

José Lois Estévez

1234567 & 90 &

La lucha

por

la

Objetivación

del

Derecho

Depósito Legal VG. 4-1965

N.º Registro M-283-65

TIP. FARO DE VIGO

ÍNDICE-SUMARIO

	Págs.
DEDICATORIA.	5
PRÓLOGO.	7
<i>Objeto de la obra: Introducir la objetividad científica en el Derecho y completar las líneas maestras de la concepción empiriocrítica.</i>	
<i>La crítica científica en España: el partidismo y las capillitas. Conjura de silencio ante las nuevas ideas. La Política cultural en España. El problema de la “Ciencia española”. El memorismo como su causa. El bochornoso sistema de oposiciones. El método selectivo racional. Método selectivo y justicia premial. La Política acertada de fomento científico. La Sociedad española ante la Ciencia. El universitario y la investigación. La reforma universitaria: sus diversas exigencias y su adecuado planteamiento científico-político.</i>	
I. CIENCIA CONTRA POLÍTICA EN LA PUGNA POR UN DERECHO JUSTO.	17
<i>La crisis político-jurídica de la humanidad. La Ciencia como remedio. La configuración social del mundo futuro a través de las ideas filosófico-jurídicas hoy prevalentes. La crisis del voluntarismo jurídico. El ordenamiento jurídico universal de un nuevo iusnaturalismo. La Política de la improvisación y la Política como Ciencia. Las nuevas Ciencias filiales de la Política. La paz internacional como tarea del nuevo Derecho. La guerra como estado de transición hacia estructuras político-económicas mundiales. La Ley de integración de los espacios vitales interdependientes. La teoría maltusiana de la población y las conquistas científicas. El sentido providencial de la Historia.</i>	
II. PARA UNA TEORÍA OBJETIVA DE LA NORMA JURÍDICA Y DE LAS FUENTES DEL DERECHO.	29
1 Análisis de la experiencia jurídica.	31
2 Regularidades naturales y regularidades jurídicas.	32
3 El concepto y diferentes especies de regularidades sociales.	41
4 Normas y regularidades jurídicas.	44
5 Fuentes de regularidades jurídicas.	62
III. UNA TEORÍA OBJETIVA SOBRE LA JUSTICIA.	75
<i>La gran aportación griega al Derecho de Occidente: la idea de Justicia. La concepción de la Justicia según Simónides de Ceos. Su recepción por Ulpiano. Sus consecuencias sobre el Derecho moderno. La teoría platónica de la Justicia. La teoría aristotélica. La concepción matemática de la Justicia atisbada por Aristóteles. La idea de Justicia cede su puesto ante la de equilibrio económico. El punto de vista de los Códigos modernos. Las nuevas concepciones económicas sobre la distribución en los pesimistas. El ataque marxista al capitalismo. Hacia nuevos cánones de Justicia. El crédito providencial del ser humano sobre los bienes económicos. Bases para una nueva teoría de la Justicia. La Justicia como verdad.</i>	
2. LA TEORÍA MATEMÁTICA DE LA JUSTICIA.	87
<i>Críticas a la teoría tradicional de la Justicia. Superfluidad de una teoría de la Justicia extrínseca al Derecho. Demostración de que la Justicia no es otra cosa que la verdad jurídica. Esbozo de una axiomática jurídica. Las tres fuerzas sociales con eficacia distributiva: La economía la política y el Derecho. La actual distribución de la renta y su desigualdad. Formas arbitradas para corregirla: la revolucionaria y la conservadora. El Derecho como tendencia al statu quo. Los factores de diferenciación económica legítimos e ilegítimos. La Justicia como cociente. Fórmula diferencial de la Justicia.</i>	
IV. BASES LÓGICAS PARA LA OBJETIVACIÓN DEL PROCESO.	101

La naturaleza jurídica del proceso: Su anatematización por los prácticos. La compatibilidad teórica de las diferentes doctrinas. La confusión bélica en el lenguaje de los procesalistas. La relación jurídico-procesal y su génesis. Contrato y cuasi-contrato procesal. La paradoja de la relación de Derecho público.

*El significado de la expresión **naturaleza jurídica**. El concepto de “naturaleza” (physis) en los filósofos griegos. La expresión “natura” entre los juristas romanos. Versión escolástica de la doctrina. La aportación genial de Montesquieu. El punto de vista de Sayigny. El moderno concepto de “naturaleza jurídica”. La “naturaleza de la cosa” en la filosofía jurídica alemana de nuestros días. La concepción empiriocrítica de la naturaleza jurídica: la naturaleza jurídica como **ratio essendi**, ley extrínseca al Derecho o fuente informativa originaria.*

Nuevas bases para establecer la naturaleza jurídica del proceso. Crítica a las anteriores teorías. La relación jurídicoprocesal y sus fallos. La situación jurídica y su ineficacia. La crítica a la teoría del proceso como institución. El proceso como expresión del método oficial para la investigación jurídica.

APÉNDICES.

I. SOBRE EL CONCEPTO DE “NATURALEZA JURÍDICA”.	137
I. Proposición del problema.	139
II. El concepto de naturaleza jurídica.	139
III. Indagaciones preliminares tendentes a la delimitación del objeto.	144
IV. Problemática de las instituciones jurídicas.	146
V. El problema de la naturaleza jurídica proyectado desde la experiencia.	148
VI. Conclusiones.	153
II. LA LEY DE 24-XII-1962 SOBRE USO Y CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR Y LA NUEVA CIENCIA LEGISLATIVA.	155

*El problema de la legitimidad originaria de la Ley. La Ley **impuesta** frente a la ley **deducida**. Posición empiriocrítica. Crítica de la ley de 24-XII-64. Cómo se debe hacer una Ley. El voluntarismo y el intelectualismo jurídicos. Ley y Jueces. La necesaria reforma judicial en España.*

A MIS ANTIGUOS ALUMNOS, QUE ANTES QUE NADIE CONOCIERON Y CONTRIBUYERON SIN SABERLO A ESTAS IDEAS Y QUE, PADECIENDO HOY EL MAL DE LAS OPOSICIONES, RECUERDAN CON NOSTALGIA MIS DIATRIBAS CONTRA EL SISTEMA.

A MIS ACTUALES ALUMNOS, EN LA ESPERANZA ILUSIONADA DE QUE LLEGUEN A VIVIR OTRAS FORMAS DE PROMOCIÓN QUE NO ESTÉN VUELTAS DE ESPALDAS A LA SENSATEZ Y A LA JUSTICIA.

AL GOBERNANTE ESPAÑOL QUE, PERMEABLE A CUALQUIER IDEA FECUNDA, TENGA LA HUMILDAD Y EL CORAJE DE ACEPTAR UNA SUGERENCIA Y DE LLEVARLA A LA PRACTICA.

PROLOGO

Doble es el objeto de este libro. Pretende, en primer lugar, desenvolver otras investigaciones del autor tendentes a introducir la objetividad científica en aquellas espinosas regiones en que los juristas tienen que soportar hasta el momento la constante «inmisio» de los políticos. Pero aspira también a completar las líneas maestras de la concepción empiriocrítica del Derecho, que, al fin, en sus principios cardinales, se ve aquí concluida. A partir de este instante, puede decirse sin hipérbole que un nuevo sistema iusfilosófico ha hecho su entrada en el panorama del pensamiento español contemporáneo. Tal evento sería bastante, en climas diferentes, y presupuesta la comprensión de lo que semejante esfuerzo significa, para desencadenar toda una serie de enjuiciamientos y contraposiciones capaces de hacer avanzar el conocimiento en alguna cuestión concreta. En nuestro ambiente, por desgracia, se ignora hasta tal punto el significado de la cooperación intelectual que la labor científica permanece incomprensiblemente extraña a la crítica. Como el mal es grave, creo que se le debe denunciar sin tapujos: En España no se da realmente una auténtica crítica del trabajo científico. Hay, sí, {¡mejor sería que no la hubiera!} una especie teratológica de «reseñas bibliográficas»... por autores, al servicio, cuando menos mal, de cualquier compromiso amistoso, o, cuando peor, del partidismo y de la capillita, en las que sólo se trata de aupar a quien representa tal o cual ideología o, acaso más a menudo, a quien representa al propio censor, que tal es la moneda corriente inflacionaria que se nos sirve... pero, en cambio, se cubre de silencio la obra de cualquiera con suficiente personalidad para buscar la verdad sin valerse de mediadores.

No sé cómo reaccionarán los demás ante este hecho anómalo de la extraña pasividad de los intelectuales españoles ante las nuevas ideas que apuntan a su mismo lado. Por mi parte, veo en él otra demostración patente de las erradas directrices de Política cultural que dominan desde hace siglos en España. Tengo la impresión de que cualquiera que examine imparcialmente nuestra obra científica dirigirá contra ella un doble y serio reproche: que adolece de falta de imaginación y de sentido crítico. Entre nosotros apenas hay teorías ni se hace crítica. Ahora bien, para quien sabe que la Ciencia no es más que «una teoría momentáneamente indemne a la crítica», el resultado de esta doble falta es explicación suficiente al inquietante problema de por qué no existen científicos en España. No hay «Ciencia española», porque no hay «teorías» ni hay «crítica». Y no hay «teorías» ni hay «crítica», porque nos han acostumbrado a que no las hagamos.

En efecto; como consecuencia de los métodos educativos que reinan entre nosotros el intelectual español está sometido a una deformación sistemática. En España se rinde en la Escuela, en la Universidad y en la vida un culto idólatra al memorismo; se trata al saber como algo ya terminado, como una conquista definitiva y sin problemas frente a la que sólo cabe la total pasividad del que aprende, no el impulso creador del que investiga. Como ningún otro país, España adora al que sabe, con ese papanatismo supersticioso con que en todas partes se emboban los públicos. Pero, aquí, el sabio se identifica con el memorión traga-libros, no con el descubridor; es decir, con más modestia, el investigador, que es el verdadero hombre de Ciencia. Entre nosotros, más que en otro país cualquiera, es indiscutible el primado de la memoria. Concebido absolutamente el aprendizaje como simple retención de conocimientos y no como adquisición del hábito de investigar, el resultado es la exaltación del que repite sin crítica. De ahí ese fabuloso invento español que son las «oposiciones». No nos avergonzamos de ellas ante el mundo ni tratamos de sacudirnoslas de encima cuanto antes, como un oprobio, porque, cegados por la rutina, hemos perdido nuestra capacidad de análisis y no alcanzamos a darnos verdadera cuenta de su significado. Pero enjuiciemos lo que son las oposiciones...

Por increíble que pueda parecer, la oposición no es más que un método para la selección de hombres clave. Ahí reside toda su monstruosidad. Se quiere elegir hombres con ciertas cualidades excepcionales {de ellos dependerá por entero el destino de España} y se reducen las pruebas a una observación de lo que los aspirantes son capaces de repetir de memoria en un tiempo dado. Y por este mismo mágico procedimiento se obtienen, con plena satisfacción de todos, tanto Funcionarios de Hacienda como Jueces o Médicos de Asistencia pública domiciliaria. ¡Se conoce que el sistema es tan eficaz como una panacea, pues sirve lo mismo para cosas tan dispares! ¡Feliz Arcadia ésta donde el discómano memorista puede escalar, sin ninguna otra clase de pruebas, una Cátedra, una Canongía, los Tribunales de Justicia o una plaza de Investigador titulado! Si la memoria es el patrimonio de los tontos, ¿quiénes pueden

creer que pruebas de memoria prueben algo?

Un procedimiento de selección, si legítimamente quiere usar este nombre, ha de partir de una adecuación precisa entre los métodos de que se vale y las cualidades personales que intenta indagar. Si yo me propongo seleccionar un buen tornero, me cuidaré primero de averiguar las cualidades en que se cifra esta condición para idear después los métodos más convenientes para reconocerlas en la práctica. Si cada función exige aptitudes algo diferentes, también los métodos de selección, en principio, deberían mostrar ciertas desigualdades (lo que es ya un argumento a priori contra la uniformidad de la oposición). Siendo radicalmente distintas sus funciones, no se deberá seleccionar del mismo modo un Juez que un Abogado del Estado. Por más obvio que parezca esto, constituye una verdad desconocida en la práctica en España. Más o menos, sabemos todos qué cualidades son imprescindibles a un buen Juez. Necesita estar dotado de una escrupulosa moralidad, con un sentido de los propios deberes sobresaliente; ha de sentir una verdadera pasión por el Derecho, cuya problemática debe ser la gran inquietud de su vida; ha de tener entereza, objetividad, independencia de criterio, ojo clínico para el caso y la prueba... En fin, una suma de capacidades que no abundan, que por eso no se pueden cuerdamente presuponer, y que, sin embargo, toda oposición a Judicatura ignora por completo. Y he ahí, la gran enormidad española, la absurda contradicción social en que nos debatimos. Queremos funcionarios públicos capaces y olvidamos a la hora de elegirlos las cualidades humanas que requiere inexcusablemente su cargo. ¡Nadie está legitimado para hacer reproches a nuestros funcionarios públicos si antes no se ha sublevado contra el sistema que se utiliza para su selección! ¡Pongamos esta verdad bien alta!

Te me dirá, tal vez, como en excusa, por algún bienintencionado fácil de contentar que nuestro sistema de oposición no será tan malo cuando sus resultados no son peores. Dejemos, por ahora, a un lado el hecho de que estos adjetivos de «mejor» y «peor» no pueden aplicarse sino en virtud de una comparación, que aquí no se ha efectuado aún, entre los funcionarios que tenemos y los que tendríamos en el caso de emplear otros procedimientos selectivos. A mi modo de ver, lo más absurdo u grave de nuestro sistema es la ceguera con que se le acoge. Nos sentimos tan seguros de él y nos mostramos tan dogmáticos sobre su valor que excluimos totalitariamente cualquier otro. ¡Ni siquiera tenemos la prudencia de contrastarlo! Un poco de flexibilidad mental, de sentido crítico, de sagacidad política —cualidades que precisamente el sistema de oposición nos ha embotado— nos llevarían seguramente a tomar, por lo menos, la precaución de poner a prueba otros procedimientos selectivos, por ver sí, en efecto, podrían dar mejores resultados. Pero una Sociedad que se gobierna por opositores ¿será capaz de abrir paso a métodos cuya evidente superioridad conduciría a la abolición del tinglado que los ensalza?

De todas suertes, la verdad es que el conformismo ante nuestra política selectiva no parte de la aceptación y aprobación de nuestro estado cultural. En los últimos años, por lo menos, (y el síntoma no puede ser más alentador) los intelectuales españoles han manifestado la más viva y significativa inquietud por la penuria científica de nuestra patria. He ahí, pues, el principio de insatisfacción que pone en entredicho los dogmas tradicionales de política cultural por los que estamos gobernándonos. ¡Es el puente que empieza a tenderse entre estereotipación intelectual y oposiciones! Aunque tarde, el español medio comienza a entrever ahora que si faltan científicos en España es porque nos estamos administrando un antídoto eficacísimo para impedirlos, un verdadero abortivo de la Ciencia: la oposición. Se está, por fin, a punto de descubrir cómo y hasta qué grado la oposición para «sabio» es una verdadera oposición a los sabios. Cada Sociedad tiene lo que desea. Las que quieren hombres de Ciencia, los miman, incitan a la investigación. . . y los encuentran. Las que prefieren estériles repetidores de las teorías aportadas por otros, cerebros magnetofonizados, fomentan el memorismo e instauran oposiciones como las nuestras: Medios idóneos conducen siempre al fin a que se enderezan.

Sea como quiera, es lo cierto que todos estos alegatos que conciernen a la Ciencia política —y que bastarían solos para condenar definitivamente el régimen de oposiciones— pierden importancia ante un argumento, muy distinto en su índole, sobre el que no se suele reparar; pero que es el supremo para un jurista: La selección del personal administrativo de un país, como toda elección de «mejores», es la expresión del Derecho premial que en él impera y, por ende, constituye un capítulo más de su administración de Justicia. No le basta, pues, a un sistema selectivo con ser idóneo para su objeto, sino que ha de cumplir sobre todo el requisito de ser justo en si mismo. ¿Lo es el de oposiciones?

Los que hayan leído con algún cuidado la inmortal República de Platón recordarán

probablemente la teoría que el genial ateniense formuló sobre la Justicia. Separándose ya en su tiempo de la concepción que hoy es tradicional, Platón resalta con inolvidable viveza cómo la Justicia, antes que en dar a cada uno lo suyo, consiste en poner a cada cual en su sitio, en hacer que cada uno desempeñe la función social que le conviene más. El atrevido vuelo de la concepción platónica, cuya originalidad aún hoy sorprende, está sostenido por un principio simple, muy difícil de recusar, en su casi desnudez invulnerable. Puesto que la Justicia es, ante todo, una doctrina para el concierto social, es obvio que, con anterioridad a su aplicación a cualquier distribución de bienes, habrá sido necesario organizar la Sociedad misma, poniendo en juego, como norma suprema, el principio de la idoneidad relativa para cada función.

Dejemos, por un momento, a un lado, la cuestión capital que se plantea al preguntarse si el principio platónico es realmente absoluto y último—será tratada en un capítulo ulterior de este mismo libro. Cualquier respuesta que se preconice, el resultado es análogo para nuestros propósitos. Con Platón o sin él, el acceso de los más aptos a cada una de las funciones sociales con pluralidad de aspirantes es un problema álgido en la realización de la Justicia. ¡Los mejores tienen derecho preferente al puesto a que aspiran!

Ya sé que nadie osará discutir el aserto anterior, pese a sus ambiciosas implicaciones, ya que su evidencia ética salta a la vista. Pero lo que un hombre de Ciencia debe exigir es que se dé a las palabras el rigor que las objective y después que se atenga uno a toda su plena carga de sentido. No basta con formular la hueca frase de que las funciones públicas han de ser patrimonio de los mejores. Es preciso concretar hasta qué punto el objetivamente mejor tiene el derecho de que sus aspiraciones legítimas no queden truncadas por el procedimiento selectivo. ¡Todo procedimiento de selección es injusto si no permite hacer con objetividad Justicia! Y he ahí el argumento demoledor e incontestable que esgrimimos contra las Oposiciones: ¡No permiten que se haga Justicia! Si esta expresión es algo en España, no necesitaríamos decir más para que ese monstruoso sistema fuera abolido.

No me parece que sea menester hacer un alarde de dialéctica para demostrar hasta la saciedad la inadecuación del procedimiento a sus objetivos. Im oposición es una prueba de memoria, de nervios, de resistencia física. . . de todo lo que se quiera, menos de las aptitudes particulares y específicas que exija el oficio al que se oponga. Si de seleccionar Jueces se trata, por ejemplo, parecería elemental que el criterio objetivo de selección—tras una delicada criba de orden moral y humano— hubiera de versar sobre una serie de resoluciones dictadas por cada aspirante para dirimir casos jurídicos modelo, extraídos de la vida misma. Únicamente esto garantizaría la relativa preferencia de idoneidad para la función, en que se basa la Justicia selectiva. ¿Qué se hace en España, por el contrario? Por increíble que suene a oídos extraños, en España no se sigue otra norma de selección que el brutal procedimiento de repetición memorista de temas prefabricados, sin altura, sin problematismo y sin el contenido humano y dramático, que será el alma de los casos con que en una mañana se encararán, impreparados, los flamantes funcionarios de Justicia. Y en tanto, desde su intuición sin desvíos, el poeta sabiamente había amonestado ya: «¡Pobre Juez de la vida, quien antes no fue reo. . .!». Y el creador de la más grande Escuela filosófica había anunciado en vano: «La experiencia no puede enseñarse». Para ser cualquier cosa en España no importan ni la experiencia, ni la verdadera Ciencia, ni las cualidades humanas. Lo que interesa únicamente es esa caricatura del saber que lleva el nombre de «Contestaciones al Programa de. . .» lo que sea. . . Y asombra el número de esfuerzos baldíos que tan estéril ejercicio suscita y el de falsos prestigios alzados por esta vía. . . muerta. Más no perdamos el tiempo reprochando. . .

Socialmente, la Ciencia es una conquista. Los diferentes países que han ido logrando participar en su creación en gran escala, no lo han hecho por un azar o por un privilegio del destino. Tampoco —e igualmente conviene extirpar esta idea—por una especial protección que los poderes públicos hayan sabido acordar a los hombres de Ciencia. La protección oficial, hija de la política, ajena en absoluto a las valoraciones correctas de la capacidad creadora, conduce a la exaltación de los simuladores de la Ciencia con desconocimiento de la labor callada y fecunda de los que realmente investigan. Por ello da lugar a una falsificación del saber y más bien sofoca que fomenta. La Política sabia en pro de la Ciencia es, como siempre ocurre en este campo, la que persigue su objetivo mediante rodeos: la que se limita al acondicionamiento del ambiente, a la exhibición de incentivos y remoción de obstáculos y a organizar la investigación como tarea social y no como servicio público. El proteccionismo que atenaza la libertad podrá impulsar la técnica y la pasiva adquisición del saber; pero no es el clima favorable para la Ciencia. Esta reclama sin excusas, al igual que otra gran obra humana cualquiera, como aire de su vida, la libertad. Im. Ciencia es una obra vocacional, una atracción por el saber sin

nieblas que conmueve interiormente el espíritu. Es por completo inútil pretender que hagan labor científica quienes carezcan de esta vocación, como vana sería toda constrictión para que se investigue. La vocación se puede promover; pero sin violencias contraproducentes, por un juego de alicientes e incentivos idóneos. No es un simple problema económico. Aunque a menudo se oye decir que nuestra penuria científica es debida a la baja retribución de los llamados profesionalmente a la investigación, no hay que olvidar que el origen de tal aserto está cabalmente en los mismos presuntos destinatarios de la munificencia pública. La verdadera vocación, cuando es ya adulta, rompe por todo, ignora inconvenientes y se amolda a cualquier clima: No se puede desconocer que muchas de las obras maestras de la humanidad han surgido en la indigencia, y que difícilmente son separables de la misma. Lo cual, por otra parte, no quiere decir que sea político exigir a los hombres de Ciencia alardes de heroísmo. La verdad está en el justo medio, que es aquí hacer del bienestar material—sin tentación de opulencias— otro estímulo más en perspectiva.

La conclusión es invariable. Cada Sociedad, como estructura de cooperación para satisfacer las necesidades sentidas, adquiere la Ciencia—una empresa social como cualquier otra—por el mismo procedimiento y con los mismos medios que todo aquello que necesita. Tienen Ciencia precisamente aquellas Sociedades que han experimentado primero la sensación de que algo importante les faltaba sin ella, que han valorado, por consiguiente, muy alto al científico, y que han ilusionado así a la juventud para acometer esta gran empresa, la más alta de las que, humanamente, cabe intentar. No ha de olvidarse que el mecanismo de promoción social acusa una monótona uniformidad. La Sociedad mueve a los hombres mediante esperanzas de premio o temor de castigo. Cuanciar públicamente, en forma que pueda hacer efecto. ¡Y ya es hora de anteponer a temores de colegiala la consideración de lo que es de más urgente realización en bien de España! ¡Si la Universidad y el Consejo deben ser la meta que se ofrezca segura a todo investigador y hombre de Ciencia auténtico, el sistema de oposiciones debe desaparecer de ellos, aunque, para inri, sea inoperante! ¡Tenemos que buscar otro procedimiento selectivo que, sin pretexto alguno, obligue a quienes actúen de Jueces a dar la cara! Porque, vamos a decirlo de una vez sin miramientos: la oposición a Cátedras no es más que el pretexto para que tres Profesores, por lo general previamente empeñados, otorguen solemne investidura a un candidato que han elegido desde mucho antes. . . Lo real es que, pese a todos los Reglamentos, ni la obra ni los ejercicios cuentan nada. ¡Sólo cuenta el voto, de inconcebible voluntarismo, pues ni siquiera se practica el sistema, que sería elemental, de puntuar y publicar la puntuación al término de cada ejercicio! Ahora bien, si no operase el prejuicio, ¿cómo la oposición a Cátedras iba a evadirse de esta regla, consustancial al sistema, que impera en todas las demás? La ley del voto—se dice {muy en voz baja} entre los universitarios— es muy similar a la de la conservación de la energía: «Ningún voto se crea ni se destruye, todos se mantienen». Se dice, ¡y es verdad en la inmensa mayoría de los casos! Y si esto es así {¡y que me desmienta el que pueda!}, ¿no es hora ya de abolir este gigante caos?

No se nos venga con las socorridas monsergas de que el procedimiento de oposición es insustituible en España y de que la prueba de ello es que donde quiera que nos separemos del mismo, como ocurre en Cátedras, los resultados son aún peores. ¡Un poco de imaginación y de seriedad! ¿Se ha molestado quien opine así en informarse de los métodos selectivos que imperan en otras partes? ¿Se ha preocupado, por lo menos, de idear algunos otros y de sopesar sus inconvenientes y ventajas? Pues que no le sea aplicable aquella famosa exdo algo le falta, y hay conciencia de su necesidad, la valoración social, más y más ascendente, va creando e incrementando los alicientes hasta que ejerzan un atractivo irresistible. Inconsciente, sigilosamente, se despierta la vocación... y la obra deseada culmina. Pues bien, si tal es el método social idóneo para atender a la satisfacción de las necesidades sociales, no distinto debe ser el político. Cuando los hombres de gobierno quieran que se haga Ciencia en sus respectivos países, ahí tienen la receta: valórenla y enalzácanla primero y después multipliquen hasta el máximo sus incentivos; instauren un Derecho premial justo, coherente y limítense a esperar sin prisas.

