, nequáquam prosit» (Digesto, I, 5).

Independientemente: «Ventris tutor a magistratibus potest— puli romani dari non potest, cúrator potest; nam de curatore constituendo edicto comprehensum est».

En la India, la institución no era tampoco desconocida. Lo prueba el siguiente fragmento de Abhijnana Sakuntala, donde Kalidasa pone en boca del rey Duchmanta esta frase: «El hijo, -aun en el claustro materno, tiene derecho a la herencia de su padre» (Acto 6°.)⁽⁵⁾.

A pesar de estos antecedentes, la institución no pasó de ahí. Solamente en el Derecho moderno tuvo una denominación, aunque no llegó todavía a una sistemática. Comenzaba, sin embargo, a perfilarse en la doctrina una tendencia a comprender los derechos condicionados en el ámbito de la expectación. No es mi propósito, ya que he dado la tónica general de la institución, propia de la Filosofía, deducir ahora todas las aplicaciones que es susceptible de recibir la doctrina, porque, sobre ser larguísimo, es inútil, ya que en muchos casos ha quedado apuntado, y en los demás con particularizar la abstracción, queda indirectamente definido.

Con todo, haré una aplicación concreta, que juzgo importante, y que además es en mi doctrina un punto de referencia. Me refiero a la

Teoría de la Posesión.— Si los Códigos alemán y suizo definen la posesión como dominación o potestad **de hecho** sobre una cosa, y si muchos juristas modernos, modificando un poco este criterio, exigen la un elemento intencional para diferenciarla de la detención y la consideran no sólo como tenencia de un objeto, sino también como el ejercicio del contenido de un derecho, hay que reconocer que tales opiniones son filosóficamente precarias. Las teorías formuladas para determinar la naturaleza jurídica de la posesión se mueven en una órbita estrecha y vacilante. El alegato más robusto sobre su insuficiencia es el escepticismo con que son generalmente acogidas. Para Windscheid la posesión es un hecho; nada más que un hecho. Para Ihering, con más fundamento, un derecho, por ser un interés tutelado jurídicamente. Para Barassi es un estado **de hecho** tutelado por la ley (si suprimiera de hecho, estaría en la verdad). Para Savigny, es originariamente un hecho, pero, por las consecuencias que la ley le atribuye, es también un derecho. Estas opiniones no convencen. O porque son insuficientes, o porque en sí mismas encierran una contradicción (¿Cómo

5

Indudablemente este testimonio, en cuanto a su antigüedad, podría ponerse en tela de juicio. Depende por completo de la que se fije al siglo en Kalidasa. Las investigaciones son, hasta el presente, muy inseguras. Entre los períodos extremos propuestos hay un lapso de siglos. Esta inseguridad no se debe como apuntan algunos a la insuficiente cronología hindú. No es que tengan los indios poco aprecio de la determinación del tiempo, no. Sucede realmente que no se ha llegado aún a coordinar su cronología con la nuestra.

¿Deficiente sentido del tiempo? «Sakamahipativatsaramane ekanabhonavapaficavitace». (En el año en que se mide la extensión (del tiempo), por el número 1.095 según la era del Rey (del gran protector) de los Saleas. Así comienza, por ejemplo, la Durghatavritti de Saranadeva.

va a ser la posesión, lo que quieren algunos, un hecho y un derecho a la vez?). Efectivamente, **la posesión no es un hecho**, porque engendra consecuencias jurídicas, reconocidas en la ley, y los puros hechos permanecen al margen del Derecho. **No es un derecho**, porque de serlo no sería jamás ilícita su ostentación como tal, ni la potestad atribuida en función de ese derecho podría nunca llegar a resolverse. ¿Qué será entonces? El término medio entre el hecho y el derecho: una situación provisional considerada, es decir, **una expectación de derecho**. En efecto, la plena demostración de que la posesión queda en una posición intermedia, es que puede decidirse en uno u otro sentido: declarándose **un estado de hecho**, caso en que se priva de toda potestad al dueño aparente sobre la cosa, o declarándose **estado de derecho**, y entonces sí que adquiere consolidación definitiva, **convirtiéndose** en un derecho; pero obsérvese que para **convertirse** es imprescindible **no lo ser**. No es un hecho porque, repetimos lo dicho, «aislado el titular puede ejercitar con éxito frente a cualquiera». No es un derecho tampoco, pero puede constituirlo por medio de la prescripción.

Todas las legislaciones conceden a la posesión una acción protectora. Pero como puede ocurrir que la posesión no esté respaldada por la propiedad, y, sin embargo, la acción se mantiene, se presentaron a los juristas dos problemas: 1º. Justificación de la protección posesoria; y 2º. Sus requisitos de defensa.

Ihering, en su **Fundamento de la Protección posesoria**, divide en dos grandes grupos las teorías justificativas: absolutas y relativas.

De las absolutas, la más importante es la de Gans de la **inviolabilidad** volitiva. Considera la posesión como la voluntad incorporada a la materia, que por ser algo sustancial merece defensa. Esta teoría ha sido seguida por Molitor, Lenz, Windscheid y otros. Se le puede objetar que transporta la dificultad sin resolverla.