¿Es acaso ésta la táctica que se sigue en España? ¡No me parece que lo sueñe el más inveterado optimista! La Sociedad española no ha sentido nunca con apremio la necesidad de contar con hombres de Ciencia, ni ningún régimen político se ha ocupado hasta hoy de idear los medios para suplir esta general apatía. Ni la propaganda se pone al servicio de los ideales científicos, ni se remueven los impedimentos con que tropieza el investigador potencial, ni se cuida de sembrar incentivos. Nuestro Derecho premial es diametralmente injusto y erróneo: premia la actividad sin valor, lo socialmente infecundo, no la obra científica. ¿Es esto un llamamiento a la investigación, un imprescindible minero de vocaciones? ¡Todo lo contrario! Vamos a dar la

prueba.

¿Cuál es el ideal que la Administración española pone ante un alumno? Lo sabremos por un procedimiento muy sencillo. Nos basta con preguntarnos de qué modo se defieren en nuestra patria los diferentes cargos públicos. ¿Son acaso la culminación de una carrera científica, el justo premio para quien ha prestado a la Sociedad el servicio valioso de haber incrementado su acervo cultural? ¡Ni mucho menos! ¡En España se premia al que no aporta nada, al que se limita a repetir lo que otros ya han hecho o dicho! ¡El investigador no tiene horizontes, sea cual sea su obra, e, inconcebiblemente, nadie se preocupa por ello! ¿Hace falta otra explicación para esclarecer el hecho de que no haya investigadores entre nosotros?

Imaginemos que un alumno, apto para la investigación, termina sus estudios en España. ¿Qué porvenir se le ofrece, si tiene la legítima ambición de ser alguien? Por un lado, lo tientan las rápidas salidas brillantes de una oposición que puede ganar: unos pocos años de esfuerzo, en ese baldío estudio memorístico, y sin ulterior preocupación deja resuelto el problema de su vida, se coloca en la seguridad de un escalafón, y a descansar de la tensión que lo ha torturado. Frente a esta perspectiva, doloroso y dura; pero remunerante, ¿qué es lo que le ofrece la Sociedad para inducirlo a la investigación? Para ser parco y realista hay que decir ¡nada!

Tal vez alguna persona de sorprendente buena fe crea que esta actitud es demasiado radical y exagerada. Nunca me resisto a dar razones a este ideal interlocutor de buena fe, y no desaprovecharé la ocasión de ponerle las cosas en claro. El piensa seguramente que quien tiene vocación de investigador encuentra «salidas» abiertas también en España. Y el fundamento de su creencia es, quizás, el saber que existen en nuestro país dos instituciones que parecen guardar alguna relación con la Ciencia: La Universidad y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Pero la triste verdad que, por desgracia, ya ha trascendido a la casi totalidad de los postgraduados es que ambos organismos, pese a las proclamaciones de principio que constan en su legislación específica, tienen otros criterios de acceso bien diferentes que el de la investigación honda, paciente y desinteresada. El camino aparente hacia ellos es, para cubrir las formas, una oposición, casi como cualquiera otra. El camino real es el de un mecenazgo de farsa. Son hechos públicos y notorios que «unos los dicen de quedo, otros los van publicando»; pero que nadie se atreve a denunciar públicamente, en forma que pueda hacer efecto. ¡Y ya es hora de anteponer a temores de colegiala la consideración de lo que es de más urgente realización en bien de España! ¡Si la Universidad y el Consejo deben ser la meta que se ofrezca segura a todo investigador y hombre de Ciencia auténtico, el sistema de oposiciones debe desaparecer de ellos, aunque, para inri, sea inoperante! ¡Tenemos que buscar otro procedimiento selectivo que, sin pretexto alguno, obligue a quienes actúen de Jueces a dar la cara! Porque, vamos a decirlo de una vez sin miramientos: la oposición a Cátedras no es más que el pretexto para que tres Profesores, por lo general previamente empeñados, otorguen solemne investidura a un candidato que han elegido desde mucho antes. . . Lo real es que, pese a todos los Reglamentos, ni la obra ni los ejercicios cuentan nada. ¡Sólo cuenta el voto, de inconcebible voluntarismo, pues ni siquiera se practica el sistema, que sería elemental, de puntuar y publicar la puntuación al término de cada ejercicio! Ahora bien, si no operase el prejuicio, ¿cómo la oposición a Cátedras iba a evadirse de esta regla, consustancial al sistema, que impera en todas las demás? La ley del voto —se dice {muy en voz baja} entre los universitarios— es muy similar a la de la conservación de la energía: «Ningún voto se crea ni se destruye, todos se mantienen». Se dice, ¡y es verdad en la inmensa mayoría de los casos!. Y si esto es así (¡y que me desmienta el que pueda!), ¿no es hora ya de abolir este gigante caos?

No se nos venga con las socorridas monsergas de que el procedimiento de oposición es insustituible en España y de que la prueba de ello es que donde quiera que nos separemos del mismo, como ocurre en Cátedras, los resultados son aún peores. ¡Un poco de imaginación y de seriedad! ¿Se ha molestado quien opine así en informarse de los métodos selectivos que imperan en otras partes? ¿Se ha preocupado, por lo menos, de idear algunos otros y de sopesar sus inconvenientes y ventajas? Pues que no le sea aplicable aquella famosa expresión del sagaz escritor inglés: «¡Hombre notable el español: primero opina y después se entera!» ¡Contraponamos al viejo otros sistemas y después tendremos derecho a hacer balance de resultados!

No soy de los que preconicen en política la actitud revolucionaria ni el tanteo incesante del improvisador: contra esto vengo clamando hace ya años. Pero sí creo, desde otros tantos, que la gran solución a los problemas de nuestro mundo —enfermo de arbitrarismo político— está en la Política experimental, en la Política como Ciencia. En el fondo, desde el ángulo del Derecho,

no es otro el objeto de este libro. Parece, pues, natural aplicar aquí, en este problema concreto de Política cultural que estamos tratando, la misma idea rectora que preside toda la concepción empiriocrítica. Y ya que la línea metódica propugnada ahora consta desde antes clara, no habrá reproche que oponer a su mera transcripción sin comentario.

«Cuando un físico —escribíamos entonces— quiere comprobar una hipótesis se vale de un experimento. Un experimento no es más que una observación parcial de la realidad para ver si está de acuerdo con las previsiones teóricas. El físico sabe que, de ser cierta la hipótesis sobre que investiga, se han de seguir ciertos fenómenos observables. Pues, bien, dispone las cosas de tal modo que dichos fenómenos, caso de producirse, queden sujetos a su control. De esta manera, en lugar de enfrentarse con la totalidad del cosmos en una inducción imposible, hace, a escala reducida, experimentos de laboratorio. Su actividad se presenta, así, como una encuesta inacabable, como un careo eterno con la Naturaleza. Algo parecido corresponde hacer al político. Antes de poner en práctica un proyecto, debe probarlo en pequeña escala. Un programa nuevo —un experimento político totalitario— puede costar tan caro a un país como la ruina. Efectuada, en cambio, una prueba parcial, por sus pasos contados, se obtendrán conclusiones aleccionadoras y normas de acción positivas y comprobadas» (*).

Por primera vez en su Historia cuenta España hoy con un programa de Política económica, estudiado con calma y objetividad, en silencio, y seguido después fielmente, aunque sin excesos de servidumbre ideológica. Por primera vez, y ambiciosamente, empiezan a despuntar planes de educación, para desarrollar un principio justo, como el de igualdad de oportunidades. Sin embargo, entre la orientación económica y la orientación cultural hay una diferencia importante. El plan económico es un plan de conjunto, orgánico, que no ha postergado ningún hecho económico fundamental. En cambio, el plan educativo es excesivamente parcial y desgarrado. Su fecundidad está en entredicho, puesto que necesariamente dependerá de su concomitancia con otros sectores de la cultura que lo condicionan y que ni se reforman ni se han enjuiciado. Uno de estos sectores —el capital, sin duda— es el de la política universitaria y científica: Pues bien, ¿qué se podría hacer en este campo?

Hace ya algunos años que adquirí el compromiso de describir una Universidad ideal que fuera realizable en España. Si Dios me da vida pienso cumplirlo en breve, en un libro, casi concluso, que lleva por título: «El Milagro de Alejandría y otros Ensayos». A pesar de todo, juzgo oportuno anticipar algunos puntos programáticos en que, según mi opinión, debe descansar una buena política universitaria y cultural.

Por lo de pronto, la primera norma de toda política, la receptividad a la experiencia, hay que implantarla aún en nuestros organismos universitarios, pues en absoluto no la conocen. Dilapidando una incomparable oportunidad de progreso, la Universidad española ha incurrido en la antiestética deficiencia de la uniformidad. Se ha casado con una sola forma de organización, como si hubiera alcanzado ya con ella la plenitud del ideal, el canon de perfección insuperable. Quien diseñó el modelo ejemplar estaba tan embelesado en su obra, tan dogmáticamente seguro de su acierto o tan ciego a otras posibilidades que no se cuidó en absoluto de contrastar entre sí las diversas realizaciones ideables, planeando de antemano, y como esencia de la progresividad de su proyecto, una consulta neutral a la experiencia, para que la práctica misma decidiera sobre la fórmula de organización preferible. La omisión de esta elemental regla de prudencia ha conducido a un modelo exclusivo de Universidad, reproducido en cada nuevo caso. De ahí que no sea lícito sostener que existan doce Universidades en nuestra patria. Se trata, en rigor, de una sola edición, en doce ejemplares monótonos e invariantes. Quien ha cursado en una Universidad, ya las conoce todas, salvo los edificios y los hombres: lo que es institucional es aquí genérico y aburrido, sin los contrastes vivificadores que alegran el alma. Y, por desgracia, el defecto es muy grave, acaso el más grave en que cabe incurrir, porque es la negación de la vida. La servidumbre de la excesiva tipificación impide todo dinamismo evolutivo. Nuestra Universidad se ha cristalizado, por eso, en lo que es, en una verdadera anquilosis de muerte. Arrastra pasivamente el ser que se le dio, como un aborto eterno, sin conseguir independizarse y vivir su propia vida inalcanzada. Para mejorarla —ya que no crece de por sí—, se nos condena a tener que aniquilarla y hacer otra, pues, no habiéndose previsto su desarrollo interno, toda expansión por propia iniciativa se hace imposible. Por otra parte, si a cualquier Ministro se le ocurre experimentar algún nuevo plan, todas las Universidades, sin discriminación, habrán de padecerlo; y el destino cultural de España se pondrá de este modo, a cada paso, en trance de crisis. ¡Y fueran éstos todos los males! En una Universidad autónoma puede surgir en cualquier momento el hombre clarividente que descubra la solución a los problemas que la afligen. Como es interés de todos

el oírle, no será difícil que se imponga su punto de vista y con él el remedio. En una Universidad centralizada, uniforme, la salvación no llegará hasta que se dé la circunstancia de que ese hombre clarividente llegue a ser Ministro —hipótesis muy improbable, dada la falta de adaptabilidad que el intelectual de veras muestra por la Política.

Si, pues, perseguimos, como ideal, una Universidad con vida, será menester, extirpando esta anquilosante invariabilidad, dotar a la institución universitaria de autonomía bastante para poder evolucionar por sí misma. Nuestras Universidades serán aún doce —o más, si lo aconseja la experiencia—; pero tendrá cada una su fisonomía. Conservaremos una a la moda actual, para que sirva de control y permita saber, así, hasta qué punto las nuevas fórmulas son realmente mejores. En las demás, dejaremos que se manifieste la capacidad creadora, despejando trabas. Con muy pocos límites, cada Universidad dispondrá de sí; pero jamás se confiará su suerte al sentido del deber que tengan sus órganos rectores, sino al interés económico de la institución en su conjunto. La razón es clara: Contra el sentido del deber se actúa muchas veces; contra el bolsillo {y siento la dureza de la expresión}, nunca. Creo encontrar aquí causa más que sobrada para mostrarse positivista, ya que todo idealismo es inadmisibile cuando redunde en perjuicio de la Sociedad; aparte de que no me parece que cautelas obvias puedan suscitar objeciones. Para acabar con ciertos mecenazgos ilegítimos que nos oprimen, el único recurso eficaz es hacerlos incompatibles con un interés económico. Sin más trabajo, se desvanecerán por sí solos. Ahora bien, el único problema que nos asalta está en poner en práctica la idea, en hacer del móvil económico una fuerza actuante que grave sobre cuantos desempeñen un papel de relieve en la institución. ¿Cómo lograrlo?

Despejemos primero de nuestro horizonte mental el prejuicio de la Universidad en régimen de servicio público, como la concepción más opuesta al principio que nos inspira. El Estado sería... sus funcionarios. Y no podemos presuponer sin riesgos que éstos —hombres— cumplan con su deber. Descentralizaremos, pues, y «desburocratizaremos» la Universidad, dándole autonomía y vida propia y admitiendo sus peculiaridades. Para ello, reconoceremos tres tipos diferentes de Universidad: libre, retenida y cedida.

Afirmar la posibilidad de Universidades libres quiere decir que el Estado no se arroga ninguna exclusiva en la enseñanza, ni interfiere la iniciativa individual. El que sabe —y sólo el que sabe— tiene un derecho inconcuso a enseñar y nadie lícitamente puede vetárselo. La cuestión —tan española— de si el derecho a la enseñanza es privativo de la Iglesia o del Estado o de otra Asociación cualquiera carece de significación en tales términos. Sobre todo, porque los antagonistas se expresan en lenguajes irreconciliables e involucran problemas distintos. Y el equívoco hace imposible la solución. Un problema estriba en decidir quién está facultado para enseñar una Ciencia. Y la respuesta es simple: el que la posea de verdad. Otro problema se refiere al derecho de erección de Universidades, que es el derecho a promover la enseñanza. Y es obvio también que este derecho no se le puede negar a nadie, pues la enseñanza es un bien y la resistencia al bien es ilícita. El tercer problema es de otro carácter. ¿A quién compete regular el ejercicio legítimo de estos derechos, luchar contra el fraude, impedir el abuso y condicionar el acceso a cargos públicos? Otra vez es fácil la respuesta: al Estado.

La aplicación sin tergiversaciones de estos principios nos obliga a sostener que cualquier persona o corporación, con medios suficientes tiene derecho a la erección de Universidades. Hay que hacer sitio, por consiguiente, a la Universidad libre, si no queremos incurrir en una tiranía intelectual. Y si acogemos la Universidad libre, tendremos que otorgarle sin vacilar el derecho a la delación, libre también, de títulos académicos, siempre que no se desorbite su valor. El título que cualquier Universidad puede conferir no es más que un certificado de estudios. Y vale para acreditar una escolaridad y un cierto saber. Naturalmente, es inadecuado para el desempeño de funciones o cargos públicos, ya que dichas funciones o cargos dependen de la confianza que se merezca a la Sociedad política, y sólo a los órganos de la misma compete discernirla.

Aceptamos, pues, la Universidad libre; pero en reconocimiento de la libertad que le deferimos tenemos que abandonarla a su propia autodeterminación y abstenernos de planificarla. Ella misma se encargará de reglamentarse.

Expliquemos ahora qué entendemos por una Universidad cedida. Una Universidad cedida no es otra cosa que una de nuestras doce Universidades cuya dirección se abandona a cualquier Institución responsable que se comprometa a tomarla bajo su cargo. No habiendo razón alguna para que el Estado monopolice la Enseñanza y estando en peores condiciones que los particulares para impartirla, debe aspirar a liberarse de la carga económica que representan

tantas Universidades, con tal que la calidad del servicio no sufra. Con esta mira, el Estado considera cedibles, en ciertas condiciones, Las Universidades que controla y cualquier Asociación garante podrá solicitar la adjudicación de una o varias. Cuando así ocurra, se procederá a una tasación aproximada de las instalaciones, terrenos, mobiliario y medios de trabajo y la institución receptora adquirirá el compromiso de invertir cuando menos la mitad de esta suma en mejoramiento y ampliación de servicios. Además, a título de compensación por el capital recibido, concederá un número de becas a determinar. Las Universidades cedidas causarán baja en los presupuestos públicos.

Las Universidades retenidas serán aquéllas que tenga que conservar el Estado, ya porque no alcancen a absorber las Asociaciones privadas o ya porque las entidades peticionarias no reúnan las garantías indispensables para merecer la confianza pública. Su régimen será autónomo. Cada facultad seleccionará sus propios Profesores y sus órganos de Gobierno. Sólo el Rector será de nombramiento ministerial; pero la designación deberá recaer en algún Decano o ex-De-cano. Todos los cargos de Gobierno serán temporales, con mandato a término; aunque la reelección sea posible guardando intersticios.

El Plan de Estudios de cada Facultad se establecerá del modo siguiente: El Ministerio señalará el cupo de asignaturas básicas y el cupo total de Licenciatura. A condición de respetar esta doble limitación, cada Facultad confeccionará su propio Plan de Estudios y cada alumno, dentro del mínimo básico, tendrá derecho, previa consulta con su Mentor, a completar su cupo de Licenciatura, con libre elección entre las asignaturas optables. Un ejemplo concreto aclarará la idea mucho mejor que largas descripciones. (Por motivos fáciles de alcanzar me referiré a la Facultad de Derecho, aunque cuanto diga pueda aplicarse a cualquier otra). Supongamos que el Ministerio hubiera decidido que los estudios de la Facultad de Derecho insumirían cinco años, con diez asignaturas básicas, a saber: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Político, Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Internacional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero, Derecho Penal, Filosofía del Derecho; y con un cupo de Licenciatura de 15 materias. Como cada alumno tendría la posibilidad de elegir libremente esas otras cinco que necesita para licenciarse, la Facultad habría de ofrecerle, para no coartar dicha libertad, que me parece de suma importancia, un variado y atractivo programa. Se explicarían, pongamos por caso, veintitantas asignaturas —comprendiendo entre ellas algunos Cursos monográficos—. Y el alumno, según sus gustos, sus aptitudes o sus ulteriores miras podría elegir lo que le sedujese más. Y hasta tal punto se respetaría este derecho del alumno que, con sólo el consejo de su Mentor, podría completar su cupo de Licenciatura en otras Facultades.

No pararía aquí, en esta Universidad nueva, la libertad de acción del alumno. Su única obligación académica positiva sería la de estar matriculado durante esos años rígidos que se considera que deben durar los estudios. No se admitirían alumnos «libres». En contrapartida, el universitario no estará obligado a asistir a ninguna clase, ni a rendir exámenes. La mecánica del sistema es tal que el alumno, pese a la libertad en que se le deja, será el principal interesado en acudir a oír a los Profesores que digan algo y se presentará voluntariamente a examen. Pronto comprenderemos por qué motivos.

Al ganar escolaridad mediante los años oficiales de permanencia en el Centro universitario —del que sólo podría segregarse por mala conducta— el alumno habrá adquirido derecho a que se le constate en un Certificado. Sin otro requisito, estará ya en condiciones de comparecer a las pruebas de Licenciatura generales. Estas pruebas, que son la clave del sistema, requieren una explicación detallada.

Puntualicemos primero que son suprauniversitarias; es decir, que no dependen ni se organizan por ninguna Universidad en particular, sino que las preside y ordena el Ministerio, aunque con la cooperación de todas las Universidades. Tienen lugar todos los años, al término del Curso lectivo, en cada una de las Universidades, sin excepción. Podrán concurrir a ellas todos los alumnos que lo deseen, sin otro requisito que su certificado de escolaridad; pero la prueba no podrá repetirse más de una vez: el segundo suspenso implica descalificación, y quien lo obtenga, no podrá licenciarse ya nunca. Los exámenes serán escritos y versarán sobre cada una de las materias básicas de la Licenciatura. Constarán de tres ejercicios. El primero consistirá en contestar a un cuestionario impreso, remitido sellado desde el Ministerio y abierto en el momento ante el Inspector ministerial que controla el examen. El cuestionario se compondrá de 25 preguntas concisas, abarcando toda la materia, y será contestado en el tiempo máximo de tres horas. Cada impreso conteniendo las preguntas se entregará a los escolares acompañado de un sobre en donde, oculto y lacrado, va un número secreto para la

identificación. El alumno se limita a poner su nombre en el sobre, cierra éste y lo entrega cerrado al Inspector, quien lo lacra al instante. Las mismas formalidades se observarán en los restantes ejercicios.

El segundo de ellos tendrá carácter constructivo; recaerá sobre un punto problemático de la especialidad, planteado en forma inédita, con el fin de explorar la capacidad de relación de los escolares; quienes podrán concurrir al examen con cuantas notas personales estimen: Dispondrán de un máximo de cuatro horas para la práctica del ejercicio.

El tercero será de tipo práctico, consistiendo en la resolución, mediante los instrumentos de trabajo adecuados, de un problema profesional —no científico, como antes— de cierta relevancia. El tiempo permisible máximo será el mismo del anterior ejercicio y el alumno tendrá análoga facultad de consulta.

Terminadas las pruebas, los sobres en que se contienen serán devueltos al Ministerio, con el sello de la Universidad de origen y una cartulina lacrada celando el nombre del alumno. En el Ministerio se abren, se levanta el sello que cubre el número identificador; se inscribe dicho número sobre el ejercicio. Luego, todos los ejercicios procedentes de una Universidad se remiten, para su corrección, a otra distinta. Un mes más tarde, recibidos en el Ministerio los ejercicios corregidos, con toma de razón de la calificación por número, se reintegran a sus respectivos sobres y se reexpiden al Centro de procedencia, donde se harán públicas las calificaciones y se iniciará el expediente para la expedición de títulos. En cada uno de éstos constará inexcusablemente el nombre y el número identificador del alumno.

El resultado de las pruebas generales de Licenciatura se traduce en una puntuación media determinada, de cero a veinte puntos. Los que alcancen la aprobación rendirán la prueba específica, de materias optables, ante un Tribunal interuniversitario compuesto de tres miembros especialistas, dos de designación ministerial y el tercero elegido por el mismo alumno entre los Profesores del claustro en que tenga lugar el examen. El promedio final de este examen, expresado de cero a cinco puntos, pasará a integrar la puntuación definitiva universitaria como un sumando. El otro sumando será obtenido en la propia Facultad, hasta un máximo de otros cinco puntos, computando, junto con los estudios, otras cualidades personales como el sentido de cooperación, el comportamiento, Las aptitudes especiales y los conocimientos instrumentales —idiomas, por ejemplo—, etc.

Esta triple calificación, arrojando un máximo de 30 puntos, será la definitiva de cada aspirante, y se incorporará a su Título de Licenciado. Independientemente, el Título de Doctor podrá significar a quien lo obtuviere un mejoramiento de puntuación, que oscilará entre uno y tres puntos.

¿Qué valor tiene la puntuación final de cada candidato? Un valor extraordinariamente decisivo, pues será el sucedáneo de toda oposición. Se establecerá una jerarquía entre las diversas funciones públicas y se exigirá para su desempeño una puntuación mínima determinada. Pongamos un ejemplo, para que se vea claro. Imaginemos que para la docencia universitaria exigimos un promedio de 27 puntos. Un Licenciado que haya obtenido 23 no podrá ya aspirar a ella. El que tenga 24 tiene aún el camino abierto; pero a condición de obtener la calificación máxima en su Doctorado. Supongamos que la Judicatura o Ingeniería requieren un promedio de 26 puntos: otra vez los jóvenes Licenciados saben a qué atenerse. Y el Doctorado podrá servir como un medio para suplir la falta de algún punto. Esto revaloriza el título, que es hoy prácticamente inútil, fomentando los trabajos de investigación, y estimula a los jóvenes a completar su formación científica; al mismo tiempo, corrige un tanto la necesaria rigidez de un sistema selectivo con base aritmética.

¿Qué entraña todo este complicado mecanismo de puntuaciones? ¿El acceso directo a los diversos Cuerpos del Estado? ¡Nada de eso! Sólo el ingreso en alguna de las Escuelas de Preparación Profesional de postgraduados, las cuales, instituidas por cada Colegio Nacional de Profesionales (o Especialidades), tendrán inevitablemente su sede al amparo de alguna Universidad y funcionarán en régimen mixto, con Profesorado universitario y facultativo, según el carácter de la materia que sea enseñada. En tales Escuelas permanecerán los alumnos de uno a tres años para realizar diversos cursos monográficos y prácticas. El promedio de puntuación obtenida por cada alumno en la Escuela {hasta un máximo de cinco puntos} sumado a las puntuaciones anteriores determinará el número de salida de los diversos alumnos de la promoción y, de consiguiente, su lugar en los Escalafones de Funcionarios (o en caso de Escuela de Profesionales libres, tendrá un mero valor honorífico).

En resumen: de ocho a diez años de estudios superiores, sin el azar y la lucha de la Oposición, y un estudiante de mediana capacidad, que haya trabajado seriamente, se habrá colocado, sin riesgos y sin favoritos ni mecenaz. . . ¡He ahí el balance en pro del sistema, cuya superioridad se acredita por su modo automático de conseguir objetividad y Justicia!

Y vamos con las dos últimas explicaciones que requiere el método para su definitiva intelección. Cualquiera comprende que habrá multitud de escolares que tengan una puntuación coincidente. ¿Cuál será preferido en el caso de que el cupo

anual de alguna Escuela profesional esté completo y varios alumnos de idéntica puntuación aspiren a la plaza? Pues bien, con la mira de fomentar la emulación entre las Universidades, el empate se decidirá en favor, primero, de las Universidades que cuenten con más elevado número de Catedráticos extraordinarios, especialidades y alumnos {precisamente por este orden) y si todavía subsistiera el empate, se atenderá para dirimirlo al rango académico de los Profesores con que cada alumno ha estudiado.

Todas estas minuciosas reglamentaciones tienen una finalidad obvia: forzar a las Universidades a competir entre sí y a los Profesores a destacarse. Cada Universidad dependerá económicamente de su alumnado, que a toda costa tratará de atraer. Para ello, tendrá que ganarse un buen número de catedráticos extraordinarios o de Ordinarios y Docentes muy destacados o de grandes posibilidades intelectuales; pero aún sin consagrar. Los hombres de Ciencia se buscarán (no como ahora, que tienen que ofrecerse y pasar bajo las horcas caudinas de una oposición inicua), y al ser buscados se cotizarán alto. Ante este estímulo económico, valdrá la pena destacarse. . . Y, de resultas, habrá pronto Ciencia en España. . . El Derecho premial será por primera vez entre nosotros justo, objetivo, y rendirá sus frutos en hombres de otro rango, que transformarán a España.

José Lois Estévez.

* *Sobre un Programa de Política Universitaria, 1952, 27.*

I

**CIENCIA CONTRA POLÍTICA EN LA PUGNA
POR UN DERECHO JUSTO ***

** Publicado por anticipo, en el Homenaje al Prof. Legaz Lacambra.*

*Gatito de Cacear—preguntó Alicia con cierta timidez— ¿me dirías, por favor, el camino que habré de tomar para ir desde aquí?
Eso depende, sobre todo, del lugar adonde quieras ir —le contestó el gato.
Es que a mí me tiene sin cuidado donde ir —repuso Alicia.
En ese caso, da lo mismo que vayas por un sitio o por otro...*

(Lewis Carrol: Alicia en el país de las maravillas).

Al proponerme el problema de la suerte del mundo actual, me viene siempre, extrañamente, a la memoria este caprichoso diálogo de un cuento infantil. Tal asociación de ideas podrá, con razón, calificarse de insólita; pero quienquiera que esté advertido de los hechos, no tendrá más remedio que reconocer cuan justificada se encuentra. Ante la tensión polar que enfrenta hoy el mundo en bandos irreconciliables, el hombre se está demandando constantemente cuál será la solución capaz de evitar un desenlace trágico. La humanidad está, y se siente, amenazada. Sin embargo, obrando con la misma irreflexión que Alicia, aunque sin su encantadora ingenuidad, no ha inquirido aún, con la seriedad que el caso requiere, cuáles son las verdaderas causas que han puesto al mundo a las puertas de una gigantesca conflagración aniquilante. Es verdad que los políticos hablan a menudo de estas cosas. Pero su lenguaje está demasiado apegado a las apariencias, condicionado en exceso por las limitaciones de tiempo y lugar para que consigan acertar con la auténtica dimensión del problema. Los políticos ignoran que los males que amagan a la humanidad obedecen sencillamente a una crisis de los valores jurídicos. El Derecho se ha como detenido en su expansión y todas las relaciones humanas se están resintiendo de su deficiencia. Sólo están firmes los cimientos iusnaturalistas que puso Dios. Lo que El ha confiado a los hombres está por todas partes resquebrajado y amenazando ruina.

Mientras la ceguera de los políticos niega toda esperanza, ¿quién será capaz de ver el fondo de la verdad para emitir el diagnóstico capaz de salvarnos? Cuando en la nave que surca el océano quiere el piloto seguir una ruta segura no mira en torno sobre la inquietud de las aguas; se orienta por la brújula y por las estrellas, interpretando sus indicaciones mediante fórmulas matemáticas. No es así la aislada inteligencia de un hombre la que, a cada decisión sobre el rumbo, lleva sobre sí la enorme responsabilidad de las vidas que alberga la nave. Ahora cada determinación que se tome, está respaldada y afianzada por un razonamiento matemático.

Han sido los mejores cerebros de la humanidad, trabajando de consumo, al calor del Derecho, en una empresa social de la más alta importancia, los que han permitido al piloto de hoy moverse con absoluta seguridad por el desierto indiscernible de las aguas. Con plena justicia podríamos preguntar, por eso, quién lleva realmente el rumbo en cualquiera de los grandes transatlánticos modernos: ¿sólo el piloto o toda la Sociedad humana? En rigor, el hombre casi nada hace solo. En casi todos sus actos se encuentra invisiblemente asistido por • la Sociedad. ¡Tan hondo es el dejo social en nuestra vida que aún estando a solas repercute en nosotros la colaboración que nos han prestado los demás! Podemos, hasta cierto punto, renunciar a ella; pero a condición, naturalmente, de que nuestro desdén no vaya en detrimento de la Sociedad. La Sociedad debe velar sobre sí misma. Por eso impone los cánones de la Ciencia en la navegación y a nadie se le encomienda una nave sin una sólida preparación técnica y una gran experiencia. Por eso quiere

intervenir en todas las actividades del individuo en donde esté por medio la responsabilidad de alguna vida humana. No confía, sin más, a cualquiera ni la nave, ni el avión, ni el automóvil o el bisturí del cirujano. Y todos aplaudimos estas medidas, porque son el precio de nuestra seguridad.

Hay, no obstante, una actuación humana más trascendental que la navegación, de más riesgo que el ejercicio de la medicina, que requiere más saber y más experiencia que la mayoría de las técnicas humanas. Y se da la paradoja de que para el ejercicio de esa actividad, que entraña para la Sociedad el más enorme de todos los peligros, no se han impuesto ni cortapisas éticas, ni limitaciones técnicas, ni acreditamiento de suficiencia empírica. Más aún. Es que ni siquiera se ha exigido una prueba de capacitación especial! Para esa actividad —con ser la más comprometida de todas— reina la impresión de que está bastante preparado cualquiera. ¡Ni qué decir tiene que estoy haciendo alusión a la Política!

Ante el futuro que se abre como un interrogante, el político ignora qué dirección seguir, porque no ve a lo lejos ni sabe interpretar en términos filosóficos el espectáculo que lo rodea. Para él, no tienen sentido las estrellas, ni el norte magnético significa nada. En su afán de poder, el Político ha querido estar solo. ¡Le falta la Ciencia, esa formidable empresa colectiva de la humanidad que es nuestro lazarillo en este mundo! ¡Le falta la Filosofía, para trasponer el umbral del misterio y aproximarse a la Verdad donde la Ciencia quede! ¡Le falta el Derecho, que, desde su implicación de altruismo y de Sociedad, es contrario a esa concentración en el poder y a ese apartamiento exclusivista e inhumano! Sin Derecho, sin Ciencia, sin Filosofía, ¿qué podrá saber ni realizar el político? Es un ciego que va tanteando, que quiere actuar en la Sociedad, pero que se estrella fatalmente contra la resistencia del medio, porque desconoce las leyes divinas que organizan y presiden la convivencia. El político nada sabe ni nada comprende. ¡Es el filósofo el que debe sondear en la inmensidad para ver tras las sombras de lo ignorado la salvación que los hombres esperan! ¡Por algo la Filosofía, sin esperar a que la Ciencia se vea conclusa, sale ella misma al encuentro de la Verdad con la impaciencia del amor que adivina!

Multiplicado su poder con los informes —por desgracia, incompletos— que cada Ciencia le rinde, ¿cómo dictamina el filósofo sobre los problemas de la Sociedad actual y cómo ve el Derecho que la regula?

Es sobrado frecuente en nuestros días oír en conferencias y leer en artículos y en libros escritos con plena seriedad que el progreso científico y técnico es responsable de la deshumanización del hombre y origen de una nueva forma de esclavitud. Graves filósofos no vacilan en subscribir tamañas afirmaciones, a pesar de que rebotan contra sí mismos. No es de sorprender, así, que se generalice la opinión de que la Ciencia contribuye a aumentar la soledad del hombre y su angustia y de que, al par que lo arma físicamente, lo desnuda y lo deja indefenso moralmente.

Los que enuncian esta clase de juicios proceden seducidos por una visión unilateral de las cosas. Imaginan que la Ciencia sólo se relaciona con lo material, sin contar con que la humanidad le adeuda todo género de progresos. Pero la Ciencia, en su consideración funcional, no es más que una rama especializada de la Filosofía ⁽¹⁾. En el fondo, ambas son vías concurrentes que conducen hacia la Verdad. Y jamás la Verdad pudo haber hecho daño a los hombres.

Sería infantil subrayar aquí todo lo que el hombre debe a la Ciencia. Una mirada hacia nosotros mismos y hacia el mundo que nos entorna es réplica bastante más elocuente que Tas palabras.

¹ Tal es la tesis desenvuelta sagazmente por SZILASI en “¿Qué es la Ciencia?” (Roces-Imaz), 1951.

Lo que ocurre es que no hay una perfecta sincronización entre los respectivos logros de las diversas disciplinas científicas. Las Ciencias exactas, dueñas desde hace tiempo de un método positivo de investigación, tienen en su haber una cadena ininterrumpida de éxitos. Las Ciencias sociales, por el contrario, vacilantes en la orientación metodológica, desconocen una forma segura de progreso y debilitan su potencia constructiva en un esterilizante partidismo teórico. Si las Ciencias sociales estuvieran a la altura de las Ciencias naturales y matemáticas, la suerte del mundo sería otra. Pero las Ciencias sociales, y sobre todo la Ciencia del Derecho, tropiezan por su mal con un obstáculo terrible, que hace inútiles casi todas sus conquistas. ¡Las Ciencias sociales tienen a veces que enmudecer por la fuerza, porque sufren aún el cautiverio de la Política! ¡El «arbitrismo» de los políticos impide que la Ciencia social se aplique por la técnica de gobierno al mejoramiento sincero de la vida humana! ¿Será siempre inútil para la Sociedad el conocimiento de las verdades que penosamente va desvelando la Ciencia? Desde la atalaya de la Filosofía vamos a auscultar, en los síntomas del ayer y del hoy, el futuro que apunta y que se avecina.

* * *

La Historia de la Sociedad está estrechamente ligada al progreso de las ideas jurídicas. Si conociéramos el Derecho que se ha de vivir en el mañana, estaríamos capacitados para describir, incluso con minuciosidad, la configuración social del mundo futuro. Per suerte, el Derecho que empieza a germinar es ya bastante fielmente previsible. Las ideas jurídicas que están logrando hoy difusión y preeminencia contienen en potencia las formas de vida que se realizarán en el porvenir. ¿Qué corrientes fundamentales dominan, pues, el pensamiento jurídico contemporáneo?

Si nos asomamos al panorama mundial de la Filosofía del Derecho, una de las cosas que nos llamará más poderosamente la atención es la inquietud y el descontento que muestran los iusfilósofos ante la Jurisprudencia tradicional. Hace aún poco tiempo, uno de los jurisconsultos españoles más autorizados escribía estas palabras: «La doctrina jurídica es extremadamente conservadora, con tanto apego a las fórmulas tradicionales que sus obras, vistas a la ligera, apenas se diferencian en detalle y las más hondas discrepancias se disimulan, en lo posible, por un sentido peculiar de *elegantia iuris*; aspecto monótono que sólo rompe, de vez en cuando, alguna nota original o estridente»⁽²⁾. Esta afirmación, válida hasta una época no muy lejana, no se puede admitir hoy día. En todos los países cultos del mundo, en Alemania y en Italia, en Argentina y en el Japón, en los países escandinavos, en los Estados Unidos y en España, al lado del creciente escepticismo que despierta la Jurisprudencia tradicional, se está alzando, cada vez más pujante, una concepción nueva, que, pese a todas sus diversidades fragmentarias, posee una nota común extraordinariamente característica. Tal nota estriba en el rigor metodológico y sistemático, en el empeño de someter el Derecho a una disciplina lógica lo más formalizada posible⁽³⁾.

² Castro: *¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*, en A. D. C. I. 1, 1948, 524.

³ Los autores que con fidelidad a un método científico han acometido en el mundo la obra ingente de depurar la Jurisprudencia, son especialmente los siguientes: En la dirección sociológica: Timacheff: *Introduction a la Sociologie Juridique*, 1939; Geiger: *Vorstudien zu einer sociologie des Rechts*, 1947. En perspectiva crítica similar

Este fenómeno es completamente natural y no puede sorprender a nadie. El siglo XX ha madurado tan geniales concepciones científicas que, como era de rigor, la Ciencia se ha hecho el signo fundamental de nuestro tiempo.

Antes de la introducción de los métodos científicos, el hombre vivía entregado a la improvisación y al tanteo y sus progresos eran costosos y lentísimos. Desde que se ha consolidado la Ciencia, mediante una racionalización lógico-empírica, el hombre ha avanzado sin dificultad, seguro y rápido como nunca. Ante los asombrosos éxitos conseguidos, ¿no es natural que el hombre profese creciente admiración por la Ciencia que los hizo posibles y que le confíe ya todos los problemas que son susceptibles de solución?

Hay un episodio en la pasada guerra mundial que está impreso en nuestro recuerdo en forma indeleble. En los campos de batalla de Europa y del Asia se estaban librando más o menos importantes luchas, aunque no aún rigurosamente decisivas. Los soldados alemanes eran empujados hacia las fronteras de su patria y se veían como fatalmente encadenados a la derrota. Sin embargo, muchos de ellos alentaban todavía una oculta esperanza de victoria: Tenían confianza en la Ciencia de su país y, más que en los resultados de sus esfuerzos, cifraban su esperanza en los laboratorios científicos, donde sabios de renombre mundial pugnaban por arrancar a la naturaleza un secreto celosamente guardado hasta entonces. Se comenzaba a hablar de la bomba atómica, como último recurso para no sucumbir. Según es sabido, los investigadores alemanes no dieron a tiempo cima a su propósito, y su país tuvo que rendirse. Mientras tanto, los Estados Unidos, movilizando todas sus asombrosas energías, consiguieron superar la dificultad y pusieron fin inmediato a una guerra que sería, si no, interminable. He ahí por qué la guerra pasada (y lo sería en mucho mayor grado una guerra futura) podría resumirse sin notable exageración como «una carrera de velocidad entre laboratorios rivales».

La conclusión que se puede deducir es sencilla: la Ciencia lo preside hoy todo, y, como era de pensar, también aspira a presidir el Derecho. Así se explican y se justifican sobradamente los nuevos movimientos jurídicos.

Sentado el hecho, estamos ya en condiciones de preguntarnos qué consecuencias sociales traerá consigo. A primera vista, cualquiera creería que ninguna o casi ninguna: ¿qué repercusión podrá

al neopositivismo: Lundstedt: A criticism of Jurisprudence, 1925; Olivecrona: Law as fact, 1939; Gesetz und Staat, 1940; Der imperativ des Gesetzes, 1942. Mediante una reforma de la lógica jurídica: Loevinger: Una Introducción a la Lógica jurídica (Puig Brutau), 1954; Jurimetrics, en Minnesota Law Rev. 33, 1949, 44 ss. García Maynez: Introducción a la Lógica Jurídica, 1951; Lógica del juicio jurídico, 1954; Lógica del concepto jurídico, 1958; Klug: Juristische Logik, 1951 (Sobre la significación y alcance de la Lógica jurídica, vid. Legaz: El problema de la Lógica jurídica en algunas obras recientes, en AFD, II, 1954, 302 ss. La Lógica como posibilidad del pensamiento jurídico, en AFD, V, 1957, VI, 1958-1959, 1 ss.). Intentando introducir en el Derecho los métodos de la Ciencia natural exacta: Lois: (A partir de 1947 en todas sus obras, y especialmente: Estudios sobre los fundamentos de una Nueva Ciencia jurídica, 1954; Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación, 1959). Sánchez del Ríos D. 1, 1, 1, 3., Separata de la Rev. "Universidad", números 1-2, 1953. Análisis del Lenguaje y Derecho Romano, separata de la Rev. "Temis", 1957; La falacia endémica del Derecho y la urgencia de seguir nuevos rumbos para su cultivo ante las precisiones de la era técnica naciente, separata de la Rev. "Universidad", Zaragoza, 1959. En un amplio horizonte filosófico, pero también bajo la presión del rigor científico: Cossio, en todas sus obras, especialmente: La teoría ecológica, del Derecho y el concepto jurídico de libertad, 1944; El Derecho en el Derecho judicial, segunda edición, 1959; Teoría de la verdad jurídica, 1954. Bobbio: Scienza del Diritto e analisi del linguaggio, en Riv. Trim. D. e proc. civile, 2, 1950. Teoría della Scienza Giuridica, 1950. Brusini: El pensamiento jurídico (Puig Brutau), 1959. Sobre las relaciones metodológicas entre Ciencia natural y Ciencia jurídica es de sumo interés: Nakamura: Die methodologische Beziehung zwischen Rechts-wissenschaft und Naturwissenschaft, en Z. f. Zp., 68, diciembre 1955, 401 ss.

tener sobre la Sociedad el que el Derecho se haga más o menos riguroso y lógico? Pese a todas las apariencias, la influencia que ejercerá en el futuro la pretensión actual de racionalizar el Derecho es ingente, es incalculable. Vamos a verlo.

Uno de los mayores males que padece el hombre de nuestros días es el auge de los poderes despóticos. La realidad política del mundo actual muestra claramente cómo la Sociedad está presenciando un incremento exorbitado del Poder. Al mismo tiempo que las libertades individuales son menoscabadas y mermadas en todas partes, crece desmesuradamente la intromisión administrativa y la ingerencia del Estado en lo individual y en lo social. El círculo de lo que constituye la *vida privada* del individuo se muestra en franca tendencia a reducirse más cada día. La casa, ese pequeño reducto en que se asentaba el «Estado en miniatura» de la familia, a cuyos umbrales se detenía respetuoso el Derecho, ha venido, desde hace tiempo, perdiendo cada vez su importancia y su autonomía. Y a medida que la persona ve empobrecida su libertad y sus fueros, la Autoridad se hace más poderosa, más avasalladora, más irresistible. El sentido cristiano de la individualidad y de la dignidad humana está, con esto, en jaque y en entredicho. Y la causa del mal es muy simple; pero tan inaparente que a todos nos gana la propensión de poner el énfasis en otro sitio, y no atajamos el mal en su raíz misma. Y, sin embargo, ya hemos sido de antemano advertidos.

Una corriente doctrinal de gran abolengo entre los filósofos cristianos ha insistido siempre en la consideración de la Ley como «una ordenación racional para el bien común» ⁽⁴⁾. En este acertadísimo concepto de la actividad legislativa, una cosa aparecía puntualizada sobre todas: la Ley debería ser, antes de nada, una obra ordenadora de la razón. De la bien informada razón, no de la voluntad arbitraria o el capricho.

No puede dudarse que la definición de Ley formulada por los doctores católicos contiene la más viva repulsa que cabe dar al *voluntarismo jurídico*; es decir, a esta tendencia de los legisladores modernos a regular jurídicamente las relaciones humanas sin sujeción a otra norma que su arbitrio. Resulta, pues, patente que el ciego voluntarismo legalista ha tenido en todo tiempo que enfrentarse con la recia posición católica propulsora del más enérgico intelectualismo

De todos modos, una cuestión trascendental había quedado por entonces pendiente de una solución práctica. Faltaba un método de investigación capaz de evidenciar en cualquier momento cuándo una norma jurídica se propasaba a la arbitrariedad y cuándo era hija legítima del raciocinio. Cierta que entonces se pensaba resolver el problema mediante las pautas del Derecho natural; pero tal tabla de valores no estaba aún lo suficientemente desarrollada y comprendida para resolver muchos problemas importantes de orden práctico y para servir, en consecuencia, de eficaz control al Ordenamiento positivo. Hoy, al albor de la Lógica y Epistemología jurídicas, la Filosofía se está poniendo en condiciones de dar contextura axiomática al Derecho natural, de modo que, pudiendo utilizarse en lo sucesivo para refrenar el Poder, se convierta en el universal ordenamiento jurídico. La Ciencia pagará así la deuda que tenía con el Derecho y los legisladores despóticos quedarán cogidos en su propia trampa! La Ciencia pagará su deuda con el Derecho, porque el Derecho, al organizar la Sociedad y la cooperación humana, puso los cimientos para que aquélla fuera posible. Los legisladores serán cogidos en su propia trampa, porque bien pronto vamos a vivir, una vez más, una repetición del viejo mito de Pireneo.

De casi todos es conocida la historia. En la tarde de un hermoso día de verano abandonaron su morada las nueve musas y se adentraron en un inmenso bosque. Embriagadas por la placidez del

⁴ Cfr. *Lois: Introducción, cit. 267 ss.*

campo y entretenidas en la conversación, se fueron alejando de su hogar inadvertidamente. De súbito, el tiempo cambió. Comenzó a soplar un huracán furioso, que arremolinó nubes ennegrecidas. Lívido; relámpagos se crisparon sobre los cielos con espantoso estrépito. Un gigantesco aguacero se hacía inminente. Demasiado lejos para regresar, las musas buscaron en las proximidades un lugar para cobijarse. El Rey de la Fócida, Pireneo, las vio desde su palacio, las reconoció, y, yendo a encontrarlas, les ofreció su mansión para guarecerse. No había recta intención en su ofrecimiento; pero ellas, ajenas al dolo, le agradecieron la solicitud y le siguieron al interior del palacio. Las puertas se cerraron tras ellas como una prisión infranqueable* Pireneo se sintió feliz, viéndose ya dueño del inapreciable tesoro que representaban las nueve hermanas. Pero, en su locura, había olvidado que a las musas no se las rinde con violencias. Ellas tomaron alas y huyeron inasibles por el aire. Desolado, el Rey, quiere seguir las, sordo a toda prudencia. Como un demente, va y viene, corriendo, de una en otra estancia de su palacio. Por último, sube a la terraza. Desde allí alcanza todavía a divisar a las hermanas en fuga. Y no pudiendo contenerse, sale veloz en su persecución sin reparar en donde se encuentra, cae con gran violencia y se mata.

También los Estados actuales, como Pireneo, han imaginado poder retener a las musas en sus fronteras. Se han hecho la ilusión de que dominarían la Ciencia, la Técnica, la Filosofía, para ponerlas, serviles, a sus órdenes. ¡Y sería terrible ver la Sabiduría dominada por el Poder, pues el hombre quedaría entonces reducido a la impotencia más absoluta! Causa pavor representarse la situación de la humanidad si un día un déspota que lograra un momento el predominio universal monopolizara las Ciencias a su antojo. ¡Vale más no pensar en las escalofriantes posibilidades que se darían! Por fortuna, «ya está rodando la piedrecilla del monte que derribará los pies de barro al coloso». Si inquirimos: ¿qué hay de la noche?», oiremos la contestación tranquilizadora: «¡La mañana llega!».

La Política venía siendo hasta ahora una actividad libre, donde la Filosofía o la Ciencia nada tenían que hacer y donde todo quedaba abandonado a incontables decisiones o instintos. La pura ventaja personal resultaba, así, muchas veces camuflada por una sedicente conveniencia pública. El subjetivismo imperaba sin oposición, y no había forma de control efectivo. Pero ahora las cosas empiezan a cambiar. Ciencias políticas han surgido por todas partes, como por arte mágica. Se habla ya de una Política económica, de una Política financiera, de una Política social; se comienza a hablar también de una Política del Derecho... . Esto quiere decir que la Filosofía, haciéndose o suscitando las Ciencias, ha acometido la tarea de limitar con eficiencia el Poder, introduciendo gradualmente la objetividad en el campo político. Poco a poco, si bien con firme y progresivo andar, la Sociedad, a través de un nuevo 'Derecho que están forjando la Ciencia y la Filosofía, irá encerrando al Poder en sus justos límites. La fuerza no andará en delante desatada como las ciegas energías de la naturaleza en el remado del Caos, sino que se habrá puesto al servicio de la inteligencia, como lo quiso Dios desde la mañana luminosa de la Creación. Hasta ahora las autoridades sociales eran de un marcado tipo personalista; la voluntad subjetiva de los Mandos prevalecía sobre la función que estaban llamados a cumplir. El instrumento de dominación que plegaba la Sociedad al Poder no era otro que las Leyes, que, debiendo ser fruto maduro de la razón, no eran más que irreflexiva prole del albedrío. En el mañana que se avecina, la Política del Derecho logrará presentarse como Ciencia, emancipada de La Filosofía. Y, entonces, la tarea legislativa se hará impersonal. No la desempeñarán, porque sí, los Políticos, sino los investigadores del Derecho, con la serena imparcialidad de los filósofos y de los hombres de Ciencia. No se andará ya tanteando soluciones improvisadas. Se tratará sencillamente de formular las leyes estadísticas que cifran el Derecho Natural que Dios estableció y que es obligatorio para los hombres. ¡Así, la espada del despotismo se estrellará,

mellándose, contra la dura realidad de una Ciencia ya adulta, del mismo modo que se estrelló Pireneo contra el suelo rocoso de la Fócida!

Tal vez lo que el hombre de hoy más ardientemente desea y más perentoriamente necesita sea una paz internacional estable. Llenos de afán nos preguntamos a menudo si volveremos a ver nuestra vida envuelta por la guerra. Por lo general hay sombras en el horizonte y nos entra el temor; otras veces, la pesadilla se desvanece, de momento, y sentimos renacer la tranquilidad. Sea lo que quiera, lo malo es que la fuerza aleccionadora de la Historia nos impide creer en una paz duradera. De ahí que nuestras resoluciones en pro de ella sufran el peso de la decepción y resulten inoperantes. A pesar de todo, desde las alturas de la nueva Filosofía jurídica, ¿no podremos inferir alguna promesa de concordia que nos devuelva la esperanza? Sinceramente, sí: Un débil rayito de luz parece sacudirse trabajosamente de las tinieblas.