Las relativas son muchas. Descuellan:

a) La de Savigny, que la funda en la necesidad de impedir la violencia, y ve el origen de los interdictos posesorios en la perturbación cometida contra el poseedor o en medidas de policía encaminadas a evitar que las gentes se tomen la justicia por sí mismos. La siguen también Pernice y Serafini. La justificación resulta insuficiente, porque ¿qué delito puede existir si el propietario ejercita su derecho aunque turbe con él la detentación posesoria, ni qué medidas de orden público cuando los actos no son más que el ejercicio del contenido de un derecho: el de propiedad? Esta fundamentación justificaría la acción del propietario, pero no la atribuida al poseedor.

b) Ihering considera la protección posesoria como complemento indispensable para la protección de la propiedad. Una facilidad de prueba en beneficio del propietario, que también aprovecha al que no lo es. La tan sencilla explicación de Ihering es, por esto mismo, cierta. Ahora que no es la única ni la principal. La cuestión, a mi juicio, debe descomponerse en dos subproblemas para resolverla bien, preguntando: ¿La protección posesoria es por esencia de justicia o la establece la ley por motivos de conveniencia? Si lo primero, la solución de Ihering no es bastante; si lo segundo, pueden coexistir con ella otras razones.

Para mí, dada la naturaleza jurídica que de la posesión mantengo, la solución es extremadamente sencilla. Siendo una expectación de derecho, sólo al Estado, supremo definidor de éste, corresponde decidir si las condiciones de su realización se han o no cumplido; porque si ha sido así, vale contra todos, y la creencia de los particulares es absolutamente indistinta. La colisión entre un derecho

cierto y un derecho posible en el futuro, terminará siempre con el triunfo de aquél, y es justo que así sea; pero la colisión entre una perturbación y un derecho posible, también es de justicia que se decidan con el éxito del postrero. La protección, pues, posesoria se da en defensa de la expectativa jurídica que la posesión constituye, contra toda agresión de cualquier género que pretenda invalidarla, como consecuencia de la apariencia jurídica que protege las manifestaciones de dominio.

Por estos criterios de justicia y de conveniencia vengo, en cierta manera, a coincidir con Ihering en la conclusión: las acciones posesorias (interdictos) se dan en defensa de una propiedad futuramente *posible*, y, por tanto, de la *cierta*, aunque su objeto deba ser en primer término aquélla, pues ésta tiene en las acciones dominicales mejores medios de defensa que en cualquier momento pueden hacerse valer.

Las condiciones de la protección posesoria son, en la teoría subjetiva de Savigny, el *corpus* o tenencia material y el *animus* o intención de haber la cosa como dueño, más una relación de causalidad entre uno y otro elemento.

En la teoría objetiva iniciada por Ihering, el *corpus* lleva implícito el *animus*. Por tanto, posesión y detentación son una misma cosa, y sólo cuando la ley lo determine así, podrá privarse al detentador de la protección interdictal; le bastará demostrar el *corpus* para que la protección se realice.

Para mí las condiciones de la posesión son una consecuencia de su fundamento. La teoría de la apariencia exigirá para la protección un dominio aparente. Y un espacio de tiempo bastante para lograr esta cualidad. Hay que enlazar, de consiguiente, a la teoría de la posesión las de la prescripción y apariencia. Sólo así podrán verse reunidas las líneas fundamentales de este instituto.

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS REALES

Todo derecho subjetivo es imposible sin un objeto de referencia, que puede ser o una prestación humana traducible en una cosa concreta o en una acción, o bien una cosa determinada del mundo exterior, una universalidad jurídica, o una cosa abstracta, pero concretable. La diversa cualidad de los derechos subjetivos se encuentra condicionada por la diversidad de objetos en que recaen. Pero cuando se trata de configurar las cualidades inherentes a los «derechos reales», se advierte en la doctrina una variedad de apreciaciones y terminologías que hace pensar si cada autor tendrá de ellos una concepción distinta. Sólo esta alegación es de fuerza bastante para que se afronte el problema decididamente. Sin embargo, no pienso servirme de ella, porque sobran razones en que fundamentar mi argumentación.

La relatividad del concepto de los derechos reales puede demostrarse hasta la saciedad. Que sean producto de la apariencia jurídica, también es fácilmente visible. Cuál deba, ser su consideración jurídica, he aquí el problema profundo, cuya resolución requerirá numerosas aportaciones.

Cuando se discute, renovando la controversia entre el Derecho romano y el germánico, sobre el *numerus clausus* o el *numerus apertus*, no se hace otra cosa que formular implícitamente la

relatividad de los criterios distintivos. Porque si se establece el *numerus clausus*, como ocurre en el Derecho alemán, no hay duda de que la causa que movió la determinación taxativa es precisamente la posibilidad de asimilar a éstas relaciones análogas creadas con los mismos caracteres presupuestos por el legislador a los típicos, ya que lo que está cerrado no necesita cerrarse, y si el legislador intenta poner una traba, es porque la realidad no la pone, y si la realidad la pone, es inútil que el legislador la confirme. Por otra parte, si se establece el *numerus apertus*, ya se reconoce directamente la posible existencia de nuevas formas de derechos reales. Sin embargo, en una lógica rigurosa no cabrían más que estos dos sistemas: o el de un *numerus clausus* absoluto reduciendo los derechos reales al dominio, o el perfectísimo de la Gewere germánica, que daba efecto real a cualquier obligación referida a cosa determinada.

En realidad el sistema de *numerus apertus* no existe en ninguna legislación, porque no concediéndose la acción *erga omnes* más que a los casos previstos en la ley, el número de derechos reales tendrá ésta limitación evidente.