Si dirigimos nuestra atención a lo largo de la geografía del mundo y a lo alto de la Historia, pronto adquiriremos conciencia de una verdad sencilla: en la tierra conviven —aunque en situación precaria—, con los grandes Estados ávidos de expansión, pequeños pueblos inermes que, por no poder soportarla, detestan la guerra. La estructura jurídica de los Estados poderosos es tal, de ordinario, que permite el libre despliegue de iniciativas bélicas. Cuando las Naciones se fortalecen por la lucha y para la lucha, es natural que sus Ordenamientos positivos dejen rápidamente el paso libre a una actuación ofensiva súbita. Los pueblos pequeños, por el contrario, suelen vivir bajo sistemas político-jurídicos que admiten con gran dificultad la perspectiva de una guerra. Como es abominada y temida allí, queda proscrita. Necesitando la paz para su pervivencia, no se resignan a que pueda faltarles y procuran impedir con sus Leyes que los detentadores del Poder los mezclen irreflexivamente en alguna contienda. Si, pues, todos los Ordenamientos jurídicos estuvieran contruidos con la mira puesta en impedir, a toda costa, la guerra, la suerte del mundo sería muy distinta. Los dos mayores enemigos de la paz mundial son las apetencias expansivas de los Estados, debidas con frecuencia al incremento de la población, y la resignada timorataz de su Derecho. Por ventura para nosotros, creo que es lícito esperar que estos dos factores de discordia pierdan en el futuro toda su virulencia. ¿Razones?

Retrocedamos en la Historia hasta el tiempo remoto en que no se habían constituido aún verdaderas estructuras políticas. Grupos de familias independientes convivían con paz y con holgura en áreas de dispersión muy vastas. La tierra sobraba, y era fácil obtener alimento y vestido. No había, pues, causas de fricción y no es de extrañar que la convivencia fuera pacífica. Lo mismo ocurre hoy en ciertos territorios de África y de Oceanía y en la Laponia (5). Las familias se bastan a sí mismas, y no sintiendo la necesidad de cooperar unas con otras para algo, se mantienen en un aislamiento casi hermético, codiciosas, antes que nada, de su autonomía. Pero si crece la población y la tierra y los alimentos escasean, entonces estalla la lucha, en aras de la supervivencia biológica, y cada cual procura defender su vida con su fuerza. En estas circunstancias, la existencia se torna más y más difícil. Y, ante la presión de la necesidad, el problema acaba por resolverse automáticamente, mediante cualquiera de estas tres hipótesis: a) Mengua la población, porque aumenta el índice de mortalidad y disminuye el índice de crecimiento, debido a la guerra; b) un grupo somete a los otros por la fuerza e instaura un régimen de división del trabajo que, multiplicando los recursos, vuelve a permitir la vida sin que varíen esencialmente las circunstancias; c) las familias se asocian espontáneamente, por su propio interés, tras descubrir los beneficiosos efectos que puede reportar la integración social

⁵ Cfr. Murdock: *Our Primitive Contemporaries*, 1926; Malinowski: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (Alier), 1956; Lowie: *An Introduction to Cultural Anthropology*, 1949.

en unidades cada vez más amplias. La primera hipótesis no conduce a nada. Ulteriores crecimientos de población replantean la primitiva situación de penuria, y vuelta a empezar el proceso. Las otras dos hipótesis dan lugar a estructuras jurídico-sociales.

Ahora bien, cada uno de los núcleos sociales así constituidos lleva en su interior la necesidad de una expansión incesante. En condiciones favorables, la población tiende a crecer en progresión geométrica, como subrayó Malthus, e impone nuevas y más complicadas formas de división del trabajo, si se quiere que la producción cubra las exigencias del consumo. Por esta razón, los núcleos sociales próximos en el espacio se interdependizan, entran en relaciones de comercio, produciendo, así, el uno para el otro, se compenetran cada vez más, disuelven paulatinamente sus diferencias... y acaban por fundirse. He ahí cómo se han formado las primitivas Ciudades Estádos y muchas Naciones modernas. He ahí cómo se formarán también, bien pronto, Estados continentales, y, más tarde, un Superestado mundial: las circunstancias económicas lo hacen indispensable.

En efecto; el mundo se está haciendo insuficiente, como una pequeña isla, para sostener con sus recursos a una porción de Sociedades disgregadas. La población, pese a todas las coartaciones de un neomalthusianismo antiprovidencialista, sigue creciendo a un ritmo prometedor. La utilización de nuestras fuentes energéticas y de nuestros medios de subsistencia, dado el estadio económico actual, tiende, por estar en las proximidades de su máximo, a un inmediato descenso. De modo que la necesidad de realizar una nueva y más delicada especialización económica y una aún más cuidadosa división del trabajo es a cada hora más acuciante. Los pueblos del mundo irán perdiendo, pues, la posibilidad de constituir espacios vitales autárquicos. Unos tendrán que fiarse y depender de otros, para lograr, en el trabajo común y coordinado, lo que por sí mismos ya no pueden siquiera pretender. A los frustrados intentos de autarquía sucederá, por ende, una economía mundial, con una administración y un Derecho únicos. Porque cuando los pueblos se necesiten no podrán ser rivales. Y la paz vendrá, traída por Dios, «que escribe derecho en la Historia a pesar de nuestras líneas torcidas».

* * *

Un día Roberto Malthus conmovió al mundo anunciando una especie de desventura universal como consecuencia del incremento de la población en progresión geométrica. Muchos creyeron entonces que la disparidad entre el crecimiento de la población y el de los recursos humanos era una prueba patente contra la idea cristiana de una Providencia rectora. En vano se objetó a Malthus que su teoría era meramente apriorística; que, de haber existido esa tendencia de la población al crecimiento geométrico, mucho hace ya, por el tiempo transcurrido, que habría llegado el hombre a alcanzar el límite de la supervivencia. A pesar de la advertencia evangélica: «¡Bástele a cada día su afán, no os preocupéis demasiado pensando qué comeréis o vestiréis mañana!», los hombres entraron en cuidados. ¡Querían que se les demostrase prácticamente la acción de la Providencia mediante la progresión también geométrica en la consecución de nuestros recursos Dios, desde su silencio, tengo para mí que se sonreía...

Mientras tanto, la Química hacía incesantes progresos, segura y rápida. En 1808 publicó Dalton su *Nuevo sistema de Filosofía química*, en el que iniciaba el desarrollo de la teoría atómica. Casi inmediatamente, Gay Lussac enuncia la ley de las proporciones volumétricas y, tres años más tarde, Avogadro descubre la constante molecular de los gases en unidad de volumen, cuando son

idénticas sus condiciones de presión y temperatura. Surge también, por entonces, la notación científica, introducida por Berzelius, que fue un poderoso instrumento para la racionalización y comprensión de los fenómenos químicos. Se elaboran los métodos para determinar el peso atómico; se aíslan y encuentran numerosos cuerpos simples. En una palabra, la Ciencia química se constituye y desenvuelve vigorosamente.

Así las cosas, la industria, como era de esperar, echa mano muy pronto a los nuevos conocimientos adquiridos. Hacia 1828, Wöhler, logrando la primera síntesis orgánica con la producción artificial de urea, puso los cimientos de la industria sintética moderna, y rompió, por primera vez, el vínculo de sumisión que ligaba al hombre a 'la tierra. Hasta entonces la vida humana dependía casi por completo de la agricultura, pues la alimentación y el vestido estaban férreamente liga dos a ella. Pero desde el momento en que se hizo posible obtener sintéticamente la materia orgánica, la hegemonía de la agricultura se vio gravemente comprometida.

La independencia completa del hombre respecto a la agricultura es un problema que tiene pendiente la Ciencia actual, y su solución está en vías de ser conseguida. No hace mucho, la radio y la prensa anunciaron al mundo que había sido desentrañado el enigma de la fotosíntesis. La noticia, incomprendida en su importancia, no atrajo debidamente la atención del hombre de la calle. Y, sin embargo, pocas cosas se le habrían podido decir de tanta trascendencia. Aclarado el misterio de la fotosíntesis, la fabricación por el hombre de los hidratos de carbono, de las proteínas y aun de las grasas sólo sería cuestión de ulteriores desenvolvimientos. Y se comprende enseguida el valor realmente revolucionario que tendría una conquista tal de la Ciencia. ***El problema de nuestra alimentación, como ya el del vestido, se resolvería desde las grandes fábricas***, con lo cual, en el espacio de unas horas, se alcanzarían cifras de producción que, de otra forma, requerirían años de cultivo.

He aquí cómo es posible concebir que los medios de subsistencia crezcan también, como la población, en progresión geométrica. Es cierto que los recursos naturales tienen un límite de utilización absoluto, que es la cantidad de materia existente en el mundo. Pero no está de más recordar cómo el crecimiento de la población tropieza con idéntica barrera. Entre ambos términos hay, pues, una ecuación preestablecida que pregona, como todas las otras, cómo una Inteligencia Suma ha ordenado todo lo que existe. Si un día se quiso negar el providencialismo con pretensiosos y sedicentes razonamientos científicos, Dios se ha tomado su desquite valiéndose de la misma Ciencia que se le quiso oponer. No se puede negar que Dios es también de un humorismo infinito. Ni dudar tampoco que si El es el principio de la Sabiduría, es, con igual razón, la culminación de la Sabiduría, porque toda Ciencia de El viene y en El para. Y esto lo digo porque la Sociología y el Derecho parecen a punto de reencontrar a Dios. El Derecho, porque se vuelve a ver ahora qué imposible es una seguridad jurídica si las normas positivas no se enclavan en una teología iusnaturalista. La Sociología, porque tras todos los grandes problemas sociales de nuestra época sólo se discute, en el fondo, si hay o no hay Dios. Y no es de presumir que la discusión quede indecisa.

Por mi parte, he llegado hace tiempo a la conclusión de que Dios se ha reservado un argumento supremo para convencer a los hombres de Su existencia. Que será permitirles durante un cierto, brevísimo período, vivir como si El no existiera. Lo que haríamos en tal suposición nos dará una idea clara de lo que acontecería no ya con que El, sino sólo Su idea, se retirara de nosotros.

Frente a los que ponen en duda la realidad de un Derecho Natural, ésta es la respuesta: ¿Qué es lo que sostiene el bien en la Sociedad, y con el bien la vida? Sin la fe en Dios, el Derecho no podría imponerse, porque no existe el modo de constreñir a todos por la fuerza. La idea de Dios nos es necesaria para convivir. ¿Y no lo será, acaso, por constituir la atadura con que el Señor

nos ha ligado a El para que no podamos ignorarlo?

* * *

Cuenta una hermosa leyenda oriental que en una ocasión Brahma se presentó a Buda, que habitaba entonces en el picacho Buitre, y, obsequiándolo con una flor kumbala, le instó a que predicara la Ley. Buda fue ante los suyos, ascendió al asiento León y, tomando la flor, la tocó con sus dedos, sin pronunciar palabra. Ninguno en la Asamblea comprendió el significado de aquello; pero el venerable Mahakasyapa se inundó de alegría. El Buda, pues, le dijo simplemente: «La Escritura te será confiada; acéptala y transmítela a la posteridad». Más tarde, Ananda, otro discípulo, preguntó a Mahakasyapa cuál era el mensaje que había recibido el Maestro. Mahakasyapa respondió: «¡Anda y baja el astabandera!» El astabandera es señal de predicación; de suerte que la frase quería decir: «¡No prediques ya más y actúa!»

* * *

Rastreando en la actualidad los gérmenes del futuro, hemos entrevisto la posibilidad de un mundo mejor, fraternal y pacífico, bajo un nuevo Derecho. Podrá discutirse si nuestras premisas y consecuencias son o no exactas. Pero el futuro humano tiene una propiedad singular. Y es *que se deja hacer por los hombres*. Ya sabemos a donde vamos, al revés que Alicia; ya sabemos cuáles son los medios que nos garantizan la seguridad del camino. Pues bien, ¡bajemos el astabandera! Y ¡a obrar! Es hora de actuaciones, no de palabras.

II

PARA UNA TEORÍA OBJETIVA DE LA NORMA JURÍDICA Y DE LAS FUENTES DEL DERECHO

1. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA.

Con anterioridad a toda otra consideración, el Derecho se nos presenta como un hecho; un hecho externo del que adquirimos experiencia sensorial a lo largo de nuestra vida y cuya objetividad se nos evidencia a cada paso en nuestra falta de control sobre él.

Como hecho, el Derecho está ahí, en torno nuestro, y podemos sentirlo y percatarnos de su efectividad sin más que realizar algunos experimentos adecuados.

Generalmente, los juristas, habituados a un trabajo continuo de abstracción, han perdido, por desgracia, la facultad de ver con sencillez y sin prejuicios, con la ingenua sensibilidad de los niños. Por eso les cuesta acomodar los ojos a esta primera visión del Derecho y, ciegos, por exceso de luz, se resisten a concebirlo como algo susceptible de observación, de que nos pueden informar los sentidos. Es quintaesenciar demasiado. Hay, sin duda, una cierta experiencia del Derecho como hecho cultural, y es conveniente que, antes de que nos empañen los ojos nubes de abstracciones, tomemos un contacto inmediato con ella.

¿Cómo aparece y se manifiesta el Derecho a quien simplemente se limita a observar? Para quien considere las cosas desde fuera, en sus meros efectos, en lo que puramente es, lo jurídico queda reducido *a una suma de regularidades de conducta características*.

Ante ciertos acontecimientos de su vida, los hombres reaccionan de una manera similar *sin causa aparente* alguna. Observan, en innumerables casos, sorprendentes analogías de comportamiento y, si sólo se atiende al aspecto exterior de los fenómenos, nada hay que justifique esa coincidencia tan llamativa de sus actos en tipos de conducta homogéneos. Para tomar mujer, por ejemplo, los hombres suelen llevar a cabo una porción de ceremonias previas que, dentro de áreas geográficas bien determinadas, se mantienen idénticas en multitud de ocasiones. Cuando quieren transmitirse las cosas o intercambiar bienes o servicios lo hacen también en formas consolidadas, muy semejantes entre sí. Si alguien se ve privado violentamente de su hacienda o pierde su vida a manos de otro se realizan investigaciones sistemáticas tendentes a determinar quién y en qué medida es responsable. Averiguado y graduada la responsabilidad, subsiguen actividades muy complejas, en uniformidad rutinaria, que acaban casi siempre en la aplicación de alguna medida constrictiva al inculpado. En todas estas hipótesis, un enjuiciamiento puramente empírico de los hechos no revela más que tipos de conducta unificable que se van reiterando.

Hay, así, manifestaciones de uniformidad en la actuación humana que en nada difieren de las uniformidades fenomónicas por que se preocupa la Ciencia natural. Si no trascendemos las apariencias, no existe ningún motivo de diversidad comprobable ⁽¹⁾.

¹ *Toda la construcción científica ulterior—igual que otra cualquiera— presupone una determinada Filosofía. Ni esto —inevitable— le resta valor, ni sería honrado el ocultarlo. Por eso, parece preferible dejar explícito desde aquí el espíritu y los presupuestos que sirven de sustento a todo lo que sigue.*

Si es conveniente que todo sistema filosófico se apoye en una designación que refleje sus principales características, nada habrá que oponer a que el nuestro sea conocido como empiriocriticismo jurídico. No es difícil entrever, tras lo expuesto con anterioridad, qué pretensiones pueda albergar esta corriente de pensamiento; pero tal vez no resulte ocioso consagrar algunas palabras a dilucidar el por qué de semejante denominación y a desvanecer algunos equívocos posibles.

En primer lugar, el empiriocriticismo jurídico no nació, en manera alguna, con la presunción de ser el atesorador

2. REGULARIDADES NATURALES Y REGULARIDADES JURÍDICAS

Consideremos algún ejemplo de regularidad natural. Salgamos a cielo abierto en una noche clara, provistos, si es posible, de un buen cronómetro, o, si no, de un reloj recién ajustado a las señales horarias radiadas por algún Observatorio. Busquemos una estrella cualquiera que seamos capaces de identificar en días sucesivos; enfilémosla entre dos puntos de mira que nos obliguen a mantener ulteriormente la misma posición y anotemos el momento preciso de su paso por la recta ideal que describen nuestros ojos al mirarla. Consignemos —para evitar errores de lectura en este mismo orden— el segundo, minuto y hora en que interceptó nuestra visual.

Al día siguiente, vigilándola con alguna antelación, y con idénticas precauciones, volvamos a espiar el instante de su tránsito, reloj en mano. ¡La estrella habrá alcanzado su primitiva posición con 3'56", 5 de adelanto!

Si continuamos las observaciones en días sucesivos podremos comprobar que la marcha de la estrella es uniforme para nuestros métodos de control: se mantiene invariablemente, monótonamente, con una aceleración diaria de 3'56", 5.

Dejando a un lado, por el momento, la explicación del fenómeno, parece ya innecesario advertir que constituye un caso patente de regularidad natural, y bien incitante, por cierto. Uno creería, en un principio, que si el tiempo es la medida de nuestros días y el día el resultado de una rotación completa de la Tierra, consumada precisamente al volver el lugar de observación a pasar

exclusivo de la verdad o la última palabra sobre el Derecho. Su sola ambición estriba en constituir una teoría científica coherente acerca del mismo. Como teoría científica, entraña una simplificación selectora de algunos hechos especialmente significativos y una posterior esquematización con preñez bastante para suplir aquéllos que omite y prever otros desconocidos. Como tentativa también de síntesis filosófica implica, a su vez, una organización de todos los saberes sobre el Derecho alrededor de una gran idea central, capaz en algún modo de contenerlos en potencia.

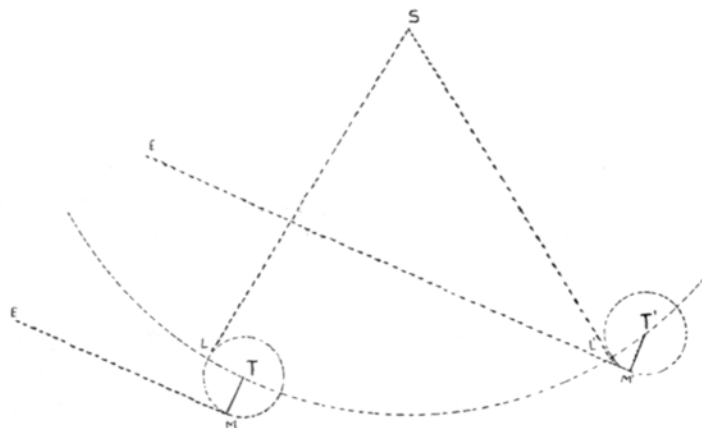
En segundo lugar, el empiriocriticismo jurídico no guarda más que un muy lejano parentesco con la teoría epistemológica propugnada por Mach y Avenarius. Pese a lo fecunda que haya sido, no puede hoy ser sostenida íntegramente ni por su más fanático partidario, pues albergaba elementos contradictorios que han adquirido fragancia con su propio desenvolvimiento. Por lo demás, un filósofo no podrá subscribir jamás su repudio apriorístico de la Metafísica. Dos puntos de la concepción de Mach pasan, sin embargo, convenientemente repensados y trabajados, a formar parte de nuestra propia filosofía. La fe —por lo demás, ya clásica— en el primado de la experiencia y la convicción de que los experimentos mentales son recurso legítimo y pieza vertebral de la investigación científica.

Empiriocriticismo jurídico quiere decir, pura y simplemente, crítica de la experiencia jurídica. Al dirigirse hacia la experiencia, se propone tratar al Derecho como una Ciencia de lo real, en que han de ser posibles, en alguna forma, confirmaciones empíricas. Su pretensión crítica excluye todo realismo ingenuo, exige trascender las apariencias y el sentido común y, por desconfianza metódica en la ambigüedad del lenguaje, pugna por aplicar al Derecho una formulación matemática. La primera tarea, pues, que haya de asumir una Filosofía jurídica tendrá que radicar en la determinación de la clase de experiencia que se da en el Derecho. ¿Cuáles son los hechos objetivamente observables, que trascienden lo individual para ser susceptibles de percepción intersubjetiva? ¿Cuál es la experiencia jurídica escueta, es decir, la que constituye la fuente originaria de donde arrancan las verdaderas informaciones jurídicas? ¿Cómo se la puede describir neutralmente? He aquí el haz de problemas sobre el que gira en su primera parte el presente estudio.

*Para el que quiera profundizar en lo expuesto recomendamos ver: RUGGIERO: **La Filosofía Contemporánea** (LUNAZZI), 1946, 44 ss. Avenarius: **Kritik der reinen Erfahrung**, dos vol. 1888-1890. MACH: **Conocimiento y Error** (Cortés Plá), 1948, esp. 141 ss. 159 ss. MACH: **Análisis de las sensaciones** (Ovejero), 1925. FRANK: **EINSTEIN** (Gusmán), 1949, 54 ss. — EINSTEIN: **De mis últimos años** (Del Hoyo-Bravo), 1951, 94 ss. LOIS: **Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica**, 1954; **Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación**, 1959.*

«debajo» de la estrella que se ha elegido como señal, la discrepancia entre el reloj y el paso de aquélla no es posible. Sin embargo existe *de hecho*, porque el tiempo de nuestros relojes se ajusta al sol y no a la marcha de las estrellas, y (comprobada una y otra vez), la registramos como uno de tantos casos de *regularidad natural*.

Hasta hace poco tiempo, cuando se trataba de buscar una explicación a cualquier regularidad natural, los filósofos y los físicos cifraban su cometido en dar con una causa subyacente cuya actuación contuviera el fenómeno tematizado como un supuesto más. Las discrepancias, por ejemplo, entre el movimiento de las estrellas y del sol, a que hemos aludido antes, se explicaban primitivamente como obedeciendo a la distinta velocidad con que unas y otras giraban en torno a la Tierra. Más tarde, cuando los argumentos de Copérnico hicieron imposible sostener la concepción geocéntrica, hubo que idear otra nueva hipótesis en concordancia con los hechos observados. La dualidad aparente entre las revoluciones solares y sidéreas se desvanecía, en realidad, al ser un mero efecto de la rotación de nuestro planeta. Era preciso, pues, descubrir una nueva causa capaz de interrelacionar la multitud de fenómenos inventariados y de dar a cada uno, al mismo tiempo que al primero, su precisa razón de existencia. Tal causa resultó ser la traslación heliocéntrica de la Tierra, la cual, conjugada con la rotación, hace como que el sol se rezague respecto a las estrellas y que, por consiguiente, el año sidéreo tenga un día más que el año solar. El gráfico inmediato permitirá hacerse cargo intuitivamente de la resolución justa del problema.



Imaginemos a la Tierra (T) en cualquier posición de su órbita en torno al Sol (S). Para un observador situado en L , el ocaso se determina mediante el radio tangente al lugar de observación opuesto al sentido de la trayectoria terrestre. En teoría, pues, la puesta del Sol se produce cuando ese punto L alcanza una posición tangencial a los rayos solares. En cambio, para una estrella E , el momento del ocaso tiene lugar precisamente en M .

Cuando en una fecha posterior la Tierra llega al punto T' , el Sol se pone en L' y la estrella en M' . Ahora bien, el ángulo $LSL' = LTM - L'T'M'$ representa justamente el adelanto de la estrella y a lo largo del año viene a totalizar una circunferencia. Así resulta que la Tierra da respecto al Sol una vuelta menos por año que las que da en la misma unidad de tiempo respecto a las estrellas. ¡El movimiento de traslación tiene el efecto de deshacer en la práctica, por lo que atañe al Sol, el

efecto de uno de los giros que durante el mismo ha hecho la Tierra! ⁽²⁾. ¡He ahí la sencilla explicación causal a un fenómeno que tan paradójico parece!

Todas las regularidades naturales eran explicadas en la Física clásica considerándolas, de un modo similar al que hemos puesto de manifiesto, como ejemplos concretos de una más amplia acción causal. El principio de causalidad se revelaba, así, hasta hace bien poco tiempo, como la clave misteriosa con la que descifrar e interpretar el Cosmos. Cada conexión general establecida entre un fenómeno y su causa correspondiente era conceptuada como una «ley», o sea, para decirlo en la fórmula tradicional de Montesquieu, «una relación necesaria derivada de la misma naturaleza de las cosas». Hasta bien entrado el pasado siglo, todas las leyes físicas que se había logrado enunciar eran rigurosamente causales. Nadie había imaginado siquiera que las regularidades naturales pudieran tener otro carácter. De ahí que la contraposición entre «ley física» y «ley jurídica» fuera entonces precisa y bien fundada ⁽³⁾.

Sea como quiera, es el caso que los trabajos de Boltzman en la pasada centuria sobre el segundo principio de la termodinámica —la llamada «ley de entropía»— evidenciaron que no se trataba de una ley causal, sino de una inferencia probabilística. Pronto Exner sugirió ya que muy bien podría acontecer lo propio a muchas otras leyes de la naturaleza. De todas suertes, físicos y

² Cfr. ALLER, RAMÓN: *Astronomía a simple vista*, 1948, 12.

³ MONTESQUIEU: *El Espíritu de las Leyes* (ESTÉVANEZ), 1944, 29.