También de la enunciación de los caracteres de los derechos reales surge el hecho de su relatividad. Observando cualquier enumeración de sus cualidades distintivas, se advierte que la única nota permanente es la referencia a la cosa, ya se designe bajo el nombre de la inmediatividad o bien, con menos precisión, se hable de potestad sobre cosa específica y determinada. En realidad, el contenido distintivo que se atribuye con más generalidad a los derechos reales, lo constituye la acción *erga omnes*, que, como tal acción, no es más que un atributo del orden jurídico. El resultado de esta apreciación es sustantivizar un mero accidente. Además, como explicaré más adelante, la concesión de tutela *erga omnes* no necesita, para fundarse, de la teoría del derecho real.

Así, siendo las demás características asignadas puramente adjetivas, por derivar de la ley, queda sólo como contextura esencial la referencia a una cosa del mundo exterior, específicamente determinada, sobre la cual el titular del derecho ejerce una potestad directa. Y esta condición, o hay que admitir que se encuentra en todos los derechos que recaen sobre una cosa, ya que todo derecho subjetivo supone una potestad, y para ejercer una potestad no hace falta ningún intermediario, o negársela a todos, exceptuado el dominio. Como ninguna de las dos conclusiones resulta muy halagadora, se impone conducir la investigación por otros derroteros.

Partiremos de un análisis de la potestad dominical, por ser el dominio el único derecho que, prescindiendo enteramente de todo sujeto, aísla de la comunidad y ofrece al desnudo la situación del propietario sobre la cosa.

Ahondando en el contenido del dominio, se advierten las siguientes notas: potestad directa sobre la cosa, exclusividad del poder ejercido, ilimitación de las facultades, a no ser por el titular o la ley. Se ha hablado también de la elasticidad. Según Gierke, de quien procede el expresivo vocablo, el dominio es elástico porque comprende potencialmente todas las utilidades que no le sean sustraídas de modo expreso, volviendo a recuperarlas cuando se extingan los aprochamientos parciales que lo limitan.

Disiento de la opinión del reputado tratadista y considero que la conceptualización del dominio como un derecho limitable, que se conserva en potencia el mismo, a pesar de diversas limitaciones establecidas sobre él, es inexacta y engañosa. Es inexacta, porque el dominio no es una potencialidad jurídica, sino la suma de facultades que se pueden ejercitar sobre una cosa, pero la suma como totalidad y esencia. Si falta una sola facultad, ya no hay dominio, sino algo distinto: un grado menos

en la situación del hombre frente a la cosa. Porque ya la cosa no es de uno, sino de dos. Existe una especie de dominio dividido en su ejercicio. Y es, además, engañosa. Lleva a ver en los derechos reales multitud de facetas.

Es el dominio el prototipo de los derechos sobre cosas y el límite de los denominados derechos reales. Estos son, nada más, una tendencia hacia él. Si suponemos en concurrencia un dominio directo y un dominio útil, por ejemplo, en el usufructo, cabría preguntar en qué estaba el verdadero dominio, ¿Qué características reúne el derecho del dueño del dominio directo que pueda considerarse como facultad dominical? Indudablemente ninguna. Ostenta una potestad vacía, falta de contenido, que se traduce sólo en un derecho a velar para que se conserve la cosa. El que sostenga que este poder vacío, porque pueda llegar a serlo más tarde, sea un dominio, no mide bien las distinciones en función temporal. Se trata sólo de una expectación de derecho, que produce el resultado de todas las demás, derecho a la vigilancia, pero que, como todas, puede ser o no ser.

Evitadas estas dificultades, se puede proceder a la comparación del dominio y de los demás derechos reales con los de obligación.

La diferencia que se les asignaba esencialmente, partía del hecho de existir en el derecho de obligación un deudor diferenciado, que en el derecho real no existe. De aquí se deducían otras características: el poder absoluto sobre las cosas, propio de los derechos reales; la pretensión limitada sobre las personas, propia de la obligación; la inmediatividad o la mediatividad, de unos y otros; la posibilidad de ser perturbados por cualquiera o por uno solo; la acción frente a todos o frente a uno, etc. Sin embargo, de todas estas separaciones estimo todavía que la cuestión permanece tan irresuelta como antes. Si consideramos que la pretensión derivada de los derechos de obligaciones no es un poder sobre la voluntad del deudor, sino sobre un valor económico que se halla en su patrimonio, y si consideramos que de los derechos reales sólo la posesión y el dominio pueden ser perturbados por cualquiera, sentiremos la inestabilidad de todas las distinciones.

Y, en efecto, los derechos reales en sí sólo pueden ser perturbados por determinadas personas. Hay en ellos realmente un deudor. Constituyen un poder sobre un valor económico que está en un patrimonio ajeno.

Evidentemente, un usufructo, por ejemplo, no puede ser perturbado más que por el dueño directo, como el dominio directo sólo puede perturbarse por el dueño del dominio útil. Los demás atacarán la relación jurídica, o sea, pretenderán un vínculo establecido a su favor negando la eficacia del ajeno, lo cual se traducirá no en un ataque al usufructo, que sigue existiendo, porque se lo atribuyen para sí, sino en una negación al derecho de una persona. Para poder deslindar precisa haber un límite común, y sólo los derechos confinantes poseen esta cualidad. De aquí que pueda discutirse la extensión de un usufructo, y que el propietario directo o el del usufructo puedan, ejercitando su derecho, salirse de la órbita legal, invadir el uno las atribuciones del otro, pero sólo el dueño directo puede cometer la invasión en el usufructo, y el usufructuario sólo invadir el dominio directo. Cualquier otra persona podrá únicamente cometer invasiones en el dominio o en la posesión. En el dominio, porque es derecho absoluto y territorial. En la posesión, porque como apariencia jurídica tiene la misma consideración ante la ley. Todo otro ataque dirigido contra un derecho real prescindiendo de la relación jurídica, no será más que un disfraz; consistirá realmente en una violación de la