*La distinción entre ley física y ley jurídica ha sido un lugar común en la Ciencia del Derecho. Se ha venido repitiendo sin crítica por nuestros autores, aún después de la crisis sufrida por las teorías causalistas en la Física de nuestro tiempo. A menudo hemos formulado este reproche (Estudios, cit. 122; Introducción, cit. 258 ss.) —en el que hemos de insistir todavía— y nos parece que está justificado hasta la saciedad por la rutina y pasividad de los juristas. Sin embargo, en fecha reciente, Legaz ha llamado la atención, en importante estudio, sobre un punto que es interesante discutir. Refiriéndose a un artículo de Guasp (en AFD, V, 1957., 109 ss.) sobre **Exactitud y Derecho** escribe lo siguiente: “Guasp trata de mostrar, entre otras cosas, que esta contraposición, tal como se la presenta usualmente por los filósofos del Derecho, se basa en la equiparación de ley natural y ley causal y, como ejemplo de ésta, la ley de la gravedad; ahora bien, el causalismo está en crisis, la idea de ley natural alberga una cierta indeterminación y expresa una probabilidad estadística”... “Todo esto, sin embargo, es obvio y bastante conocido y ya hace bastantes años que Kelsen, rígido formulador de la contraposición entre ley científica natural y norma, señaló, precisamente en el *Journal of uni-fied science*, que la concepción actual de las leyes naturales permite interpretar la sociedad como “naturaleza”... (LEGAZ; **La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico**, en AFD., VI, 1958-9, 17 ss. y nota 170 de la primera parte, recogida en la misma Rev., tomo anterior). Por lo que parece, Legaz parte de la suposición de que el argumento que él combate ha sido expuesto por Guasp. A cada uno su culpa... y a mí la mía. Con bastantes años de antelación me vengo ocupando yo de este problema... Como que toda mi obra está inspirada en la idea de acomodar al Derecho los principios epistemológicos que han probado su fecundidad extraordinaria en el ámbito de la Ciencia natural exacta. En mis **Estudios...** cit. consta ya escrito: “A consecuencia de la relación de incertidumbre, la certeza física se desmorona. Las **leyes naturales**, las tan cacareadas leyes naturales que se contraponían (y aún hoy erróneamente se hace) a las normas jurídicas por su carácter absoluto y determinista, no son más que simples estimaciones aproximativas, dimanantes de un efecto de probabilidad...” (pág. 122). La misma idea está expuesta en muchos lugares de la misma obra; pero, siendo una constante de mi pensamiento, opera en él desde mucho antes. Véase un testimonio de lo afirmado en: **La Exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico procesal**, 1951, 148, s. Vid. también un desarrollo más amplio de estas ideas en mi **Introducción** cit. 258 ss. Ciertamente que Kelsen, con bastante anterioridad, se dio cuenta de la posible repercusión en el Derecho de este nuevo rumbo de la Física —muy global e implícitamente, por demás—; pero más cierto aún que o no vislumbró el verdadero carácter y extensión de las leyes estadísticas en la Ciencia natural o no las dio por conquistas definitivas. El caso es que el atisbo, que pudo ser feliz, resbaló sobre su pensamiento y no sirvió de premisa constructiva. ¿Tal vez no supo Kelsen dominar su viejo prejuicio? ¿Prefirió desconocer la fuerza del argumento para no tener que revisar de arriba abajo una concepción que, como la suya, arranca esencialmente de esa tradicional contraposición? Me parece probable. Ahora bien, sea lo que fuere, lo incuestionable es que Kelsen pecó aún más gravemente que los demás juristas, pues, mirando, no quiso ver y se obstinó en recusarse a un dato que ya tenía.*

filósofos siguieron teniendo a la «ley de entropía» como algo singular y aparte, como una excepción que confirmaba el carácter causal de las restantes leyes naturales (4).

En 1927 el atisbo de Exner encontró una inesperada corroboración. Werner Heisenberg dio a conocer entonces su **relación de incertidumbre** e instauró en la Ciencia Física el reinado de la probabilidad. La relación de incertidumbre advertía, en efecto, de otra singularísima regularidad natural que interceptaba en los microcosmos la acción de un determinismo causalista que se reputaba absoluto. Si, a tenor de la sorprendente fórmula, «es imposible determinar simultáneamente el **momento energético** y la **posición** de una partícula elemental más allá del **standard** de aproximación establecido por la constante **h** de Planck, ya que el incremento de la exactitud en una de las magnitudes se traduce en un correlativo incremento de la inexactitud en la otra»; es decir, sí

$$pq - qp \geq \frac{h}{4\pi}$$

entonces nunca en la Física cabrá salvar el abismo tenebroso que separa lo «aproximado» de lo «cierto». Ni habrá modo de trascender la mera probabilidad. La seguridad aparente de las predicciones fenoménicas en el macrocosmos no será otra cosa que, como subraya el **principio de correspondencia**, debido a Bohr, un producto de la certidumbre práctica que resulta de aplicar

⁴ Sobre la paulatina percatación del carácter probabilístico de las leyes naturales y las consecuencias de la ley de entropía, vid. REICHENBLCH: *Philosophische Grundlagen der Quantenmechanik*, 1949, 11 ss. Sobre el aspecto propiamente físico y técnico del segundo principio de la termodinámica, vid. p.e.: EMSWILER-SCHWARTZ: *Termodinámica* (CARRANZA-FUCHS), 1947, 73 ss. Una exposición al alcance de todos en GAMOW: *Materia, Tierra y Cielo* (Portugal), 1959, 239 ss. Sobre el significado filosófico, BROGLIE: *La Física nueva y los cuantos* (GUIXÉ), 1947, 53 ss. 59 ss. 209 ss. MARCH: *La Física del átomo* (Iniciación de las nuevas teorías) (ZUBIRI), 1941, 33 s. BORN: *The restless Universe*, 1951, 17 ss. Sobre una exposición estadística de la nueva mecánica, ORTIZ FORNAGUERA: *Introducción al estudio de la Mecánica cuántica*, 1947, 51 ss. En *La Naturaleza del mundo físico* (REYLES), 1945, escribe EDDINGTON: “El principio que establece que la entropía siempre va en aumento, a saber, el segundo principio de la termodinámica, ocupa, según mi parecer, la posición suprema entre las leyes de la Naturaleza. Si alguien sugiere a V. que su teoría favorita del universo está en desacuerdo con las ecuaciones de Maxwell, tanto peor para estas ecuaciones. Si llega a comprobarse que la observación la contradice, será el caso de recordar que a veces los experimentadores adulteran los hechos. Mas si la teoría suya va contra el segundo principio de la termodinámica, entonces no podré darle ninguna esperanza y tendrá V. que sentirse profundamente humillado. Esta exaltación del segundo principio no es exagerada. Abundan poderosas razones que nos obligan a creer en otras leyes y, de consiguiente, concedemos muy pocas probabilidades a cualquier hipótesis que pretenda violarlas; pero se trata de una vaga improbabilidad, mientras que la probabilidad de una falla del segundo principio (es decir, algo que implique la disminución del elemento azar) es tan remota que sólo puede expresarse por cifras que nos dejan anonadados”. (Op. cit. pág. 101). Lo más curioso, a mi entender, del famoso segundo principio termo-dinámico —y no sé de nadie que haya reparado en ello— es el examen de su propia razón de ser y las consecuencias que produce. Puede demostrarse que la entropía es el efecto esperado de la transmisibilidad de la energía en el Universo. La energía se difunde, en cuanto que es susceptible de fenómenos de intercambio. Por tanto, en un Universo integrado por una cantidad finita de materia y estático en su contenido, la entropía sólo sería un efecto observable resultante de las condiciones locales. El universo en su totalidad estaría abstraído a la degradación energética. En tales condiciones, la supuesta expansión del azar no sería más que una consecuencia de la acotación inevitable de las observaciones, es decir, un límite de la medición. La entropía sólo sería real en un Universo infinito o sujeto a una creación continua de la materia. Pero precisamente en esta hipótesis, en que su acción sería universal, habrían de darse casos particulares de regiones aentrópicas en reversión termodinámica. Ciertamente que no tenemos experiencia que confirme estas previsiones teóricas; pero eso mismo puede ser una prueba contra estas dos últimas teorías y un indicio en pro de la finitud espacio-material del Universo.—Para el que se interese por estos problemas cosmodinámicos recomendamos el interesantísimo libro de HOYLE: *Aux Frontieres de VAstronomie*, (VINCENT), 1956, esp. 253 ss. 367 ss.

las leyes estadísticas cuando los coeficientes probabilitarios en juego acusan una disparidad aterradora. Las leyes clásicas no son ya leyes causales absolutas, sino el límite a que tienden las leyes de los cuantos cuando los números cuánticos son muy grandes ⁽⁵⁾.

La evolución de la Ciencia Física y el cambio de mentalidad filosófica que, en consecuencia, impuso, ha implicado la superación de la distinción tradicional entre *leyes físicas* y *leyes del Derecho*. Ambas pueden concebirse ahora como *verdades estadísticas*, es decir, como asertos amparados por una gran probabilidad. Las regularidades naturales y las regularidades sociales o jurídicas no constituyen ya categorías heterogéneas. Formalmente; es decir, consideradas desde el exterior y excepción hecha de su contenido, no hay diferencia alguna que las separe; son completamente fungibles. La diversificación comienza cuando el propio fenómeno de la regularidad se investiga a fondo con el propósito de esclarecerlo hasta su origen. En esa instancia el físico, detenido en sus indagaciones por esa realidad cósmica concretada en la *relación de incertidumbre*, se ve, frente al jurista, en situación de franca inferioridad. Él tiene que contentarse con explicar los hechos como un producto del azar, como consecuencia de una especie de condensación de situaciones en relativa abundancia. El jurista, en cambio, aparte de la posible explicación en razón del índice de frecuencia, que obtiene dejando los fenómenos como abandonados exclusivamente al libre juego de la probabilidad, puede añadir también un esclarecimiento adicional más profundo, a base de una verdadera condicionalidad causal ⁽⁶⁾.

⁵ Vid. mis *Estudios*, cit. 45 ss. 120 ss. 173 ss. (Bibliografía abundante allí mismo). Cfr. igualmente, SÁNCHEZ DEL RÍO: *La falacia endémica del Derecho y la urgencia de seguir nuevos rumbos para su cultivo ante las precisiones de la era técnica naciente*, Separata de la Rev. UNIVERSIDAD, Zaragoza (nos. 3-4 de 1959) págs. 21 ss. de la sep. (Con selecta bibliografía, aunque a veces en desarrollo sumamente técnico, propio para especialistas).

⁶ *La perspectiva abierta en el texto coloca al jurista, frente al físico, en franca situación de superioridad. Mediante el estudio probabilístico del Derecho, cuyas bases aquí se sientan, queda lograda sin violencia la tan deseada objetivación de nuestro saber, en términos claros y simples. No soy tan ingenuo como para creer que ideas tan inusitadas seduzcan inmediatamente a los juristas: El ambiente es demasiado conservador para eso. Pero, a la larga, sospecho que este punto de vista dominará. Para quienes lo duden, no necesito dar otra prueba que lo acontecido con la Lógica jurídica. Cuando hace doce años comencé a preconizar la aplicación de la Lógica matemática al Derecho, el escepticismo con que tropecé era aún más grande. Y, sin embargo, las cosas están en vísperas de cambiar. Mis entonces principales contradictores han alzado hoy su bandera para defender casi idénticas consignas. Si se me permite un recuerdo personal, por lo que signifique de desquite humorístico, me referiré con satisfacción al sensible cambio de alguno de mis más destacados contradictores. Cuando en el número 1.º de 1948 de la RD Proc. (páginas 187 ss.) enjuicié Guasp, en su habitual sección bibliográfica, uno de mis primeros libros, su, por lo demás, benevolente crítica terminaba con estas palabras de consejo: “La preparación y el trabajo de Lois Estévez, de la que este ensayo no es más que una parcial aun que reveladora noticia, resulta verdaderamente digna de subrayarse, y creemos que dará magnífico fruto tan pronto como se decida a abandonar su actual postura de exagerado radicalismo y a enfrentarse con los temas del proceso sin creerse en la obligación de tener que revisar a fondo toda la teoría general del derecho”, (pág. 192. El subrayado es mío). Hoy no puedo menos de sonreír ante la impresión que produjo una obra que ya no me parece sino tímida. La línea de pensamiento, realmente renovadora, que entonces comenzaba a apuntar, tuvo una especie de brote programático en: **Contenido esencial de la Ciencia jurídica** (Arbor, abril de 1949). Allí están los gérmenes de todo cuanto he venido haciendo ulteriormente. Traigo esto a cuento ahora como prólogo a una recensión crítica del mencionado estudio de GUASP sobre **Exactitud y Derecho** (AFD. V. 1957, 109 ss.), que no resisto a la tentación de glosar. En primer lugar, porque Guasp, abandonando su creencia anterior de que los problemas de la teoría general han de reservarse a especialistas (creencia nada inerte, puesto que me “exiló” a mí de la Cátedra), ha reaccionado en idéntica manera que yo lo había hecho, como era de esperar, dada su fina sensibilidad de jurista auténtico, y se ha aventurado también él “a revisar a fondo toda la teoría general del derecho”. En segundo lugar, porque las ideas por él expuestas guardan una llamativa paridad con las mías. En efecto; veamos, paralelamente, nuestras respectivas afirmaciones:
GUASP... Observamos, sin más que un acercamiento elemental al panorama del D., que la Ciencia que ha recaído*

en torno al mismo se ha fijado en las **leyes jurídicas** y no en los **hechos jurídicos**, es decir, en las **fórmulas** propuestas y no en las **realidades**... en las normas que tratan de señalar un cierto fenómeno jurídico y no en **ese mismo fenómeno** intrínsecamente y propiamente dicho. De esa manera... en vez de hallar las leyes al final de la obra científica se ha supuesto que se encontraban al principio... Para muchos, el D. es la ley, y, por consiguiente, la contemplación científica del D. es una contemplación científica de leyes y no de hechos de la realidad. Ahora bien, si las leyes hubieran sido tratadas como hechos, todavía el error no hubiera producido graves consecuencias. Pero es que llevados de la nociva sinonimia con que aquí se emplea la palabra **ley**, ha resultado que la realidad jurídica se ha identificado con las leyes y que luego esas leyes se han convertido no ya en el objeto científico, sino en el resultado científico...

LOIS: — La validez de un concepto dimana de su procedimiento constitutivo. Si está construido con férrea vinculación a las realidades políticas, naturalmente dependerá de ellas. Pero, en cambio, si está inspirado en categorías constantes que sobrevivan a los vaivenes políticos, se mantendrá incólume, conservando su poder explicativo” (ADC, I, 1948, IV, 1438).

“Cabe superar el relativismo conceptual apoyándose, no en las normas, sino en los fenómenos indelebles”... (Foro Gallego, 1952, 231).

“El legislador no es en modo alguno omnipotente. Su actuación está poderosamente limitada por una realidad indestructible que no es posible deformar con mandatos. La Ley debe, por eso, ser mas un producto de la investigación científica que un imperativo. Con más razón aún los conceptos y las teorías jurídicas deben nutrirse en los fenómenos indelebles, no en porciones inseguras y cambiantes de la legislación positiva (ADC, VI, II, 453).

“¿Qué hemos de entender aquí por **jurídico**? ¿Querrá decir **tipificado por una norma**? Entonces hubiera sido preferible empezar por ahí y denominar hecho jurídico al hecho tipificado. Pero en ese caso, habríamos consagrado el dogma de la omnipotencia legislativa e identificado norma y D.; habríamos aceptado el absurdo de que el arbitrio del legislador, no la realidad de las cosas, es el criterio decisivo de la juridicidad y, por si esto fuera poco, todavía nos habríamos echado encima la incómoda tarea de definir la norma jurídica sin realudir a este último vocablo, porque, de eludirlo, reconoceríamos ya que es **fuera de la norma** donde hay que buscar la última realidad del D...” (Op. cit.).

“Mientras no exista la seguridad de que la Ley es una **fórmula racional**, una **construcción científica**, el D. estará amenazado en su mismo centro vital, y la Humanidad entera tendrá que resentirse de su crisis...”.

“Cuando la Política del D. funcione como Ciencia autónoma, la creación legal no estará encomendada al arbitrio de los políticos. La Ley será el resultado de una investigación emprendida desinteresadamente por hombres de Ciencia. Será una auténtica obra de la razón y no un fruto inmaduro del albedrío” (**Una pequeña llama...** Conferencia pronunciada en 6-III-54, publicada en Bol. Univ. Santiago núms. 61-62-175).

GUASP: La realidad jurídica no se encuentra en las leyes, sino como cualquier otro sector de la realidad, en los hechos, **en ciertos comportamientos**, que aquí son comportamientos sociales; en definitiva en una materia objetiva... La realidad jurídica no está constituida originariamente por normas, que son lo que se trata precisamente de obtener, sino que viene dada asistemáticamente, y por ello dispuesta para que el investigador la someta a una pauta verdaderamente científica.

LOIS: “Se ve, pues, a medida que uno se adentra en las instituciones jurídicas, en qué grado son inseparables unas de otras y cómo se remiten y apuntan hacia una misma realidad... Tras cualquier clase de derechos se observa siempre una delimitación de conductas humanas en orden al goce de ciertos bienes naturales... Desde el momento que se admita la propiedad independiente sobre los frutos y la libre contratación o la facultad dispositiva del propietario, el uso, el usufructo y, en general, todos los derechos reales limitativos del dominio están en condiciones de aflorar a la superficie. Nada importa que la legislación positiva los haya o no previsto. La realidad los impone de suyo. Y nada pueden frente a ella las decisiones arbitrarias del legislador. Una cosa son los **fenómenos jurídicos**, que tienen en ciertas formas de vida social su asiento ontológico, y otra muy distinta la contingente regulación o resolución concreta de los conflictos intersubjetivos. Se distinguen muy bien, según eso, dos aspectos en toda norma jurídica. Desde el primero, se aspira a describir una realidad, un fenómeno típico, captado directamente de la vida social o imaginado como posible. Desde el segundo, se intenta dirimir las situaciones; litigiosas potencialmente implícitas en cada institución jurídica, tomando como criterio resolutorio el principio de máxima pacificación. (Estudios, cit. 147 ss.).

“De ahí se deduce que la tarea del Juez y la del Legislador son siempre coincidentes y que las normas de verdad que prevalecen en la interpretación, son las mismas que deben inspirar la Política del D. Esta consecuencia es de suma importancia para la Ciencia jurídica. Gracias a ella, el D. deja de ser un producto voluntarista de órganos decisores soberanos y se transforma en una empresa a desenvolver con arreglo a un método científico. Todo jurista debe investigar las **leyes del Derecho** como el físico investiga las leyes de la naturaleza. Hay una objetividad jurídico-social, susceptible de ser traducida en uniformidades invariantes, igual que lo son otros aspectos del

universo. Esas **leyes del Derecho** forman un sistema axiomático compacto, de una identidad esencial, cuya expansión deductiva no puede llevar jamás fuera del mismo... (Id. 231 s.).

“El mundo de las normas no está cerrado sobre sí mismo ni puesto en correspondencia con el exterior. Las normas presuponen o requieren algo extrínseco para tener sentido. Podemos imaginarnos que esto sea un conocimiento vulgar previo, aproximativo, de ciertos conceptos jurídicos que no tienen otra definición. Pero, entonces, es menester que exista una realidad exterior a las normas de donde se haya extraído ese conocimiento vulgar, y, entonces, esa otra realidad, y no las normas, constituirá la expresión suprema de lo jurídico” (Id. 95).

GUASP: El identificar a la Ciencia del Derecho con una ciencia de leyes y no con una ciencia de hechos explica la bochornosa acusación dirigida de antiguo contra la ciencia jurídica y que se condensa en las conocidísimas palabras de Kirchmann. En efecto; si el D. está en las leyes positivas y no en la realidad, el D. no es ciencia, porque el cambio de las leyes positivas no se hace con arreglo a ningún módulo científico que pueda ser reconocido. Pero si el D. no está en las leyes, sino en los hechos sociales, ya no será tan fácil que un legislador pronuncie tres palabras y queden bibliotecas enteras reducidas a polvo.

LOIS: “...Es natural creer que si el D. ha de ser tenido por una Ciencia debe llevar en sí ciertos contenidos persistentes, capaces de sobreponerse a la voluntad. Esta característica indiscutible de toda Ciencia parece faltar al D. cuando se lo considera de un modo superficial y fue la que motivó el arranque pesimista de Kirchmann... Y es que, aparentemente, cuando un jurista imagina que está en lo cierto sobre una norma, una sola réplica del Legislador convierte en fantasías todas sus especulaciones. Pero... la verdad no coincide con las apariencias. La verdad es que el Legislador no disfruta de la omnipotencia. Aún en el puro terreno legislativo no le es dado actuar a su antojo. Su conducta tiene un larga serie de limitaciones. En el D. hay también muchas cosas que **están ahí** y que **son así**, frente a las cuales nada puede la voluntad del individuo. Si es cierto que muchas prescripciones jurídicas están dominadas por el relativismo, también es verdad que, profundizando, se encuentran instituciones y categorías ligadas a la vida social en forma tan absoluta e indisoluble que no cabe concebir pasarlas por alto. Sobre ellas puede edificarse con todo rigor una Ciencia. La tarea del jurista consistirá, pues, según eso, en descubrir las **leyes extrínsecas**, las relaciones necesarias y absolutas que condicionan inexorablemente todos los ordenamientos positivos. (Estudios, 30-31).

GUASP: Este primer error del planteamiento científico del D. se encuentra en la infinidad, por no decir la totalidad, de las obras jurídicas, que comienzan definiendo el D. como **un conjunto de normas**. De ninguna manera es el D. un conjunto de normas. El D. se expresa en normas, pero no se confunde con ellas: el objeto del conocimiento jurídico no son las normas que expresan una cierta realidad, sino la realidad a la que esas normas pueden referirse...

LOIS: Pasemos revista a las definiciones del D. más acreditadas... Se puede observar que todas ellas coinciden en hacer del D. un ente de razón. Y así viene a suceder que lo verdaderamente definido no es el D. —el objeto de la Ciencia jurídica—, sino la norma o normas que lo componen. No nos esforzaremos en decir ahora cómo el D. es algo más que eso. Cualquiera sabrá comprender que las normas solas no agotan el contenido de la Ciencia jurídica. El D. está parcialmente en, pero no es las normas... (**Contenido esencial**, cit. Arbor, Abril 1949).

GUASP: Si la Ciencia del D. tiene sólo por destino “interpretar” los preceptos de un Código, carece de carácter científico, porque es el Código el que mejor se interpreta a sí mismo y no la actividad del conocedor que, por definición, lo tiene que tomar como materia que le vincule. Pero el D. no puede nunca confundirse con las normas en que se expresa. El D. es una **realidad**; sea cualquiera el significado que se le dé a la norma, jamás podrá el D., y mucho menos la Ciencia que sobre él recae, confundirse con ella...

LOIS: Con el hábito, profundamente arraigado, de concebir el ordenamiento positivo como un sistema de normas abstractas llamadas a presidir la vida social, los juristas no intentan mirar más allá...de los confines huidizos y engañosos de las leyes... Fascinados por el mito de la voluntad de la ley, no han sabido percatarse de que la letra de los preceptos no se confunde con la realidad jurídica; no han comprendido que toda norma, legal, jurisprudencial o consuetudinaria, no es más que la expresión de una creencia de la autoridad que la emite... (Estudios, cit. 54).

El jurista se ha dejado reducir a la esclavitud por el ordenamiento jur. que él mismo ha creado. A fuerza de rendir culto a la Ley, ha llegado a creer que la Ley es todo el D. Ha supuesto, en virtud de un radical error de perspectiva, que el objeto de la Ciencia por él cultivada era la interpretación y aplicación de un sistema de normas... No alcanzó siquiera a vislumbrar que la idolatría legalista traía consigo el aniquilamiento de la verdadera Ciencia jurídica. Un normativismo especioso ha sido, por muchos años, el norte de la Ciencia jurídica y también la sombra del manzanillo que ha impedido su desenvolvimiento... (Estudios, cit. 32-34).

GUASP: No puede ser el D. un conjunto de normas, porque la norma es una simple proposición ideal, que no arrastra, por sí sola, ningún significado de eficacia, ya que se limita a enunciar simples medidas que acaso se traduzcan, acaso no, en consecuencias realmente vivas, tal como tienen que ser las que integran el D. Podría

decirse que las normas jurídicas exigen una eficacia, de modo que el D. sería un conjunto de normas que gozan de una cierta eficacia social...

LOIS: La Ley es una serie de proposiciones inertes, un conjunto de “signos del pensamiento”, cuya existencia y sentido se alcanzan sólo cuando una mente las interpreta. La Ley no puede querer nada; ni, desde luego, es capaz de operar mecánicamente esa “calificación automática” de los hechos en que sueñan la casi totalidad de los juristas... (**Pleito sobre astrolitos**, BU. Santiago; 1951-52, 201 n.).

Produce siempre escándalo entre los juristas el afirmar que las normas, por sí solas, no tienen significación concreta ni eficacia alguna. Casi sin excepciones prevalece entre ellos la impresión de que la norma expresa la última verdad del D... Como la norma es, ante todo, una acumulación-proyectora de sentido, una especie de mensaje cifrado donde se previene el tratamiento de ciertas conductas, el contenido normativo no puede tener realidad alguna fuera de las mentes en que se refleje. No es, por tanto, admisible, sin incidir en el sinsentido, suponer que las normas produzcan por sí mismas cualquier clase de efectos. (**Estudios**, 157-158).

Es un tremendo error creer que la norma es o encierra la experiencia jurídica. Más aún; **la norma, en cuanto tal, no está en la experiencia**. Si la esencia de la normatividad consiste en la **imputación deontológica**, la norma es un juicio hipotético, que, aunque contenga una referencia a lo real, no por eso logra situarse fuera del plano de lo lógico. Es cierto que la norma posee cierta perceptibilidad, en cuanto puede, por ejemplo, ser leída; pero esta característica no la posee como norma, sino como escritura y documento. La norma, como tal, no existe fuera del pensamiento y necesita ser pensada para adquirir un modo de ser... (**Estudios**, 42).

GUASP: La verdadera materia del D., es decir, los hechos que constituyen el comportamiento social de que acaba de hablarse la integran **las relaciones entre hombres** y sólo son estas relaciones las que componen el **entramado substantivo** de la realidad jurídica. La conducta aislada de los hombres no puede concebirse como objeto del D., a no ser que inmediatamente se le ponga en referencia con otra conducta distinta y se conexas una y otra en la síntesis común que la idea de la relación precisamente establece. Como se ha de ver más adelante, el material del D. es típicamente relacional y esto no es un punto de partida de simple comodidad, sino una verdad profunda cuyo desconocimiento impide que el concepto del D. se plantee con verdadero rigor.