Ensayo. 9

posesión o el dominio, en una conculcación del derecho ajeno en la órbita en que la lesión es posible: la de la posesión. Por eso que todo derecho real implica una posesión más o menos condicionada, resulta a su favor la tutela jurídica erga omnes. No porque el derecho real la tenga en sí, lo que no ocurre, puesto que sólo le correspondería personal sobre los que contribuyan a completar las facultades del dominio, sino por la posesión que comprende. Según esto, los derechos constituidos sobre las cosas en los que media una relación posesoria, tendrán por asimilación jurídica características de derecho real derivadas de la apariencia jurídica causada por la posesión que entrañan.

Según esto, también sólo el dominio constituye propiamente derecho real. La posesión será la expectación jurídica dominical aparente. Los demás derechos reales, estarán entre el uno y la otra. Examinémoslos:

Usufructo.— No es más que el dominio esencialmente limitado en el tiempo y por la necesidad de entrega. Sobre la cosa otorga el mismo señorío directo que el dominio. No existe intermediación alguna. Es lógico, de consiguiente, que disfrute de todas las acciones dominicales, sin excluir la acción reivindicatoria. La opinión que se la niega, está falta de fundamento bastante. No se diga que dándose en provecho exclusivo del dominio, no puede corresponder a) usufructuario. De no atribuirse colectivamente al dueño del dominio directo y al del útil, cuya suma de facultades constituye la propiedad, es lógico concedérsela por separado, máxime cuando aquél disfruta sólo una expectación jurídica.

Dominio directo.— Es, como he repetido diversas veces, una expectación de dominio. Carece, consiguientemente, de verdadero carácter real. Rigurosamente, el dueño directo sólo debiera disponer de dos acciones, de naturaleza personal por su exclusiva validez contra el usufructuario: una acción de entrega, verdaderamente reivindicatoria, por haber adquirido con la extinción del período de usufructo, la consolidación de la expectación en derecho, y otra de tutela, para evitar el perjuicio en la cosa.

Uso, habitación.— Son formas de aprovechamiento menos extensas que el usufructo, pero muy semejantes a él. Es cierto que recaen inmediatamente sobre la cosa; sin embargo, su acción no puede hacerse valer contra todos, sino sólo contra el propietario, único que puede menoscabar estos derechos. Las acciones en provecho de la cosa corresponderán al propietario, mucho más caracterizado ante el Derecho que el usuario o el habitacionista.

Servidumbres.— Son verdaderos derechos reales. Admiten, perturbación de cualquiera, y disponen, por consiguiente, de una acción real. Las llamadas servidumbres legales son, por el contrario, en muchas de sus formas, simples limitaciones del dominio. Sólo corresponde declararlas judicialmente cuando sean desconocidas, del mismo modo que otra limitación: cualquiera.

Censos.— Producen otro fraccionamiento del dominio. El verdadero dueño es el censatario. El censalista ostenta sólo una expectación. La relación censal es una obligación, como otra cualquiera, entre dos sujetos. Las acciones reales son las que competen al dominio. Por eso, las mutuas relaciones están presididas por los convenios o títulos antes que, por la ley.

Prenda. Retención.— Son derechos personales, que entrañan sólo un privilegio legal. La facultad de proceder la venta de la cosa que concede la prenda no es más que el resultado de aplicar la teoría de las obligaciones incumplidas a una cosa concreta. Y esta única facultad, que ni siquiera consiste

en apropiarse la cosa, lo que originaría una expectativa de dominio, la tiene también cualquier acreedor cuando el deudor posee una sola cosa valuable, si bien tenga que ejercitarlo —es lógico, porque no está en poder de la cosa— por mediación procesal. La retención es otra forma, de garantía, menos extensa. Aunque sostienen algunos su naturaleza real por su valor *erga omnes*, este carácter es una consecuencia de la posesión que comprenden. Por eso, si se probara que el que constituye la prenda no era dueño, este derecho quedaría vacío. La retención, que suele darse preferentemente para reintegración de créditos, por gastos en la cosa, es el aseguramiento legal de la porción incorporada a la cosa de valor económico. Sería derecho real, si se otorgara por el transcurso de tiempo el dominio definitivo, consistente en una expectativa jurídica, hasta la definitiva consolidación.

La prenda es el resultado de una obligación con cláusula de garantía, que atribuye la facultad de enajenación forzosa para reintegración de la deuda.

Anticresis. Arrendamiento.— Atribuyen la propiedad de los frutos. Pero la acción frente a todos, deriva de la posesión. Perdida ésta, hay una acción personal contra el propietario.

Tanteo. Retracto.— El derecho de tanteo es puramente personal. Carece de efectividad frente a todos. En cambio, el retracto produce una recíproca expectativa de dominio que actúa en sentido contradictorio.