LOIS: No sólo es cierto que el D. sirva para la conservación de la Sociedad; también es igualmente verdadero que constituye, como materia integradora, el “entramado” de la vida social... (**Estudios**, 164).

Cada etapa de progreso social se opera sobre la base de una especie de relaciones jurídicas; es decir, relaciones humanas que tienen la particularidad de constituir, por sí mismas, modos de vida social... (Id. 163).

Para la experiencia jurídica, el hecho primordial es el **sociabilidad** o instinto social, que depende, en su subsistencia, de que un conjunto de relaciones interhumanas se desarrollen pacíficamente. (**Contenido**, cit.).

No es factible otra consideración del D. que esta consideración funcional, pues, ¿Siendo lo jurídico “relación”, sólo puede ser enjuiciado en y mediante las vicisitudes de las realidades, que vinculativamente coordina. (Id.).

La norma constituye una estructura relacional que hace inteligible la conducta, una **clave interpretativa** que funde en una unidad de significado una serie de actos humanos de por sí dispersos... (**Estudios**, 97).

Una conducta aislada no es susceptible de ordenación. Y existe aislamiento mientras diversas conductas no se interfieren entre sí. (Id. 99).

GUASP: Conocer es siempre darse cuenta de un cierto objeto; pero **a base de su comparación con otro que**, por sernos conocido, puede proporcionarnos el significado de aquél 'del cual tratamos de darnos cuenta, Conocer, en este sentido ingenuo en que ahora empleamos la expresión, no es, en último término, **más que medir**, confrontar un cierto ente incógnito con una unidad o serie de unidades que nos son sabidas...

Cualquier conocimiento exige el acercamiento del dato a conocer a una referencia con la que efectivamente podamos manejarnos y que exige que se prescinda en el ente a medir de todo aquello que no pueda ser situado en el plano del sistema de unidades que sirve lógicamente para llevar a efecto la medición...

LOIS: El estudio científico de cualquier materia se comienza a partir de un concepto definido mediante algunos postulados. El concepto hace las veces de unidad. Es el elemento comparativo que (mentalmente) se proyecta sobre la realidad para ver cómo está contenido en ella. Para que el conocimiento sea científicamente riguroso es requisito que el concepto-unidad represente algo objetivo. La razón humana es potencia abstractiva de reflexión; se limita a conjugar los datos sensibles, aplicando a lo real lo previamente abstraído. El concepto es, por ende, una representación, un símbolo. Lo que nosotros tratamos de ver es la relación que existe entre la realidad y un «de sus partes... Lo mismo se debe hacer con el D. Antes de nada necesitamos determinar la realidad jurídica como objeto de Ciencia. Para esto hemos de partir de un postulado que sea fácilmente aceptable y que represente algo real. Después ya vendrá la cuestión de su desarrollo lógico y del método para efectuarlo. Pero lo primero es lo primero. Y aquí, antes de nada, debemos saber qué es lo que vamos a “medir” y con qué haya de ser “medido”. (**Contenido**, cit.).

Toda Ciencia estudia relaciones. La evidencia de esta afirmación brota de la misma esencia del conocimiento.

Cuando se encuentra ante una de las regularidades que le preocupan, el jurista está informado, en alguna medida, de los principales mecanismos etiológicos a que hay que imputarla. Conoce ya de antemano la fuerza intimidativa que emana de las normas por su posible coactividad; sabe muchas cosas acerca de la conjura tácita en que han dado los hombres para afianzar esa vida social que les resulta tan indispensable; no ignora tampoco la decisión pertinaz en que cada uno, en defensa de sus particulares intereses, coopera en una obra impersonal de integración política y contribuye de rechazo a que se produzca el Derecho. Mientras el físico se enfrenta con un mundo que le es ajeno como tal, porque en su creación no tiene parte, el jurista, en cambio, se para a reflexionar sobre un aspecto de la naturaleza en que él mismo desempeña un papel importante: su contribución a la creación del Derecho no puede ser pasada por alto. Esta peculiaridad de la Ciencia del Derecho ha sido tal vez la causa que ha paralizado nuestra actividad investigadora y ha conducido al estancamiento secular de nuestra disciplina. El jurista se alucina fácilmente con la creencia de que puede explicar suficientemente las regularidades de conducta que le conciernen con sólo recurrir al mecanismo de *intimidación-compulsión* en que parece consistir el Ordenamiento positivo. Familiarizados desde la infancia con los fenómenos de la aplicación del Derecho, mostramos los juristas una marcada tendencia a contentarnos con la ingenua convicción de que nuestras regularidades de conducta no son más que la adaptación social a un plan predispuesto. Hay realmente una cierta dosis de verdad en esta opinión acrítica. En términos generales, el Ordenamiento positivo es capaz de provocar una uniformización del comportamiento. Existen preceptos jurídicos que inducen a realizar determinados actos imponiéndolos como *obligatorios* o presentándolos como *deseables*. Los imponen como obligatorios cuando conminan con sanciones de cualquier clase toda actuación que los contravenga. Los presentan como deseables cuando mediante su observancia y sólo por ella es posible llegar a obtener una ventaja. Aunque es inútil insistir en que las normas por sí solas serían impotentes para suscitar modos de proceder conformes, como existen aún muchos juristas empeñados en sostener que el Derecho en *un mero agregado normativo* conviene resaltar desde aquí hasta qué punto la eficacia de las prescripciones positivas depende, aún tomadas como representaciones intelectuales, de la organización social y política, que, combinando la fuerza aislada de los individuos, crea un poder irresistible que asegura en muchos casos la operativa

Conocer es conjugar una dualidad, dar sentido unitario a una diversidad real antecedente... Todo conocimiento estriba en una síntesis, operada mediante un nexo relacional. En otras palabras, conocer es relacionar inteligiblemente, percatarse de una relación. (Estudios, 82-83).

Estas afirmaciones paralelas, que podríamos proseguir casi indefinidamente, no se correlacionan con el propósito de consignar una fuente de información, lícitamente utilizable. El destino de las ideas científicas es, precisamente trasmigrar de unas mentes en otras. Ni tampoco se trata de sugerir una prioridad ya evidente, que, por lo demás, está desprovista de toda relevancia. Y máxime, cuando no creo que la asimilación de mis puntos de vista haya tenido en Guasp la más mínima participación consciente. A mí me parece que Guasp expuso su doctrina ajeno por completo a suponer que estaba aceptando las tesis por mí desenvueltas. La lectura de mis trabajos dejó en él todo un cúmulo de reminiscencias inadvertidas, que reencontró después, ya convertidas en ideas propias. Lo que yo lamento es que, al tiempo de redactar su trabajo no haya reexaminado mis libros, pues la Ciencia del Derecho hubiera podido beneficiarse con ello. Todas las tesis que, de momento, eran en Guasp afirmaciones finales, son en mis Estudios premisas. Yo deduzco de ellas consecuencias de cierto interés; pero estoy cierto de que, teniéndolas presentes, Guasp hubiera podido hacer avanzar grandemente la investigación, contribuyendo así a una tarea de tal envergadura que excede las posibilidades de cualquier trabajador aislado. Desde hace una docena de años, vengo preconizando la necesidad de someter el Derecho a una disciplina científica rigurosa y sentando las bases que hacen posible esta empresa. El futuro dirá si no es verdad, como yo sostengo, que la conjura de silencio en torno a mi obra —hija ilegítima de mi situación académica, que debo imputar sin miramientos ni rodeos a Catedráticos incompetentes o malintencionados que han sido mis Jueces— ha causado serio perjuicio a la Ciencia jurídica española, privándola de la oportunidad de constituirse y de influir en el progreso humano. ¡Otro tanto de culpa histórico que se achacará, al advenimiento de la sensatez, a nuestro monstruoso sistema de oposiciones!

virtualidad del Ordenamiento ⁽⁷⁾.

La consecuencia que cabe deducir de todo esto es que los poderes sociales alcanzan, hasta cierto punto, a regular la conducta humana ordenándola en tipos homogéneos. La Sociedad, es, pues, en gran medida, dócil a las disposiciones legales, que aparecen, así, como determinantes de una vasta serie de regularidades de conducta. Pero sería un error imaginar, por eso, que la organización iuspositiva fuera bastante para explicar a satisfacción por sí sola ese fenómeno maravilloso de la adecuación casi unánime de la libertad a una forma de comportamiento preestablecida. Y aún sería más equivocado suponer que todas las normas positivas hubieran de lograr similarmente la producción de las correspondientes regularidades jurídicas. La verdad es —como comprobaremos más tarde— que existen regularidades de conducta de esta última clase que no se explican a virtud de ningún precepto legislativo y que también hay preceptos legislativos que no son capaces de suscitar auténticas regularidades de conducta ⁽⁸⁾.

Si quiere ser un verdadero hombre de Ciencia, el jurista necesita entonces proseguir sus investigaciones, más allá de las apariencias superficiales, hasta aclarar *por qué* ciertas normas dan lugar a comportamientos coincidentes mientras otras que, al menos a primera vista, no difieren esencialmente de aquéllas, permanecen inertes y vacías, como ignoradas deliberadamente por la Sociedad. Y esto aún no es todo. Hay todavía otro problema que no puede menos de atraer hacia sí el interés apasionado del jurista: ¿Por qué, al margen de la actividad legislativa racionalizada, con o sin la fuerza social como acicate, otras regularidades de conducta de la misma índole que las anteriores surgen y se apoderan de la vida social? El estudio de las regularidades de conducta se hace, así, apremiante, insoslayable, una cuestión inicial obligada para acometer cualquier teoría científica sobre el Derecho ⁽⁹⁾.

3. EL CONCEPTO Y DIFERENTES ESPECIES DE REGULARIDADES SOCIALES.

Aunque hasta el momento no nos hubiéramos detenido a explayar nominalmente qué es lo que entendemos por regularidad natural o social, el concepto es tan propicio a la intuición que no se hace temerario esperar que haya sido oportuna y certeramente inducido. Una regularidad natural consiste simplemente en la coincidencia de una serie de hechos substancialmente idénticos. Los vaivenes de las mareas al repetirse, la salida y puesta de sol cada día, la sucesión de las estaciones, y, en general, cualquier fenómeno que acontezca periódicamente constituirá una expresión genuina de regularidad natural bien patente. Las regularidades sociales, por su parte, se darán en cuanto nos enfrentemos con *modos de comportamiento humano genéricamente iguales que se reiteren ya en el espacio o ya en el tiempo*. Las regularidades sociales son innumerables. La manera uniforme de vestir, la agrupación por familias, las conmemoraciones religiosas, la unión de hombre y mujer, la guerra, son otros tantos ejemplos de conducta humana

⁷ Cfr. *Estudios*, cit. 193 ss.

⁸ Ofr. *Introducción*, cit. 259 ss.

⁹ Para una visión paralela de la Ciencia jurídica sobre un concepto de las regularidades de conducta, vid. p.e., HAESAERT: *Théorie Générale du Droit*, 1948, 290 ss., si bien obsérvese la diferencia de fondo a través de 28 ss. Cfr. también GEIGER: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947, 9 ss., 34 ss.

similar que se manifiesta repetida.

En el inmenso mar de posibilidades que las regularidades sociales nos brindan es indispensable una clasificación que nos permita concretar nuestro interés sobre un sector restringido, evitando, así, una inducción irrealizable. La que ha propuesto Timacheff en su *Sociología jurídica* ⁽¹⁰⁾ puede servir perfectamente para nuestro propósito, siempre que la sometamos a nuevas exigencias y requisitos. Para Timacheff, las regularidades sociales son agrupables en tres grandes sectores; a saber: *naturales*, *imitativas* e *impuestas*.

Las regularidades naturales son fácilmente discernibles —dice Timacheff— de las regularidades imitativas e impuestas, ya que estas dos últimas clases poseen la nota común, que falta en aquéllas, de ser *reproducciones de actos originales*. En ambas categorías consideradas hay, pues, como particularidad, un acto privilegiado que destaca entre todos los demás en cuanto que les sirve de inspiración y contribuye a explicarlos; él está frente a ellos en la misma posición ejemplar en que se sitúa el *modelo* ante las *copias*, no en pie de igualdad.

Entre sí, las regularidades imitativas e impuestas pueden distinguirse en que la similaridad de las primeras resulta por libre resolución de los que copian el modelo, y, en cambio, en las segundas, la similaridad de los actos coincidentes se debe a una presión exterior ejercida precisamente con el propósito de producirla. Se quiere de antemano la adaptación a un modelo y los que deban acomodarse a él son constreñidos a copiarlo. Si se da, pues, aquí, una regularidad es porque ha sido buscada de propósito ⁽¹¹⁾.

La finalidad que Timacheff se ha propuesto conseguir a través de su clasificación es ir aislando gradualmente las regularidades jurídicas de las restantes regularidades sociales. Para eso, separa primero las de esos tres tipos a que nos hemos referido antes, y luego, fijando su atención exclusivamente en la categoría de las regularidades impuestas, va deslindando unas de otras hasta dejar aparte el sector de la realidad en donde cree que está ubicado el Derecho.

El proceso de imposición de modelos de conducta —como Timacheff se cuida de advertir— constituye una coordinación social y el resultado de la misma es un orden. Pero no hay una forma única de coordinación social, sino varias. La imposición de modelos puede ser —o no— la expresión de la convicción ética del grupo, y tenemos, así, una *coordinación ética* o una *coordinación no ética* de la conducta; puede, asimismo, ser —o no— el resultado de la acción consciente de centros activos de poder, y tenemos, entonces la *coordinación imperativa* o *centralizada* o la *coordinación descentralizada* o *no imperativa*. Combinando las dos clasificaciones se llega a los cuatro supuestos siguientes: 1º Coordinación no ética y no imperativa; 2º coordinación ética; pero no imperativa; 3º coordinación imperativa; pero no ética; y 4º coordinación ético-imperativa. Ejemplos del primer supuesto parece que no se dan en la experiencia; casos de coordinación ética, no imperativa se encuentran en la moral, y en las costumbres; en el supuesto tercero encaja el orden despótico; y en el cuarto, el Derecho ⁽¹²⁾.

Esta peculiar identificación de lo jurídico —por lo demás, genial en el procedimiento seguido para lograrla— tropieza con una dificultad muy seria, capaz, si no se supera, de invalidarla por completo. Es que parte de la suposición apriorística de que las únicas regularidades jurídicas a

¹⁰ TIMACHEFF: *Introducción a la Sociologie Juridique*, 1939, 8 ss.

¹¹ TIMACHEFF: *TIMACHEFF: Op. cit.* 12 ss.

¹² TIMACHEFF: *TIMACHEFF: Op. cit.* 15 ss.

considerar son las que provoca el Derecho positivo; pero esto sólo es cierto previa la negación (¿por qué razones?) de que tengan carácter de tales las suscitadas por el Derecho consuetudinario o Natural. Es verdad que Timacheff —siempre tan ponderado— se ha preocupado de puntualizar las interdependencias que existen entre las diversas clases de regularidades sociales (¹³); mas este fenómeno de interacción no basta para salvar como regularidades jurídicas las que no son estrictamente ejemplos de coordinación ético-imperativo. Cabe reconocer que existe una coordinación ético-imperativa, y que el Derecho positivo está en este caso, sin que haya que afirmar ya que el Derecho Natural o el Derecho consuetudinario queden al margen de la genuina experiencia jurídica. Lo que ha hecho Timacheff ha sido configurar la experiencia a la luz de un prejuicio positivista, aislando, no la realidad jurídica, a través del conjunto de regularidades esencialmente homogéneas que la componen, sino la realidad jurídico-positiva tan sólo.

Tal vez la deficiencia más grave que aqueja a la clasificación de Timacheff sea debida a su tendencia eminentemente formalista. El sabio jurista ruso ha hecho caso omiso del contenido material de los actos que integran las diversas regularidades de cada uno de sus grupos. El se ha preocupado sólo de sistematizarlas tomando como base la relación entre la conducta y sus motivos y ha descuidado la consideración de la conducta en sí misma. Por eso su intentona estaba *a priori* condenada al fracaso. Su clasificación de todas las *regularidades sociales* ofrece la paradójica sorpresa de prestarse mucho más adecuadamente a establecer una división que con carácter único tenga en cuenta las *regularidades jurídicas*. Mucho mejor que las regularidades sociales son éstas, en efecto, *naturales*, *imitativas* o *impuestas*. He ahí, pues, por qué aceptamos nosotros la clasificación de Timacheff para las regularidades jurídicas, en tanto que la rechazamos en su pretendida generalidad.

Dado el vacío que se produce ante nosotros al recusar, para el conjunto de regularidades sociales, el cuadro sinóptico del gran sociólogo del Derecho, no nos queda otro recurso que reemplazarlo. Pero ¿qué criterios podrán permitirnos efectuar una clasificación que no se resienta de prejuicios?

Supongamos escindidas las regularidades sociales en tres grandes grupos. Sin perder, por el momento, nuestra neutralidad examinando las características que los distinguen, vamos simplemente a atribuirles una denominación que nos sirva para diferenciarlos. Hablaremos, así, de regularidades *autóctonas*, *concurrentes* y *compatibilizadas*. Nos resta ver ahora en gracia de qué rasgos distintivos hemos diseñado la clasificación.

Entenderemos por *regularidades autóctonas* todas aquellas que están compuestas por actos a los que se puede atribuir un sentido plenario aunque se consideren insularmente desligados de cualesquiera otros. Cada acto, dentro del grupo, es inteligible por sí mismo y no recibe una significación especial por el hecho de formar conjunto con otros actos similares. En otras palabras: la existencia de la regularidad no añade ni un adarme de sentido a los actos aislados que la forman.

Frente a este sector de regularidades, las regularidades *concurrentes* resultan integradas por comportamientos que individualmente carecen de un sentido particular. Por eso, en este tipo de regularidades lo que importa no es la conducta en sí, como entidad independiente, sino que sólo interesa el conjunto de comportamientos coincidentes, el hecho estadístico determinante de la regularidad. Hasta tal punto es decisiva aquí la consideración serial de los actos, que, si la excluyéramos; esto es, si faltase o desapareciese la regularidad como tal, el acto aislado se vería

¹³*Op. cit.* 12 ss.

desprovisto de significación específica y perdería su razón de pertenencia a este grupo para quedar subsumido automáticamente en el anterior.

Por último, las **regularidades compatibilizadas** consisten en actos recíprocamente aliorrelativos, cuyo significado depende de su interacción. Considerados **uno a uno**, los varios comportamientos que dan origen a la regularidad serían incomprensibles. En cambio, tienen sentido de **algunos en algunos**, si van debidamente emparejados, en correspondencia bi o pluriunívoca, cada uno con sus correlativos antisimétricos.

Para precisar mejor, y acaso más claramente, el factor diferencial propio de cada grupo de regularidades conviene puntualizar aún lo siguiente: Las regularidades autóctonas existen por virtud de la repetición de actos que tienen sentido por sí solos. Cuando las enjuicamos, tomamos **cada acto por separado** y nos las entendemos con él perfectamente sin referirnos para nada a los restantes. Las regularidades concurrentes, por el contrario, no interesan por los actos, que en sí nada dicen, sino como expresión de modos, precisamente por darse la regularidad. Todos los actos son **iguales dentro del grupo**, uno aislado no es más que un **ejemplo** a través del que se manifiesta la regularidad. Las regularidades compatibilizadas, en un terreno intermediario entre las anteriores, no se constituyen ni por actos entre sí análogos uno a uno, ni por actos que por separado tengan sentido pleno y puedan enjuiciarse sin ninguna referencia a los demás. Las regularidades compatibilizadas más que por actos están integradas por relaciones-entre-actos; esto es, por **subgrupos de actos reiterados que tienen un sentido especial en función de su interdependencia**. Comparados, pues, uno a uno, los actos individuales del grupo total, difieren.

La clasificación de las regularidades sociales que acabamos de dejar trazada tiene hasta ahora un valor puramente abstracto tan sólo. Sería inútil, por consiguiente, si no se demostrara enseguida su correlación cabal con la experiencia. Debemos preguntarnos entonces si existe esta correlación.

La respuesta es afirmativa. Los actos humanos, que, constituyendo regularidades, conservan, sin embargo, plena significación por sí mismos son únicamente aquéllos por los que se interesa la Moral, Ciencia que enjuicia la conducta humana en relación exclusiva con el **principio de adecuación a su finalidad última**. Las regularidades concurrentes, por su parte, son la expresión de las costumbres, de los usos, del decoro social; o sea, de los **modos de comportamiento colectivo** Frente a unas y otras, las regularidades compatibilizadas corresponden al Derecho en su viviente realidad; son la materialización de la **experiencia jurídica**. Y están formadas por **comportamientos humanos aliorrelativamente compatibilizados a otros comportamientos** ⁽¹⁴⁾.

Es ahora, recién efectuada y explicada nuestra clasificación, cuando la del gran Timacheff adquiere todo su valor y resulta inequívoca. Las regularidades naturales, imitativas e impuestas de su esquema clasificatorio son ya, por su orden, capaces de representar adecuadamente al Derecho Natural, al Derecho Consuetudinario y al Derecho positivo.

4. NORMAS Y REGULARIDADES JURÍDICAS

Una tradición ininterrumpida, por más que implique hoy un anacronismo, hace que los juristas

¹⁴ Cf.: *Estudios*, cit. 245 ss. *Grandes problemas*, cit. 221 ss.

aborden el concepto de *norma* en contraposición al concepto de ley *física* o *natural*. Desde este punto de vista, la ley sería, así, la expresión de lo apodíctico, de lo que tiene que ser, en tanto que la norma representaría una posibilidad contingente ofrecida como un valor a la libertad.

A tenor de lo expuesto anteriormente, esta concepción es ya insostenible. Las leyes físicas no se tienen ahora por *relaciones causales absolutas*, sino que se las considera como *predicciones de hechos en función de su gran probabilidad*. Y, en el otro polo, las normas jurídicas no son tampoco meros imperativos que persigan la adhesión de la libertad, sino que, al igual que las leyes físicas, son asertos probabilísticos, susceptibles de resultar verdaderos o falsos.

Hemos de ver en lo sucesivo cuál es el concepto de *norma jurídica* que impone la experiencia en una consulta neutral; por el momento, conviene a nuestros propósitos percatarse de las dificultades con que se debate vanamente la doctrina tradicional, a fin de estar en condiciones de superarla. Vamos, pues, como primer requisito, a exponerla sin comentarios.

El criterio dominante respecto a la delimitación de las normas jurídicas puede condensarse en una fórmula muy simple: la norma es la *expresión de un mandato*: una fuerza social hegemónica la da a conocer y exige coactivamente su cumplimiento a los miembros de una Comunidad.

Sean cualesquiera las variantes de esta fórmula definatoria ⁽¹⁵⁾, que obedecen al diverso ideario iusfilosófico, en la afirmación substancial la coincidencia es plena: la norma se presenta como un imperativo, como una orden. Nuestro gran civilista F. de Castro la define, por ejemplo, así: «Es el mandato jurídico con eficacia social organizadora» ⁽¹⁶⁾. Y Castán, como: «La regla que rige la conducta de los hombres en sus mutuas relaciones sociales, y cuya observancia garantiza el Estado mediante oportunas sanciones» ⁽¹⁷⁾. Aunque el verbo «regir» pudiera enmascarar aquí la previa intimación a la obediencia, es evidente que Castán lo utiliza en su acepción de «dirigir conminatoriamente», puesto que, al estudiar la *estructura y contenido de la norma*, resalta ante todo su imperatividad, su carácter preceptivo ⁽¹⁸⁾.

¿Cómo surgió la teoría imperativista de la norma? Igual que otro tipo cualquiera de *realismo ingenuo* tuvo su origen en una interpretación de los hechos que se contentaba con las apariencias. En lugar de un examen que se adentrase a fondo en la esencia de la normatividad, los juristas se limitaron a consignar las informaciones que les suministraba la gramática. La oración gramatical enunciativa era definida tradicionalmente como la *expresión de un juicio*. La lógica aseveraba, por su parte, que el juicio era una operación intelectual; pero puntualizaba que las proposiciones de carácter predominante afectivo no constituían, en rigor, *juicios*, sino *voliciones conscientes*. Con estas dos premisas y la forma gramatical de que se rodeaban habitualmente las normas, el jurista no necesitó más para montar, muy poseído de su consistencia, una simplicísima y plausible construcción. ¡Hasta el modo verbal adoptado estaba indicando sin equívocos que la norma, que no era concebible como juicio, tenía que ser configurada como un mandato! ¡La norma era una orden de la Autoridad a los súbditos, idéntica a la que un padre puede intimar a los hijos!

¹⁵ Vid. sobre este problema y la esencia de la normatividad en general: GARILLI; *Appunti su alcuni problemi della norma giuridica*, 1959, aquí especialmente 3 ss. 14 ss.

¹⁶ CASTRO: *Derecho civil de España. Parte General. 1*, 1949, 46.

¹⁷ CASTÁN: *Derecho civil español común y foral, 1*, 1955, 256.

¹⁸ CASTÁN: *Op. cit.* 258.

Por mucho tiempo se mantuvo incólume esta concepción, que se juzgaba enteramente satisfactoria. Pero al cabo comenzaron a hacerse visibles las dificultades con que se tropezaba al intentar acomodarla a la experiencia. Y pronto una crítica meticulosa y reiterada, minando los cimientos de la teoría⁽¹⁹⁾, vino determinando su paulatina decadencia. Es verdad que todavía hoy encuentra partidarios en ambientes rígidamente conservadores⁽²⁰⁾, mas su infecundidad e irrelevancia son tan manifiestas que no puede tardar el día en que se la abandone para siempre.