Quizá —y esto no puedo dictaminarlo— resulte un tanto oscura la exposición, como consecuencia natural de mixtificar dos terminologías. He tenido que dar la construcción propia con palabras ajenas. Y acaso esta mezcla de conceptos pueda resultar imprecisa. Por eso, no quiero dejar de advertir expresamente que cuando hablo de dueño en los censos, en el usufructo y en las demás fragmentaciones dominicales, lo hago a la manera general. Por lo demás, ya se habrá advertido que excluyo el *dominio* de la enumeración y comprendo el *dominio directo*, que no inserta nadie. Para mí el dominio es, como he advertido, la totalidad de las facultades posibles sobre una cosa. Lo considero, además, indivisible. Una facultad que se restrinja, producirá un fraccionamiento que dará origen a derechos distintos. Por lo demás, con un poco de cuidado, resultará fácil seguir la exposición.

LA APARIENCIA JURÍDICA CONSTITUÍDA POR LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La proyección al exterior de los actos jurídicos se verifica de la mejor manera por medio de su inscripción. Esta cobra tal auge en el Derecho moderno, que tiende a reproducir y agotar la realidad jurídica. A pesar de lo dicho, es muy probable que se reaccione contra ella, porque se ofrece con excesiva rigidez, originando muchas veces demasiado violentas ficciones. Lo indispensable, si el Registro ha de tener algún valor, es que las situaciones que reproduce se presuman conocidas por todos, es decir, dotadas de la misma apariencia que la derivada del hecho de la posesión. Y esta apariencia produce efectos idénticos que la otra: la efectividad universal.

Se habrá advertido que prescindí de la hipoteca al enumerar los derechos reales. La razón es que para mí, desaparecidas las especialidades del no desplazamiento y del carácter inmobiliario, la hipoteca no es más que la prenda inscrita. La validez *erga omnes* de la hipoteca, como de la inscripción arrendaticia en su caso, viene dada por la situación de apariencia jurídica que se origina por la inscripción. Esta concepción de la hipoteca tiene una ligera confirmación positiva en el artículo 1.875 de nuestro Código Civil, según el cual «para que la hipoteca quede válidamente constituida, es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad».

Es claro que sólo dando validez *erga omnes* a la apariencia jurídica registral, puedan considerarse derechos reales la hipoteca y la inscripción arrendaticia. Si, como en la *mortgage* anglosajona, la cosa hipotecada pasara en caso de incumplimiento a la propiedad del acreedor, se trataría, sin duda, de una expectación de dominio. Careciéndose de esta facultad, la hipoteca sin inscripción sería simplemente la afección una cosa al pago de un crédito, la naturaleza personal que la prenda. Por eso es acertadísima la opinión de nuestro Código, colocando la prenda entre las obligaciones exigiendo la inscripción para que la hipoteca exista realmente.

PARTE TERCERA

A SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO

LA DIVISIÓN FUNDAMENTAL:

DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Desde que Ulpiano realizó aquella su célebre diversificación : «Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet», hasta la actualidad, no han logrado todavía los juristas la fijación de un límite convincente. El fin didáctico propuesta por el jurisconsulto romano al decir; «in huius studii duo sunt positiones», es y la especialización por materias, la única justificación admisible para verificar la división del Derecho.

Repetidamente se tachó de imprecisa la línea divisoria, y, sin embargo, los criterios formulados para sustituirla no lograron enmendar su yerro. Es que la unidad fundamental del Derecho se resiente por necesidad de las divisiones.

Por otra parte, los «buscadores de límites» se fijaron nada más, generalmente, en un aspecto que consideraban distintivo, sin advertir que la delimitación requiere más de una marca. Si fragmentar el Derecho en dos zonas es forzosamente arbitrario, debe por lo menos hacerse atendiendo a normas definidas con precisión. Lo contrario será dividir a medias.

Intentaré verificar esta demarcación, pero teniendo cuenta que, al revés de lo sucedido al conceptuar el Derecho, se trata aquí de una especulación accidental. No ha de investigarse una prelación, como la del Derecho, sino una forma, *secundum quid*, de separación experimental.

Vuelvo, en primer término, como punto de paso, a la antigua concepción a partir del Estado. El derecho público concierne al Estado; el privado, a los individuos. De aquí: antes de la existencia del Estado, el derecho público no se puede dar; el privado, existe como Derecho natural. Luego el derecho público es un derecho constitucional, y el privado, fundamental. Existente el Estado, la misión del derecho público se hace manifiesta. Le corresponde organizar al Estado, regular su funcionamiento y ordenar la creación del derecho privado. En este sentido, ha podido considerarse como un derecho para el Derecho. Hasta aquí, el derecho público ceñido al Estado, no se produce ninguna dificultad. Ocurre, sin embargo, que el Estado actúa también como sujeto de derechos. Es una persona jurídica que se relaciona jurídicamente. Y he aquí ahora el problema: ¿ Las relaciones del Estado corresponden o no al derecho público? En pro de la respuesta negativa militan los argumentos siguientes: 1°. Ante el Derecho no cabe distinción. Todos los elementos intervinientes en una relación jurídica deben ser tratados en pie de igualdad. Luego, aunque actúe el Estado, el Derecho no debe considerar más que la relación y deslindarla conforme a los principios generales de su sistema. Exceptuar, equivaldrá a deformar, y toda deformación es ante el Derecho injusta. Luego, aunque se trate del listado, no debe darse regulación especial; y 2°. El Estado en su actuación puede crear *regulaciones*, es decir, Derecho, o *relaciones*, que vale tanto como situaciones jurídicas. Cuando crea Derecho, se muestra como Poder, cumple su fin, obra como Estado. Cuando se encuentra en situaciones jurídicas es un sujeto de las mismas, debe despojarse del Poder y sujetarse al Derecho que patrocina. Para las *regulaciones*, está el derecho público; para las relaciones, en que el Estado no actúa como tal, debe ser el derecho privado.