¿Qué argumentos irrecusables cabe esgrimir contra la hipótesis de la norma como mandato? Aunque no todos los que se han aducido persuadan, son numerosos los que poseen auténtica fuerza de convicción. Veamos algunos harto evidentes.

a) Hay que advertir, en primer lugar, que la teoría imperativista se ofrece fácilmente al análisis como desprovista de fundamentos lógicos. Para poder afirmar sin falacia que la norma es un imperativo se precisa conocer de antemano el esquema abstracto universal al que toda norma resulte siempre reconducible. Ahora bien, como para lograr dicho esquema es menester saber ya inequívocamente cual es la esencia de lo normativo, se deduce que sólo cabe proclamar la imperatividad cuando, por haber supuesto que la norma tiene este carácter, **se le haya dado previamente toda la apariencia externa de un mandato cualquiera**. Estamos aquí ante un burdo fracaso de un empirismo antimetafísico. Imaginando que podrían obtener por inducción la esencia de la normatividad, los juristas procedieron a examinar empíricamente un cierto número de preceptos jurídicos. Y como tales preceptos se habían revestido **per accidens** con los distintivos ligüísticos de las órdenes, se confabuló ya sin precauciones que **todos ellos** podrían ser definidos por esta nota. Lo malo fue que **ni era completa la inducción**, ni, aunque lo hubiera sido, bastaría para extraer esa consecuencia. No era completa la inducción, porque existen abundantes normas que, aún siéndolo de veras, no admiten la forma de mandatos. Tales son, en primer lugar, las **normas procesales**, que indican sólo el modo de conseguir una finalidad⁽²¹⁾, las **permisivas**⁽²²⁾, las **discrecionales**, dirigidas al Juez o a funcionarios administrativos; las **constitutivas de títulos** (o **equivalentes jurídicos**) y **probatorias**⁽²³⁾, sobre todo las que aceptan el sistema de libre convicción⁽²⁴⁾; **las que** meramente brinden **posibilidades** de opción en un concurso que se resolverá en conciencia, etc.

De todas suertes, no hay que insistir demasiado sobre la manifiesta deficiencia de este proceso inductivo. Aunque la inducción se presentase como irreprochable la conclusión tendría que ser

¹⁹ Para otras críticas a la teoría imperativista vid. KELSEN: *Teoría General del Estado*; (LEGAZ), 1934, 70 ss.; HAESAERT: *Op. cit.* 397 ss.; GEIGER: *Op. cit.* 29 ss. AFTALIÓN-GARCÍA OLANO-VILANOVA: *Introducción al Derecho*, 1, 1959, 113 ss. La crítica de estos autores es de una claridad excepcional y muy persuasiva, aunque abunden en argumentos ya enunciados. Para otras posiciones y un intento de rehabilitación de la teoría, vid. GARILLI: *Op. cit.* 26 ss., 83 ss.

²⁰ Entre nosotros, por ejemplo, casi todos los tratadistas defienden esta posición, aún los más abiertos. Cf. por todos: LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, 1951, 210 ss.

²¹ Vid.: *Grandes problemas del Derecho Procesal*, cit. 16 ss. GOLDSCHMIDT: *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, 268 ss. *Teoría General del Proceso*, 1936, 64 ss.

²² Vid. HAESAERT: *Op. cit.* 400.

²³ LOIS: *Proceso y Forma*, 1947, III.; *Estudios*, cit. 45 ss. 95 ss. 157 ss. 215 ss.; *Introducción*, cit. 84 ss., 157 ss., 257 ss.

²⁴ Cfr. COUTURE: *Estudios de Derecho Procesal civil*, 1949, II, 214 ss.

idéntica. Para saber qué normas habrían de ser sometidas a examen sería necesario conocer anticipadamente las propiedades esenciales que definen las normas jurídicas, pues en otro caso no nos encontraríamos jamás en condiciones de decidir cuándo nos enfrentábamos, o no, con una de ellas. Esto quiere decir que la noción de norma no es asequible por un procedimiento inductivo; hay que derivarla por deducción de la definición del Derecho.

b) Con independencia de esta argumentación fundada en la lógica, cabe presentar también una refutación en regla de índole más jurídica. Todo mandato es un intento de imposición de alguien sobre alguien. ¿Quién manda y a quién se manda aquí? Una primera respuesta sugeriría que la orden emana del Legislador y que va dirigida a los súbditos. Pero los inconvenientes que suscita este modo de ver salen a relucir enseguida. ¡Nadie puede mandar después de muerto! ¡Y la paradoja es que nosotros estamos obedeciendo, en esta hipótesis, más a los muertos que a los vivos! Además, si es el Legislador el que manda, ¿cómo explicar que sea un tercero —el Juez— el que fije en caso de duda el alcance de lo preceptuado? ¿Si la orden ha sido mía, voy a dejarla entregada definitivamente en su cumplimiento a otro que no sea yo? ¿No me desautorizaría por completo de obrar así? ¿No habría resignado mi mando en otras manos? Esto aparte, y abundando en la argumentación, ¿puede alguien darse órdenes a sí mismo? Pues es el caso peregrino que el Derecho, en su mayor parte, tanto en su sector público como en el privado, comprende lo mismo a los Legisladores como a los demás, Por si esto fuera poco, el Legislador es, a menudo, toda una Asamblea, sometida a un procedimiento para deliberar y votar que la vincula desde el exterior y sin poder efectivo alguno para respaldar sus acuerdos. Su voluntad no es más que una metáfora; se trata, en el fondo, de una convergencia ocasional de decisiones cuya fuerza no está en razón de la energía totalizada, sino en su *forma*. (Acaso sean los más débiles, los incapaces de mandar, los que dominen). Incluso detentando la potestad legislativa un Dictador que haya asumido todos los Poderes, se vería incapacitado en un Estado moderno para legislar por sí mismo. La mayor parte de las prescripciones jurídicas le son, pues, ajenas y las promulga sin haberlas siquiera conocido. ¿Cómo hablar entonces de *mandatos*?

Si para remediar las aporías que entraña la idea de las normas como órdenes del Legislador la reemplazamos por la de las normas como imperativos de la voluntad estatal, no adelantamos nada. Porque, una de dos: O el Estado es una especie de Sociedad, y en ese caso estamos ante el supuesto sin sentido de mandatos que se defieren a sí propio; o el Estado es, como quiere el formalismo kelseniano, un simple agregado normativo, y entonces voluntad estatal y voluntad de la ley son todo uno, con la consiguiente imposibilidad de un mandato salvo en sentido metonimia.

Tampoco desde el punto de vista de los destinatarios la teoría imperativista sale bien parada. Si se entiende que el precepto legal va dirigido a los súbditos, la paradoja asoma pronto, irónica, a la superficie: la *notificación* es un requisito *sine qua non* del mandato; pero las disposiciones positivas jamás son notificadas personalmente a los súbditos. La presunción de que todo el mundo conoce el Derecho es una ficción sin soporte, que prueba a las claras la imposibilidad de concebir sin incongruencia las normas como imperativos. En un país medianamente grande cabe suponer vigentes, sin incurrir en exageración, varios cientos de miles de proposiciones jurídicas. Toda una vida consagrada al estudio del Ordenamiento jurídico es insuficiente para hacerse cargo de ese inmenso conglomerado de preceptos, ¿cómo, entonces, imaginar que el súbdito sea su destinatario y que como órdenes los reciba? Es flagrante la inconsistencia de la tesis: *un mandato no mandado* es una contradicción en los términos.

Si se piensa, como contrapartida, que los destinatarios de las normas son el Juez y los funcionarios públicos, aunque menos apremiantes las dificultades, el resultado viene a ser el

mismo. En ese caso, se dará la extraña situación de que un hombre solo, o ya un grupo minúsculo, carentes las más de las veces de poder coactivo directo, son capaces, no obstante, de forzar a la obediencia a cuantos de hecho monopolizan la potestad de coerción. Queda, ciertamente, la posibilidad de decir con Carlyle que estamos ante un milagro de la fe ⁽²⁵⁾, pero eso equivale a tener que abstraerse al razonamiento científico. Por lo demás, si la ley es un orden para el funcionario, no se explica que en algunas hipótesis esté su incumplimiento exento en absoluto de sanción ⁽²⁶⁾.

c) Entre las muchas inconsecuencias que arrastra consigo la teoría imperativista del Derecho una de las más singulares es el poco caso que le hacen en la práctica sus propios partidarios. Admira ver cómo, después de haberla defendido calurosamente en el terreno especulativo, se desentienden de ella tan pronto como les llega la ocasión de aplicarla.

En efecto; si la Ley es un orden, la teoría jurídica de la interpretación no puede inspirarse en otro criterio que el ya superado de la *mens legislatoris* ⁽²⁷⁾; puesto que la investigación de la llamada *mens legis* supone, en la práctica, la negación más radical de la imperatividad del Derecho. Si es que existe un mandato en la Ley, interpretarla consistirá en averiguar qué es lo que se ha mandado en ella, lo cual equivale a sumergirse en consideraciones psicológicas obscurísimas acerca de la intención originaria del Legislador. Ahora bien, aun prescindiendo de las dificultades que acarrea el diagnóstico de una intención, lo peor para la teoría subjetivista de la exégesis está en que conduce a un inadmisibles anquilosamiento del sistema positivo. La equidad y la Justicia no serían más que huera palabras si la realización de los designios jurídicos quedara a merced de los atisbos, más o menos certeros; pero siempre deficitarios, que pueda haber tenido un Legislador. La Sociedad no puede entregarse a nadie tan a ciegas como para despojarse de toda posibilidad de progreso. Si la intención del Legislador es una y la misma y se fija en un mandato concreto, tiene que resultar inadaptable a los cambios ininterrumpidos de la vida social. Concebir el Ordenamiento como un conjunto de imperativos, que han de constar de antemano con claridad, para que puedan ser obligatorios, conduce a negar toda actualidad al Derecho ⁽²⁸⁾.

La conclusión es que si afirmando sin restricciones la imperatividad del Ordenamiento jurídico se nos hace imposible ser consecuentes hasta el fin, ya que tenemos que falsear la teoría para llevar a cabo la interpretación de los textos legales, no queda otro recurso que repudiar la premisa que conduce a desarrollos inadmisibles. Lo contrario sería olvidarse del principio de contradicción y colocarse en la órbita del pensamiento prelógico.

d) El argumento más sólido que cabe esgrimir contra la teoría imperativista de la normatividad es, sin embargo, otro. Su irresistible fuerza de convicción salta a las mentes en cuanto se llega a comprender la hipótesis que subyace como subsuelo al concepto tradicional de norma. En rigor, la teoría normativista ha podido ser formulada gracias a una inconsciente desintegración

²⁵ CARLYLE: *Historia de la Revolución Francesa* (Gil), 1946, 343 ss.

²⁶ VINOGRADOFF: *Common Sense in Law*, ed. espñ. (HERRERO), 1952, 27 ss.

²⁷ LOIS: *Introducción*, cit. 391 ss. Cfr. también CASTÁN: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, 1947, ss. BETTI: *Interpretazione della Legge e degli atti giuridici*, 1949, 163 ss. RECASENS: *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 1956, 202 ss.

²⁸ LOIS: *Introducción*, cit. 278 ss. Vid. también, POUND: *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1954, 9 ss. RECASENS: *Op. cit.* 281 ss.

del Derecho en una suma de preceptos particulares. Los juristas que la propugnan presumen, con más o menos advertencia, que el Ordenamiento positivo no es otra cosa que un simple producto o resultado de la conjunción de una serie de normas independientes. Las normas son, así, las unidades irreductibles, la materia prima estructural de que deriva el Derecho. En el fondo, para ellos no hay más que normas; el Derecho no pasa de una abstracción, como el Universo respecto a los objetos que lo integran.

Es muy fácil probar que esta concepción es completamente infundada. Bastaría con demostrar que el Derecho es algo más que un agregado normativo ⁽²⁹⁾ para que hubiera ya que reputarla inadmisibile. Y no parece temerario afirmar hoy que el derecho trasciende con mucho la órbita de la pura normatividad ^(29bis). Con normas solas ni el jurista más fanático podría jamás representarse un orden social efectivo. Ni en sueños.

Pero aun dando de lado esta realidad extraorñativa del Derecho, la consecuencia sería la misma. A cualquier intento de regular mediante leyes la vida humana en Sociedad tiene que preceder ya un orden preciso de la conducta aliorrelativa, al que no cabe negar el rango de *jurídico*. Es un hecho bien acreditado por las investigaciones sociológicas sobre los primitivos actuales ⁽³⁰⁾ que *el Derecho se vive antes de que se acierte a condensar en preceptos*. Por tanto, no cabe desconocer, sin volver la espalda a la experiencia, que las normas no son el hecho primario del Derecho. Son, a lo sumo, *una tentativa de reducir a proposiciones una realidad operante y antecedente*.

La consecuencia es obvia: Una realidad, sea cualquiera, no se puede describir mediante imperativos. Si las normas tienen, ante todo, que recoger una experiencia preexistente, dotando a ciertos *hechos de protección*; es decir, transformandolos en *títulos* ⁽³¹⁾, es evidente que su estructuración en forma de mandatos es un camino inidóneo para lograr esta finalidad. Y no vale decir en descargo que el Derecho *es una teoría sobre la práctica, sobre el modo de hacer*, y que la regulación de la conducta sólo es asequible *mandando*; porque es bien patente que antes de las normas ya se ha producido una *ordenación jurídica sin mandato alguno de nadie*.

Por eso, si concebimos el Derecho como un todo orgánico, primero vivido en la experiencia social y después, por razones de seguridad, traducido a normas, no puede dudarse que éstas son sólo un resultado de «analizar» artificialmente lo jurídico en demanda de sus elementos últimos;

²⁹ Sobre este extremo, mi *Introducción* cit. 78 ss. CASTRO: *Derecho Civil*, cit. 29 ss. LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, cit. 199 ss.

^{29bis} Más radicalmente que nadie insiste hoy en esto CARLOS COSSIO: *Teoría de la Verdad jurídica*, 1954, 21 ss.

³⁰ Cfr. MURDOCKS *Nuestros contemporáneos primitivos* (ORTIZ), 1956, 19, 49 ss., 62 ss., 85 ss., 100 ss., 125 ss., 145 ss., 174 ss., 203 ss., 225 ss., 232 ss., 244 ss., 268 ss., 298 ss., 328 ss., 363 ss., 386 ss., 412 ss., 445 ss. Sería de sumo interés un estudio sobre las relaciones entre las diversas formas de vida y el Derecho. Las lecturas —más bien escasas— que he podido hacer sobre el tema me permiten sentar una conjetura inicial que merecería comprobarse: la de que el Derecho depende, muy estrechamente, de la agricultura. En términos más generales, ya Carl Schmitt ha puntualizado genialmente la íntima relación funcional establecida entre la tierra y el Derecho (*El nomos de la tierra* (LOIS), 1952, I, 3 ss.); pero esta intuición básica debería ser sometida a comprobaciones y desarrollos más amplios. Me permito sugerir esta doble e interesantísima investigación a cualquier joven historiador con “arranques”... Para otras obras sobre el tema general aquí tratado, y aparte de la abundante bibliografía mencionada por MURDOCK, vid.: MALINOWSKI: *Crímen y costumbre en la sociedad salvaje* (ALIER), 1956; LOWIE: *And Introduction to Cultural Anthropology*, 1949. Cfr. también, en su curiosa arquitectura de raíces ideológicas diversas, LINTON: *Estudio del Hombre* (RUBÍN), especialmente 102 ss., 140 ss.

³¹ Vid. mi *Introducción*, cit. 321 ss.

pero no las unidades irreductibles de que se compone el universo del Derecho. Resalta, pues, así, el carácter hipotético de la concepción imperativista tradicional, que aparece ahora condicionada por la forma accidental que han adoptado históricamente las disposiciones jurídicas. Como veremos enseguida, la estructura esquemática de una norma cualquiera *con sentido completo* se separa en absoluto de la sinopsis habitual. Para que una proposición normativa tenga auténticamente *sentido*; es decir, se presente como susceptible de ser *verdadera* o *falsa*, tiene que establecer un *orden de prelación de títulos en función de la paz social* ⁽³²⁾. No es menester insistir en que esta exteriorización esencial de lo normativo es hermética a la noción de mandato. No se manda nada cuando se afirma una mera *probabilidad* ⁽³³⁾.

Otro modo de aseverar la precipitada inducción que se ha hecho al sostener la teoría imperativista, con su desgarramiento del sistema positivo en fragmentos artificiales, consiste en poner al descubierto su sofística identificación de *norma y ley*. Aunque se llegara a tener que reconocer que todas las leyes consignan imperativos (cosa que está bien lejos de ocurrir), eso no sería bastante para sostener, en general, la teoría imperativista de las normas ⁽³⁴⁾. Normas hay también en el Derecho consuetudinario, y ni la imaginación más calenturienta vislumbra imperativos en ellas ⁽³⁵⁾. Normas hay también en el Derecho judicial, cuando el Derecho es hecho por los Jueces; pero las sentencias, en su cosa *juzgada abstracta* (Jurisprudencia) ⁽³⁶⁾ no son en ningún modo mandatos, sino *anticipaciones de la conducta probable* de un Tribunal ante un cierto tipo de casos. ¿Qué queda entonces de la supuesta imperatividad?

e) Amén de todo esto, cabe todavía desbaratar la concepción imperativa con una razón de índole muy diferente. Podemos argüir con Laplace, y esta vez sin falacia, que «no tenemos necesidad de tal hipótesis». Cabe explicar satisfactoriamente todos los fenómenos jurídicos sin recurrir en ningún momento a la noción de mandato. Y si esto es así, como pronto iremos comprobando, siempre nos quedará contra la teoría que combatimos el supremo argumento de extirparla de raíz por aplicación de la navaja de Ockham.

Frente a la teoría imperativista tradicional, que tiene el grave inconveniente de impedir una

³² *Estudios*, cit. 107 ss.; *Introducción*, cit. 158 ss.

³³ *Sobre la necesidad de considerar impersonalmente las normas, forzando, por consiguiente, a resaltar su carácter probabilístico*, vid. *LOIS: Introducción*, cit. 391 ss. 230 ss., 253 ss.

³⁴ *La teoría imperativista del Derecho está avalada por una tradición milenaria. Ya en Dig. 1, 3, 7 se puede leer: "Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire". Pero no por estas "evidencias de sentido común" son más sólidos sus fundamentos. Por de pronto, la teoría sólo se compagina con un tipo muy concreto y reciente de Ordenamiento jurídico. Vale para un sistema positivo íntegramente construido a base de leyes; no para un Derecho consuetudinario o judicial. Por si esto fuera poco, todos los que creemos y confiamos en el advenimiento inminente de una legislación impersonal, tenemos que recusar una doctrina que resulta totalmente incompatible con tales ideas. Si las proposiciones jurídicas deben ser un producto de la investigación científica y han de enunciar el tratamiento de la conducta más idóneo para la paz, tienen que contener juicios enunciativos, susceptibles de verdad o de falsedad, nunca simples mandatos.*

³⁵ *Las costumbres son, en efecto, meros comportamientos uniformes y sería absurdo concebirlas como imperativos. Precisamente uno de los rasgos más característicos e interesantes del Derecho consuetudinario estriba en la forma impersonal, casi mística, en que se produce el doble fenómeno de su fuerza constrictiva y la convicción subjetiva de su obligatoriedad. (Vid. infra, pág. 130 ss.).*

³⁶ *Introducción*, cit. 310 ss.

verdadera Ciencia jurídica, por cuenta de su incurable *voluntarismo* ⁽³⁷⁾, se alzó pronto otra concepción más científica que veía en la norma la expresión de un *juicio hipotético* simplemente ⁽³⁸⁾. Este punto de vista alcanzó el sumo rigor con las investigaciones de Kelsen. Más aún. Es de justicia confesar que el planteamiento kelseniano, pese a todas las deficiencias que pueda entrañar, constituye el primer contacto científico trabado con las normas jurídicas. Kelsen, siempre lógico, no obtiene su concepto de norma mediante un proceso inductivo, sino que aspira a formarlo por deducción de su concepto de Derecho. Si el derecho es un orden coactivo —arguye— cada norma jurídica tendrá que regular el ejercicio de la coacción. Por eso pertenecerá a la esencia de las normas jurídicas enlazar a un *supuesto de hecho o condición un acto coactivo o consecuencia jurídica*. Entre estos dos *elementos indeficientes de toda proposición jurídica está instalado como cópula el verbo deber* ser, no el verbo *ser*, lo que significa que en la norma no se da una relación *causa-efecto*, como es lo propio de la ley natural, sino una relación de *imputación*, en cuanto que a una conducta como hecho-condición es imputada o puesta en correspondencia, jurídicamente apodíctica ⁽³⁹⁾, otra conducta como consecuencia coactiva.

Esquemáticamente, la proposición jurídica puede ser reducida, tal como se la formula en los cuerpos legales, a la siguiente expresión: «Dada la conducta *X* como supuesto de hecho, *debe ser* la conducta *Y* como consecuencia jurídica», o, más en síntesis: «Dado *Sh*, debe ser *Y*». Claro es que esta fórmula accidental, que Kelsen denomina *norma primaria*, encubre, como trasfondo, la *norma secundaria*, que es la que los súbditos leen realmente tras aquélla. En efecto; indicar que toda una serie de conductas lleva emparejada sanción, equivale a preceptuar que se realicen los comportamientos no sancionados; de modo que más allá de la norma primaria, que prescribe más bien lo que no se debe hacer, está la norma secundaria, que señala, indirectamente, cómo se debe uno comportar.

Ahora bien, Kelsen subraya con insistencia que ni la norma primaria ni la secundaria constituyen imperativos sino que expresan la conexión entre hecho condicionante y consecuencia jurídica. «Imperativa —dice es la expresión inmediata de una voluntad dirigida a provocar una conducta determinada en otro; pero no la expresión de un enlace legal, de una legalidad cualquiera y su correlativo conocimiento. El Derecho como objeto del conocimiento jurídico —y sólo bajo este aspecto cabe hablar de legalidad jurídica— es un sistema de juicios, no de imperativos; éstos pueden formar parte del material del Derecho constituido como tal en el conocimiento jurídico; los hechos, en cuanto tales, bien pueden consistir en imperativos. Pero el Derecho, como ley jurídica, es la proposición jurídica, es un juicio hipotético» ⁽⁴⁰⁾. Lo que Kelsen pretende sugerir, tal vez, es que la norma primaria es puramente *monitiva*: advierte el riesgo que amaga a determinadas conductas y de esta suerte provoca una reacción tendente a evitarlas. Hay, así, una pura insinuación en la Ley; el imperativo no existe.

Es verdad que la primitiva teoría Kelseniana ha experimentado recientemente un correctivo; pero conviene tener presente que fue aquella teoría y no ésta la que desencadenó las investigaciones

³⁷ *Introducción*, cit. 265 ss.

³⁸ *KELSEN: Teoría General del Estado*, cit. 61 ss., 70 ss. *Kelsen: La teoría Pura del Derecho (TEJERINA)*, 1941, 29 ss., 52 ss.

³⁹ *KELSEN: Teoría General*, cit. 63 &s., 80 ss. *KELSEN: La teoría pura*, cit. 46 ss., 66 ss. 76 ss.

⁴⁰ *KELSEN: Teoría General*, cit. 70.

más importantes sobre la esencia de la normatividad. Ahora, Kelsen distingue entre *normas* y *reglas jurídicas*. Estas últimas constituyen proposiciones formuladas por los teóricos del Derecho para hacerse cargo científicamente de su objeto. Aquéllas, en cambio, son creadas en el curso del proceso jurídico por personas provistas de autoridad: son auténticos imperativos. Es a las segundas a las que Kelsen dice haberse referido antes cuando afirmaba que consistían en juicios hipotéticos y no en mandatos ⁽⁴¹⁾. Pero entonces ¿a qué refutar la teoría imperativista?

Ha sido Cossio quien ha devuelto su vigor a la teoría kelseniana sobre las normas, oportunamente completada y rectificadas. Ahora bien, Cossio abandona la calificación de las normas como juicios hipotéticos y las concibe como *juicios disyuntivos*. Llamando *endonorma* a la norma secundaria y *perinorma* a la norma primaria, Cossio sostiene que endonorma y perinorma no son cosas separables y distintas sino aspectos inescindibles de la misma unidad significativa, según muestra nítidamente la conjunción «o» que en el esquema estructural las une ⁽⁴²⁾

Así enfocada la norma, la sinopsis que la representa difiere de la kelseniana. Para Kelsen, la norma secundaria tiene carácter marcadamente artificial; no es *dato* sino construcción. Para Cossio, por el contrario, la norma es una totalidad cuya desarticulación por el Legislador es accesoria. Cuando el jurista la considere debe reintegrarla a su unidad ontológica, que viene expresada en la fórmula: «Dada una cierta situación de convivencia y libertad, debe ser no cometer el acto *X*; o, dado el acto *X*, debe ser la sanción *Z*». O, más sucintamente: «Dado *A* debe ser *P* (prestación), o dado no *P*, debe ser *Z*» ⁽⁴³⁾.

¿Qué enjuiciamiento crítico merecen estas recientes teorías sobre la norma jurídica? Lo primero que es necesario discutir es si, en efecto, en toda norma jurídica aparece irremediamente el verbo deber ser en lugar del verbo copulativo habitual. La verdad es que no sucede tal cosa. Hay una gran muchedumbre de normas que no encajan en el esquema kelseniano o egológico sin hacerles fuerte violencia. Tales son todas las normas procesales y todas las de carácter instrumental, para citar sólo algunas. Tras esta clase de normas no existe —como es sabido ya desde Goldschmidt ⁽⁴⁴⁾— imposición de deber, puesto que se limitan a consignar el modo de obtener fines determinados. «Para ser *X* —reza estos preceptos—, han de ser *A, B, C..., N*»; es decir, «si se quiere conseguir la finalidad *X*, ha de haberse realizado la conducta *Y*, ajustándola precisamente a las formalidades *A, B, C, ... N*». Aquí no aparece para nada el verbo *deber ser* como verbo copulativo, puesto que la característica esencial de la imputación deontológica estriba en vincular *a-posteriori* a una dada conducta antecedente otra conducta dada; pero en *futuro*, el deber es algo que subsigue con necesidad ética o jurídica. Y en cambio en el tipo de normas que estamos analizando la *conducta-medio se toma ya en pretérito y a-priori*, mientras que la conducta fin, se toma, en contrapartida, en futuro. Como es obvio, no cabe conceptuar como deber una conducta que se toma como supuesto, como antecedente, como algo ya

⁴¹ KELSEN: *General Theory of Law*, 1945, 45 ss. KELSEN-COSSIO: *Problemas escogidos de la Teoría pura del Derecho*, 1952, 44 ss.