En cambio, el siguiente raciocinio inclina en sentido contrario. Hay situaciones de Derecho en las cuales, si el Estado no se manifiesta como Poder, encontraría interrumpida su misión frente al

egoísmo de los particulares. Si es lógica la subordinación de un interés a otros de más importancia, mucho más lo será la subordinación de pretensiones injustificadas al bien general que representa el Estado. Luego se impone desechar esa pretendida relación de igualdad e insertar en la esfera del derecho público las relaciones del Estado que sirvan al bien común.

Ante ambos extremismos se impone una solución ecléctica. Existen, indudablemente, situaciones en las cuales obra el Estado en defensa de la comunidad. Tal ocurre en cualquier caso de» provisión de servicios públicos. Los contratos administrativos, por ejemplo, ¿deben regularse de la misma manera que los del derecho civil? Pues resultaría entorpecida duramente la labor del Estado. ¿Cómo se lograrían los servicios públicos si la Administración no disfrutase de un privilegio? La enajenación forzosa, verbigracia, imprescindible para la actuación estatal, quedaría imposibilitada. ¿Hay, pues, que transigir con que el Estado goce para sus relaciones de una situación preferente? De ninguna manera. Además del Estado, pueden los mismos particulares suscitar motivaciones análogas. Cuando, sea cualquiera el gestor, porque en tal caso el Estado o los particulares representan a la comunidad, se produce una colisión entre un bien público y un bien privado (colisión nada más que aparente), no hay un caso de suspensión de la regla general en aras de cuidar un interés más alto. Pura y simplemente, sucede que hay una infracción jurídica. El fin del Derecho es el bien común, y cuando de cualquier modo se interfiera, no puede pensarse en colisiones ni contrastes, porque no hay derecho contra el Derecho, sino que procede considerar que al bien privado se le había dado una extensión indebida. Así, en el ejemplo que pusimos de la enajenación forzosa, la colisión aparente se da entre la propiedad, que implica la libre disposición, y la necesidad de cederla en beneficio público. Lo que ocurre es que la propiedad no llega a tanto. Que la libre disposición tiene una traba: el bien común. Por tanto, mientras la libre disposición y el bien común no se encuentren frente a frente, al desenvolvimiento autónomo de aquélla puede hacer creer que sea un derecho subjetivo absoluto; pero una vez que se tropiecen, no cabrá mantener la hipótesis.

Resulta de todo esto que no existe especialidad alguna a favor del Estado. No se trata de ningún privilegio. Es solamente la configuración de los derechos subjetivos, desde otro punto de vista. En efecto: el límite de los derechos condicionables está en el bien general. Cuando lo atenten, ceden. Aquí el Estado no tiene otra misión que afirmar decididamente esta verdadera realidad del Derecho. Lo hará mediante una regulación: creando Derecho. Ahora bien, ¿hay aquí derecho público o derecho privado? Ciertamente se trata de una situación que no es la normal; mas tampoco queda fuera de la verdadera forma de ser el Derecho. Así, considerar derecho público o derecho privado el referente a los servicios públicos, no deja de ser una decisión particular, una categoría ab autore. Cada uno, en su fuero interno, resolverá.

LAS DOS GRANDES RAMAS DEL DERECHO

PÚBLICO: DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO POLÍTICO

Prescindiendo del Derecho internacional, cuya configuración es fácil, quedan, dentro del derecho público, el político y el administrativo, que se resisten a la separación. En éste, de modo especial, se discute la extensión y alcance. No sólo el concepto de la Administración, sino aun el de derecho administrativo, en algunos que coinciden en la apreciación de aquél (cosa poco explicable) se plantean en una grave discrepancia. Sin embargo, es deuda reconocer que, prescindiendo de motivaciones adjetivas, se califica generalmente al derecho administrativo como el que preside la actividad del Estado. Y al derecho político —que por eso es primordialmente analítico—, como el que se considera al Estado en una situación de reposo. Aquél concierne a la dinámica; éste, a la estática del Estado.

Que el derecho político sea derecho público, es cosa que no duda nadie. En cambio, con el administrativo, si quiero ser rigurosamente lógico, he de poner su «publicidad» en tela de juicio. Considerado sólo como propio de la actividad del Estado para cumplimiento de sus fines, es natural que la tesis afirmativa sea aceptada. Pero la actividad es sólo el movimiento, no sus resultados, como tampoco la actividad de una máquina la constituyen sus productos. Si el derecho administrativo se arrogara como peculiar, únicamente la actividad en este sentido de que hablo habría que excluir de su contenido muchas de las instituciones que se le asignan.

Ya he señalado antes el punto de conexión de lo público y lo privado. Se habrá advertido también la inclusión de estos puntos borrosos en el derecho administrativo. Por otra parte, ¿qué actividad del Estado constituyen las aguas públicas? Si los tratadistas que propugnan aquella consideración fueran consecuentes con su propio albedrío, se alejarían de incluirlas en su estudio.

Si el derecho administrativo se vincula a la noción de servicio público, la consecuencia es parecida. Como en sí el servicio público es *cosa*, no puede ser sino un objeto de derecho. Por tanto, el derecho administrativo, como derecho de los servicios públicos, se atenderá, a lo sumo, a la relación que pueda suscitarse entre los particulares y el servicio que, como la relación jurídica, sólo es posible entre personas, es decir, lo mismo que entre los particulares y la comunidad social, intermediada entre la administración y el servicio. Y ya he dicho, asimismo, no haber ninguna especialidad en relaciones jurídicas de esta clase.

Analizando uno por uno todos los demás criterios definidores del derecho administrativo, llegaremos siempre a la misma realidad. Se incide en la vertiente confusa: en la «tierra de nadie» del derecho público y privado. Aquí la orientación es de carácter personal; sin embargo, no estará de más advertir que muchas de las materias que hoy comprenden el derecho administrativo, estarían más adecuadamente colocadas en el Derecho civil.

LA CONTIENDA DEL DERECHO PRIVADO: ¿UN SOLO CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES ?

Si fue necesario afirmar la unidad fundamental del Derecho al enjuiciar la bipartición en público y privado, mucho más lo será al tratar de la ponderación de dos ramas de una de estas partes. La escisión del derecho privado en mercantil y civil, es indudable que ofrece serios inconvenientes. Otra cosa es que proporcione también algunas ventajas. De la comparación de unos y otras dependerá el juicio definitivo de la separación.

Cuando Vivante impugnaba la división «que da lugar a gravísimos daños de índole social y jurídica», se basaba principalmente en estos alegatos: el Código de Comercio obliga a que los no comerciantes se sometan a una ley que ha sido formada en beneficio de la clase mercantil; «daña al ejercicio de la Justicia, porque quien la reclama debe frecuentemente aventurarse en una causa preliminar para saber dónde y cómo puede ejercer el propio derecho» ; el carácter demostrativo de los actos de comercio abandona a la apreciación de los magistrados la ley reguladora; no es fácil coordinar las disposiciones de ambos Códigos, y, finalmente, ejerce perniciosa influencia en el progreso científico.

A estas razones pueden añadirse otras varias. El carácter fragmentario del derecho mercantil, que hace de él un cuerpo incompleto, redundando en perjuicio general de la técnica jurídica. El derecho mercantil es, por eso, algo monstruoso y anacrónico. Fruto de un proceso histórico de necesidad, por ser poco elástico el derecho civil en aquellos entonces, no tiene con el adelanto de la ciencia jurídica razón de ser. Por lo demás, la noción del acto de comercio, que debe ser la fundacional, y por ello la exceptuante es sumamente elástica. No se comprende por qué instituciones como la letra de cambio hayan de pertenecer al derecho mercantil. Con ese concepto de acto de comercio candorosamente arbitrario de señalar sin más la serie demostrativa, es fácil tener por tal a la letra de cambio. Más se complicaría el problema si se pretendiera fundamentar la inserción con razonamientos convincentes. Si los no comerciantes pueden, expedirlas, ¿por qué motivo se mercantilizan? Pero vamos: a otro campo. ¿Qué diferencia separa a la compraventa civil de la compraventa mercantil? Se coincide generalmente en responder que el móvil de tráfico. He aquí, indudablemente, una razón precisa y perceptible. Sin embargo, no resiste a la crítica. En cualquier compraventa existe el móvil de tráfico. Si no el que compra, al menos el que vende lo supone. La intervención del dinero, transformativo de la permuta en compraventa, encierra en sí un cambio posterior. El dinero es un auxiliar de la permuta, porque, en efecto, como reconocen los economistas, no se cambian bienes por dinero, sino mercancías por mercancías. El dinero es un intermediario, que después ha de ser forzosamente sustituido. Ahora bien: si consideráramos la habitualidad propia del comerciante como factor decisivo, incurriríamos en el error de creer que las esencias de las cosas se modificarán al multiplicarse.

Vivante se retractó después basándose principalmente en la diferencia de la Codificación civil y mercantil (cosa bien accidental) , en la índole cosmopolita del comercio, en los negocios a distancia (también posibles en el derecho civil), en la disciplina de los títulos de crédito (téngase en cuenta la advertencia precedente) y en los negocios en masa. Como se ve, sus anteriores razones poseen mucha mayor solidez.

Un enjuiciamiento severo de la realidad del problema, decide por la abolición metódica de diferenciaciones arbitrarias. Si la especialización mercantil es arbitraria, ¿qué mayor censura puede dirigirsele? ¿No es en el derecho la arbitrariedad la mayor de las negaciones?

Las mayores justificaciones de la división del derecho privado están en la división del trabajo, porque especialización es progreso. Pero hágase la división a la luz de postulados establecidos, no a la de categorizaciones arbitrarias. Bien está que se divida el derecho privado, que resultaría si no vastísimo e inabarcable, pero sea precediéndole de una parte general común a las dos divisiones. Con esto se ganaría en unidad de ideas, se llevarían a la par las dos ramas y se mitigarían los inconvenientes apuntados con anterioridad. Opino que la parte general del derecho civil está llamada a serlo del derecho privado.

LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Es indudable que sólo procede hacer una clasificación, además de contingente, de carácter personalismo. El hecho es más que claro, por ser toda clasificación una manera de ver de cada tratadista.

Prescindiendo de la parte general, que parece lo suficiente elaborada, dividiría el derecho civil desde los siguientes criterios: 1º., el proceso hacia la adquisición del derecho ; 2º., los modos de adquirir; 3º., la transmisión subjetiva de los títulos de disfrute jurídico; 4º., los derechos con objeto-cosa, y 5º., las relaciones personales puras: derecho de familia.

El número primero abarca: hecho, expectación, derecho; la obligación como proceso jurídico. El número segundo comprende: la ocupación, la tradición, la prescripción. El contenido del número tercero es: el contrato, la sucesión (hablo de contrato en su sentido más amplio). Y, finalmente, lo que se encierra en los números cuarto y quinto, no necesita especificación.

Las partes especiales del derecho civil que sufren más embates en su configuración tradicional, y que son más vivamente discutidas, están en los llamados derechos reales y en la teoría de los contratos. Los derechos reales han sido enjuiciados en otro lugar, pero debo afrontar ahora el análisis de los contratos para dejar así más totalizada la visión general del Derecho.

Cuando Napoleón hizo sustituir la palabra contrato por la de acto al tratarse de la donación, por entender que el contrato requiere la existencia de obligaciones recíprocas, no estaba, a pesar de las críticas que se le dirigieron posteriormente, en ningún error. La misma etimología de la palabra contrato (cum-tracto = traer común o mutua entrega), sugiere la idea de prestación recíproca.

La evolución posterior del Derecho hizo distinguir dentro del contrato, no ya solamente los actos unilaterales, por los cuales se originaban obligaciones exclusivas para una de las partes, sino que además fue preciso crear otra categoría nueva. Se observó que en la contratación los intereses de las partes estaban en oposición radical; había, en cambio, convenciones jurídicas, que se habían considerado hasta entonces como contratos, en las cuales se producía un fenómeno contrario: los intereses de las partes eran plenamente coincidentes. Así se llegó a la construcción del *acto*

complejo.

La teoría de los contratos como única fuente de las obligaciones, había recibido con esta aportación un rudo golpe. Era preciso encontrar una rúbrica general que comprendiera las diferentes manifestaciones volitivas que constituyen la obligación. Se llegó así a la denominación de negocio jurídico, en cuyo contenido quedaban embebidos escalonadamente los actos unilaterales, los actos complejos y los contratos.

Actualmente la figura de la autocontratación y la calificación jurídica del matrimonio muestran la tendencia general expansiva.

Admito como perfectamente logradas las clasificaciones anteriores. Considero al autocontrato, por otra parte, como un contrato verdadero, aunque especial, y por lo que atañe al matrimonio, no puedo transigir que sea un negocio jurídico simplemente. Si el matrimonio fuera no más un acuerdo de voluntades, que por ser de intereses coincidentes constituiría

Ensayo.10

un acto complejo, es evidente que habría de admitirse como causa de rescisión el transacuerdo. El daño social de esta apreciación sería inmenso. «La indisolubilidad del matrimonio es un bien tan alto para la comunidad —es Goethe el que habla—, que el interés individual no se toma en cuenta.»

Creo preferible considerar el matrimonio como un estado jurídico al que se llega por una convención.

Partiendo, pues, de estas consideraciones, procederé a verificar la sistematización de las relaciones jurídicas de naturaleza volitiva. Prescindo de toda otra aclaración de sus términos, porque la considero innecesaria; será, por sí, lo suficientemente clara.

RELACIONES JURÍDICO-VOLITIVAS	Indelebles ...	Estado jurídico convencional.- (Matrimonio)			
		Id. de incorporación abstracta: Asignación ...	Letra Cheque, etc.		
	Disentibles.- Negocio jurídico	Unilateral ...	Donación Préstamo, etc.		
		Complejo.- Sociedad en sus diversas formas.			
		Contratos ...	De permuta ...	Compraventa. Permuta, etc.	
			De arrendamiento ...	De servicios. De capitales, etc.	
			De subsunción ...	Mandato. Representación, etc.	
			De garantía ...	Fianza. Prenda, etc.	

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
PARTE PRELIMINAR — PROBLEMA DEL MÉTODO	9
El método. Sus clases. Método esencialista.	11
El método esencialista aplicado al Derecho.—Análisis del concepto universal de Derecho.	15
Fundamentación del Derecho.	23
PARTE PRIMERA .— LA GÉNESIS DEL DERECHO	27
El Derecho positivo y los postulados de su aparición. El Estado.	29
El Estado como creador de la Nación.	32
El Estado, núcleo de atracción y fuerza directiva.	34
El Estado como creador del Derecho y el Derecho como reorganizador del Estado.	35
Los conceptos Derecho y Estado en conexión permanente. Autolimitación del Estado.	37
La encarnación del Estado bajo la efigie del Poder.	42
La doctrina de la división de Poderes.	42
¿Deducción de un sistema político a partir de la misión del Estado?	45
La naturaleza y la justificación del Poder.	47
El Poder punitivo.	48
PARTE SEGUNDA — LA TEORIZACIÓN DEL DERECHO	51
Las fuentes del Derecho.	54
Fuentes jurídicas de valor general. Estudio de la ley.	54
Los principios generales del Derecho	59
Inadmisibilidad de la Costumbre como fuente del Derecho.	60
Las fuentes indirectas del Orden Jurídico. Su calificación filosófica.	62
El Derecho subjetivo y el Derecho objetivo. Línea divisoria.	63
La relación jurídica y los sujetos que la constituyen.	67
Los matices de la relación.—La teoría del equilibrio en la relación jurídica.	72

Las teorías de la apariencia jurídica y de la expectación del Derecho como núcleos doctrinales y su importancia como basamento del Derecho real.	73
La construcción jurídica de los derechos reales.	79
La apariencia jurídica constituida por la inscripción registral.	83
PARTE TERCERA — LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO	85
La división fundamental: Derecho público y Derecho privado.	87
Las dos grandes ramas del Derecho público: Derecho administrativo y Derecho político.	89
La contienda del Derecho privado: ¿un solo Código de las obligaciones?	90
La sistematización del Derecho civil.	91