⁴² dfr. COSSIO: *La Lógica jurídica formal en la Concepción egológica, en la Ley*, 20 de Marzo de 1959, esp. pág. 2. Vid. También COSSIO: *Ciencia del Derecho y Sociología jurídica, en la Ley*, 11 de Junio de 1959 (I, *El problema y su asunción tradicional*), 2 de Julio de 1959 (II, *Prologómenos a la solución egológica*), 21 de Julio de 1959 (Conclusión).

⁴³ COSSIO: *Teoría de la Verdad jurídica*, cit. 102 ss.; *Norma, Derecho y Filosofía*, 1948, 8 ss.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT: *Der Prozess als Rechtslage*, loc. cit.; *Teoría General*, cit. et loc.

realizado, cuando es así que el deber tiene que estar, por naturaleza, *pendiendo*. La posibilidad de dar a las normas procesales una aparente fórmula deóntica constituye una peculiaridad lingüística intrascendente y fortuita, capaz de engañar tan sólo al que no sepa descubrir la idea tras la envoltura de las palabras. Cuando el legislador puntualiza, por ejemplo, cuáles son las solemnidades que requieren las diversas formas de testamentifacción para ser eficaces, está muy lejos de imponer ningún deber a nadie. Brinda una posibilidad (los resultados que cabe obtener mediante el testamento) y precisa el modo adecuado para lograrla.

Acaso alguien pudiera creer que los argumentos aducidos no invalidan más que la *endonorma* o *norma secundaria* y que, por tanto, sólo son concluyentes contra Cossio; pero no totalmente decisivos contra el jurista austríaco. Nada más erróneo.

Es verdad que, a primera vista, las normas procesales e instrumentales parecen amoldarse también al esquema de la norma primaria, ya que cabe decir, por ejemplo, que «dado el hecho de una declaración de última voluntad no acogida a forma testamentaria (supuesto facticio condicional), el Juez debe decretar su *nulidad* (consecuencia jurídica)»; o bien: «dada una demanda no sustanciada en forma, debe ser la absolución del demandado en la instancia». Lo malo es que las cosas no son lo que aparentan. En rigor, la tesis kelseniana presupone que el deber jurídico impuesto por la norma primaria subsigue como corolario al deber incumplido establecido por la secundaria. Pero aquí no ha existido tal incumplimiento. Ni, propiamente, hay tal sanción. La *nulidad* no tiene este carácter, pues significa, ni más ni menos, *que se deja fuera del Derecho lo que nunca ha llegado a estar dentro del mismo*. El acto antecedente, proclamado nulo, no es un acto jurídico que adolezca de algún defecto, según quiere la doctrina común ⁽⁴⁵⁾, sino un *no-acto*, algo *ajurídico* de arriba abajo, según la sutil observación de Carnelutti ⁽⁴⁶⁾. La norma instrumental a que nos venimos refiriendo es una simple proposición existencial: enuncia lo que se considera que tiene el «ser» jurídico; es decir, lo que «es» «ente» para el Derecho. Por consiguiente, cuando un acto carece de un requisito *sine qua non* de existencia, con razón se lo califica de nulo; esto es, de *nada*. De modo, que la norma instrumental y su contraria se transforman en el viejo principio parmenidiano: «el ser es; el no ser no es». Y he ahí todo. La construcción de Kelsen es un artificio gramatical que oculta esta esencia. Por eso es desdeñable.

Pero podemos apurar aún el argumento. Si el fundamento de la normatividad está en ese «debe ser» que hace las veces de verbo copulativo en las proposiciones jurídicas, la generalidad de la afirmación kelseniana respecto a la identificación de *norma* y *deber ser* dependerá del hecho de sí existen o no verdaderas normas jurídicas con un verbo copulativo distinto. Para responder congruentemente a esta cuestión es necesario decidir antes qué se entiende por *deber jurídico*. El propio Kelsen nos suministra la información oportuna. El deber jurídico —se cuida de advertir— no estriba en ninguna clase de vinculación psíquica o moral ⁽⁴⁷⁾, sino que hay que interpretarlo en la forma siguiente: Se está jurídicamente «obligado a una conducta determinada, en tanto que la conducta contraria está puesta en la norma jurídica como condición para un acto

⁴⁵ *Sobre la nulidad en general, con expresión de este punto de vista, vid. LUTZESCO: Teoría y práctica de las nulidades (ROMERO-LÓPEZ), 1945.*

⁴⁶ *CARNELUTTI: Sistema di Diritto Processuale Civile Italiano, 1936, II, 126. CARNELUTTI: Teoría Generale del Diritto, 1940, 295 ss.*

⁴⁷ *KELSEN: Teoría General, cit. 80.*

coactivo calificado de consecuencia jurídica»⁽⁴⁸⁾. Por tanto, también para Kelsen es inconcuso, según esto, que las normas procesales e instrumentales no imponen materialmente ningún deber jurídico. ¿Se lo imponen, tal vez, a los Jueces? Para saberlo, tenemos que inquirir tan sólo si la conducta de los Jueces contraria a la supuesta aparece mentada en la norma como la condición para un acto coactivo dirigido contra ellos. ¿Ocurre así? La réplica ha de ser, en parte, negativa, pues, en efecto, no siempre ocurre así. Por lo menos, frente al Tribunal de última instancia constatamos la deficiencia de la coacción. Por ende, estamos ya ante un conjunto de normas, *esenciales para el Derecho*, en las cuales ni siquiera en la terminología kelseniana cabe hablar de la existencia de un *deber jurídico*.

Aparte de todas estas objeciones, las teorías de Kelsen y de Cossio sobre las normas albergan, sin hacerse cargo, una hipótesis que, no siendo inocua, conviene examinar. Ellos suponen implícitamente que la estructura normativa; es decir, la forma que asume la norma transferida a su esquema abstracto, sea *una constante* y esté, por consiguiente, exenta de avatares. En realidad, no hay nada de eso. El sentido de la proposición jurídica *cambia funcionalmente* en los diversos momentos importantes de su actuación práctica. La norma no tiene una única significación, sino varios significados distintos. Habla, por ejemplo, a las partes en un lenguaje, y se dirige al Juez en un lenguaje diferente, que tampoco es idéntico y sin evolución sino que otra vez sufre vicisitudes y cambia de sentido.

En efecto, cuando la norma material es valorada interpartes su esquema abstracto se acerca mucho al que Kelsen le ha atribuido. «Dado el supuesto fáctico *Sh*, —reza— *debe ser* el acto *P*, o, caso contrario, es, hasta cierto grado, probable la consecuencia indeseable *X*». Cuando un interesado lee las normas materiales, esto es lo que se encuentra, en rigor, tras ellas. Todo lo demás es utopía. Así, por ejemplo, el art. 1687 del Código civil está concebido en estos términos: «todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado». Supongamos que dicho artículo es leído por alguien que forma parte de una sociedad civil: ¿Qué consecuencias deduce de su lectura? Prescindamos por ahora de toda fundamentación moral para atender al aspecto puramente jurídico. Desde este punto de vista, el socio descubre primero en el precepto la norma secundaria, como guía antecedente de su conducta, por más que el texto legal le haga presente de un modo directo la norma primaria y le *coloque la sanción en primer plano*. Tras las palabras de la ley él ve, ante todo, que se le impone el deber de no causar perjuicios a la sociedad con sus actos. Si en ese instante se enfrenta con un caso en que su comportamiento, según sea, deparará o no perjuicio a la sociedad, sabe a qué atenerse: la norma se lo deja en claro. Si se abstiene del acto perjudicial, ninguna consecuencia desagradable pende amenazante, ya que el deber jurídico resulta cumplido. Si, en cambio, realiza el acto dañoso, asomará en su horizonte mental la *probabilidad* —mayor o menor, según la prueba y las circunstancias— de una condena pecuniaria que alcance a indemnizar a la sociedad. Naturalmente, dicha condena pecuniaria no constituye jamás una certidumbre; no pasa de ser un evento futuro más bien problemático. Y por cierto que de esta peculiaridad cabe derivar otro argumento sólido contra la doctrina kelseniana. Imaginemos, para penetrarnos de su fuerza, que del acto del socio que ocasiona el perjuicio a la sociedad no queda detrás prueba alguna. ¿Qué será entonces de ese encadenamiento consecutivo de deberes jurídicos? ¿Existirá realmente un deber jurídico por parte del socio cuando la probabilidad de su futura condena tienda a cero? En el fuero externo, que es, como vimos, en el que Kelsen se coloca, parece temerario afirmarlo. Pero en cualquier caso, ciertamente el deber de condena no existe para el Juez, cuya obligación

⁴⁸ *KELSEN: La teoría pura, cit. 77.*

jurídica más radical estriba en atenerse a las pruebas. Así, pues, la supuesta conexión apodíctica entre deber jurídico-positivo y norma viene desmentida por la experiencia.

Visto ya el esquema abstracto con que la norma jurídica se ofrece a las partes, veamos ahora qué diversas formas adopta para el Juez.

Subrayemos, en primer lugar, hasta qué punto la simplicidad de las proposiciones jurídicas, según amonesten a las partes, se convierten para el Juez en un complejo de deberes y probabilidades entrecruzados. ¿Qué le dice al Juez una norma material, por ejemplo ese mismo art. 1687 del Código civil? Cuando lo lee como tal Juez; es decir, iniciado un proceso en torno; ese artículo aislado no se le presenta como una proposición inteligible que le permita decidir, sino como un hervidero de problemas. Una parte —«el conjunto social— habrá acudido a él reclamando, al amparo de dicho texto legal, la condena de un socio a una indemnización pecuniaria, por virtud de un acto culposo en perjuicio de la sociedad. La otra parte —el socio— alegará tal vez la inexistencia de tal acto, la ausencia de culpa, la falta de perjuicio efectivo en detrimento del patrimonio social... Y con esta sola alegación la norma material considerada no podrá ya ser aisladamente aplicable: su efectividad quedará entregada por completo a merced de otras normas. Lo que el Juez podría haber leído, por ejemplo, en el caso de allanamiento a la pretensión (único que tiene en cuenta verdaderamente la sinopsis kelseniana), no es lo mismo que leerá ya si el proceso entra en su periodo de debate. Antes leía: «Dado *Sh* (acto culposo nocivo), debe ser la condena a la indemnización *Z*»; *Sh* no era una hipótesis, era un supuesto, una seguridad. Pero, en cambio, ahora tiene que leer: «Si resultare por las pruebas que *Sh* es más probable, debe ser *Z*; en los demás casos, procede absolver al demandado». Según acredita irrefragablemente esta fórmula, el deber jurídico del Magistrado judicial no está jamás en conexión con el supuesto facticio de las normas materiales, sino con la evaluación, más o menos subjetiva, de una probabilidad jurídica. La falla de Kelsen sigue siendo patente.

No paran aquí las cosas. Todavía, después del proceso, la norma material, remozada, se reviste de otra estructura peculiar. La enunciación hipotética se abandona. Ya no se brinda a la parte, a modo de deber, una posibilidad dilemática —entre ventaja y riesgo— al albur de un futuro remoto condicionado por numerosas circunstancias. Ahora se le habla en un lenguaje conminatorio, muy en presente la sanción, y tan moralmente segura que la cifra que expresa la probabilidad en contrario acusa una desproporción aterradora y despreciable⁽⁴⁹⁾. «Constando ya *Sh* —enuncia en esta fase la norma—, hágase *Z*». El *deber ser* se ha convertido en un *tienes que hacer* incondicionado⁽⁵⁰⁾.

Toda esta suma de razonamientos, descartando las concepciones imperativista y deóntica de la norma jurídica, hacen inexcusable reemprender las investigaciones en el punto en que se han de considerar interrumpidas.

¿Cómo llegar, pues —hemos de preguntarnos— a definir esencialmente la normatividad jurídica sin incurrir en las deficiencias que hemos venido denunciando? Demos primero, en aras de la neutralidad ante los datos, una noción puramente formal e imprejuzgativa de lo que es, en plano lógico, una proposición que enuncie al mínimo, inteligiblemente, un juicio de índole jurídica.

⁴⁹ Si colocamos en el denominador de una fracción todos los casos de sentencias recaídas en un país durante la vigencia de un sistema jurídico y en el numerador computáramos las escasísimas ocasiones en que alguien se ha abstraído a la ejecución, tendríamos la medida matemática de la probabilidad de este segundo acaecimiento. La cifra del denominador, como es obvio, resulta enorme; la del numerador, despreciable.

⁵⁰ *Introducción*, cit. 81.

Supuesto que la norma es una parte de ese todo que es el Derecho, ya que no tiene sentido establecer normas sin que preceda un cierto orden de convivencia que haga posible su efectividad, resulta evidente que la proposición normativa tiene que ser la expresión de un «átomo jurídico», del menor fragmento significativo completo que es dado arrancar a la totalidad del Derecho. Qué fragmento sea ése, podemos llegar a saberlo por dos procedimientos distintos; pero equivalentes. Podemos llegar a saberlo, primero, por deducción, fijando, para eso, previamente un concepto del Derecho y descendiendo después de él, analíticamente, hasta el *mínimo suceso humano* que lo ejemplifica con plenitud de sentido. Y podemos llegar a saberlo también, en segundo lugar, sin necesidad de fijar categóricamente la noción de lo jurídico —siempre embarazosa— operando, no con el concepto, sino con la *idea* ⁽⁵¹⁾, con esa «existimación intuitiva» de lo que es o no es Derecho mediante la cual somos capaces de elaborar el propio concepto. Para ello, no tenemos más que aislar en la experiencia un *fenómeno jurídico* cualquiera y tratar de ver cómo será la proposición que lo abarque en toda su plenitud. Nuestra *idea* previa nos permite saber cómo identificar un fenómeno jurídico para poder aislarlo; el fenómeno es ya una unidad mínima de experiencia; por eso, este método de aproximación indirecta a la esencia de las normas, que es el que vamos a utilizar, resulta legítimo.

Sea, pues, como ejemplo de fenómeno jurídico, una relación contractual cualquiera. Esquemática según nuestro modo habitual, tenemos:

A) SUPUESTOS, DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

a) *S* y *S'*, sujetos de la relación contractual, pactan necesariamente se ve la base de una consideración igualitaria. Por tanto,

$$S = S'$$

b) Además, se reconocen recíprocamente titulares de ciertos poderes exclusivos sobre las cosas *C* y *C'*. Dichos poderes pueden representarse en los determinantes siguientes:

$$\begin{array}{ccc}
 P_{11}, P_{12}, \dots, P_{1n} & & q_{11}, q_{12}, \dots, q_{1n} \\
 P_{21}, P_{22}, \dots, P_{2n} & & q_{21}, q_{22}, \dots, q_{2n} \\
 \dots\dots\dots & \text{y} & \dots\dots\dots \\
 P_{m_1}, P_{m_2}, \dots, P_{m_n} & & q_{m_1}, q_{m_2}, \dots, q_{m_n}
 \end{array}$$

c) El conjunto de poderes en juego vendrá dado, pues por el determinante-suma de ambos otros; es decir:

⁵¹ *Id.* 402.

¿Qué es lo esencial y qué es lo accidental —podemos preguntar ahora— en esta representación diagramática de un fenómeno jurídico singular? Salta a la vista que es accidental **todo lo que aún le queda de concreto** a «esa» relación compatibilizadora particular que se ha tomado como modelo. Como existen otras muchas formas de compatibilización además de la contractual, es evidente que cuanto encierre el esquema anterior con carácter privativo, debe ser desechado, y retenido, en cambio, lo que puede ser elevado a un plano de generalidad.

Así las cosas, si abstraemos todo lo que es específico del contrato y reparamos sólo en aquellos rasgos que comparte con las demás relaciones jurídicas, llegaremos pronto a la conclusión de que los elementos permanentes y substantivos que subyacen a todo fenómeno jurídico son tres: 1º) Una cierta regularidad de conducta; 2º) Una modificación ostensible de la libertad jurídica; y 3º) Una probable reacción social tuitiva. La integración de estas tres notas consiente ya la definición de fenómeno jurídico; pero, antes de proceder a efectuarla, conviene despejar la incógnita que representa ese concepto aún oscuro de **modificación ostensible de la libertad**.

¿Qué es, pues, la libertad jurídica? Resulta fácil contestar con toda nitidez a esta cuestión. Si a la esfera de los actos que una persona puede físicamente realizar segregamos todos aquellos otros que le vienen impuestos o prohibidos, en función aliorrelativa, por la probabilidad de una reacción social indeseable, el residuo constituye precisamente la expresión de la libertad jurídica del sujeto considerado. Formulando matemáticamente, tenemos:

$$L = P - (V + M)$$

con tal de convenir en que **L** designe la libertad jurídica; **P**, la libertad física; es decir, el conjunto de posibilidades materiales de actuación; **V**, las prohibiciones y **M** los actos que, del modo dicho, impone la Sociedad (⁵²).

Ninguna dificultad ofrece, tampoco, comprender cómo todo fenómeno jurídico ha de imprimir alguna clase de modificaciones en la esfera de la libertad. Es inútil insistir, por ello, en este punto. El tema que necesita esclarecimientos complementarios es el de la «ostensibilidad» de la modificación. Veamos qué alcance tiene semejante forma de expresarse. Se dice que la modificación de la libertad ha de ser **ostensible** en el sentido de que esté dotada de **evidencia social**; es decir, que pueda ser observada y constatada, de **algún modo empírico**, por diversos espectadores. El por qué de esta requisitoria es obvio: sin evidencia social no puede haber reacción social de ningún género, ni, antes aún, la **apariencia comunicable** propia de los fenómenos.

Sintetizando todo esto, y ya sin tautología, puesto que la libertad jurídica consta previamente caracterizada, podemos ahora brindar una definición de los fenómenos jurídicos. Son «**formas regulares de modificarse ostensiblemente la libertad jurídica resguardadas por probable tutela social**».

Tras las indagaciones preliminares antecedentes nos hemos puesto ya en condiciones de saber como será la proposición que abarque con plenitud de sentido la realidad fenoménica del Derecho. Tendrá que reunir las características siguientes:

- 1ª) Contribuir al acotamiento de la órbita de acción consentida a la libertad;
- 2ª) Inducir a que no se traspase la línea de acción consentida, provocando para ello la

⁵².Op. et loc. cit. 325.

representación de un evento futuro probable, presuntivamente indeseado, que, amenazando la conducta que se quiere impedir, haga, en general, de conveniencia subjetiva la contraria y mueva a su realización;

3ª) Suscitar, así, un conjunto de regularidades de conducta capaces de cooperar al progreso de la convivencia pacífica;

y 4ª) Servir de módulo de juicio fragmentario para restablecer la paz ocasionalmente perturbada y conservar la fuerza intimidativa de la amenaza.

He ahí, pues, las notas que de algún modo tienen que ser reflejadas en la definición de norma jurídica, si se quiere que describa fielmente su objeto. Únicamente podrán omitirse aquéllas que estén implícitas como corolarios en otras de índole más general. Así, por ejemplo, la primera característica no es necesario mencionarla, puesto que la prescripción de los comportamientos que serán seguidos, probablemente, de consecuencias indeseables, equivale a participar en la delimitación de la libertad. Ni tampoco es menester aludir explícitamente a la cuarta, que se puede dar a entender por simple referencia indirecta con sólo los asertos fundamentales. Habida cuenta de esta doble abreviación, la definición de norma jurídica podría ser formulada así: **La norma jurídica consiste en *la enunciación probabilística de una futura condena procesal con la mira de que su representación suscite regularidades de compatibilización en régimen de convivencia pacífica.***

Por irreprochable que pueda parecer, esta definición, que se refiere a la norma jurídica tal como debiera estar estructurada, tiene que pasar por alto un hecho empírico de cierta importancia, que un jurista precisa considerar. Es que casi ninguna norma ofrece por sí un sentido completo, que rime con las exigencias abstractas a que debe someterse en cuanto proposición. La mayoría de las formulaciones normativas utilizadas por los legisladores no son, así como están en las leyes, proposiciones auténticas, susceptibles de *verdad* o de *falsedad*. Y no porque, como quieren algunos, su naturaleza de *imperativos* las coloque al margen de esta calificación, sino porque su significado pende, las más de las veces, sin completar, admitiendo diversos desenlaces con valor veritativo contrapuesto. Los textos legales están poblados de *funciones proposicionales*; es decir, de proposiciones en las que algún término es una *variable*, y evoca, por ello, todo un haz de posibles significados. Y más a menudo aún, tal vez, nos tropezamos en las leyes con *proposiciones incompletas*, esto es, con formas de expresión a las que faltan las indispensables condiciones de contorno para que el enunciado concrete realmente la conexión entre los objetos a que apunta sin incurrir en una ambigüedad que haga imposible pronunciarse sobre el valor epistemológico del aserto⁽⁵³⁾. Las funciones preposicionales se diferencian de las proposiciones incompletas, en que en las primeras alguno de los términos utilizados hace las veces de un conjunto indiscernido, como si se tratara del espacio en blanco de un formulario, que se puede llenar de muchas maneras distintas, según los casos y las personas. Lo esencial de la función proposicional es que, eliminando la equivocidad del término, se obtiene ya una proposición susceptible de ser verdadera o falsa. En cambio, esto no ocurre en la proposición incompleta, donde los términos pueden ser ya inequívocos y sin embargo la deficiencia significativa continuar. La oración «el Sol saldrá mañana», por ejemplo, es una típica proposición incompleta, pese a la inequívocidad de sus términos. La razón de que se tenga por tal es que la verdad o falsedad de la misma depende de ciertas condiciones de contorno que no vienen expresadas en ella. En ciertas latitudes y épocas, v.g., la proposición sería falsa, ya que el Sol no saldrá, puesto que su máxima altura queda aún por debajo del horizonte (noche polar), mientras

⁵³ Cfr. *Estudios*, cit. 222 ss., 62 ss.

que en otras épocas o latitudes la proposición sería verdadera. Si yo escribo, en cambio, «el Sol saldrá aquí mañana, veintiséis de enero del año en curso», estaremos ya ante una función proposicional, dado que el adverbio «aquí», si se desconoce el lugar del que habla, actúa como una variable, ya que puede designar cualquier sitio. Ahora, completando un término, completamos la proposición; antes, necesitábamos adicionar varias cosas.

Con estas aclaraciones previas, no es difícil comprender que *norma jurídica y proposición jurídica* no son expresiones rigurosamente intercambiables. Toda norma resulta ser una proposición; pero lo inverso no es cierto, porque sólo tienen valor normativo las *proposiciones completas*. En otro caso, no podrían ser susceptibles de verdad o de falsedad ni, de consiguiente, cabría saber científico en torno a ellas.

Es de suma importancia esta propiedad de las normas jurídicas de poder ser verdaderas o falsas, pues de ella depende la posibilidad de que exista una Ciencia del Derecho. Esta posibilidad ha sido, por cierto, negada recientemente por aplicación de principios epistemológicos de indudable fuerza ⁽⁵⁴⁾, de modo que conviene dedicar unos momentos a dilucidar la cuestión.

¿Qué argumentos blanden los teóricos de la Escuela escandinava para justificar su actitud escéptica? Alegan contra los juicios jurídico-valorativos que no son susceptibles de *verdad* o de *falsedad*, puesto que no pueden ser objetivamente verificables a tenor de los requerimientos del método epistemológico; son fruto de sentimientos, nada más, al igual que los juicios estéticos o morales, y propiamente no contienen ninguna información sobre la realidad. Si, pues, nada dicen los juicios valorativos en torno a sí algo es de una manera o de otra, no pueden ser comprobados ni refutados, lo que, de acuerdo con el método epistemológico, implica la necesidad de sobreeser el problema de su verdad o de su falsedad. La Escuela escandinava es, así, una consecuencia y una anulación del kelsenismo. Consecuencia, en cuanto que deriva de él por necesidad de congruencia interna; anulación, porque conduce a eliminar la premisa fundamental de Kelsen: la separación entre el *ser* y el *deber ser* ⁽⁵⁵⁾.

¿Es exacta la aseveración de la Escuela Escandinava sobre la carencia de valor veritativo de los juicios deontológicos o teleológicos? No; no lo es. Aun aceptando la idea básica sobre la que argumenta de que la verificabilidad es esencial para que una proposición pueda reputarse verdadera o falsa, hay que rechazar la teoría, por cuanto a las *proposiciones jurídicas completas* no les falta un criterio de verificabilidad. El hecho de que una norma produzca o no *regularidades de conducta* y el que estas regularidades sirvan o no para el progreso de la paz, constituye el módulo adverbativo empírico que determina la calificación epistemológica de la proposición ⁽⁵⁶⁾.

Todavía hay más. Es que las proposiciones jurídicas podrían ser perfectamente verificables aunque se las encerrara en forma hermética en el mundo de un puro *deber ser*. Bastaría para ello con efectuar una *axiomatización* cabal del Ordenamiento positivo. Entonces, la corroboración de una proposición consistiría simplemente en examinar la legitimidad de cada inferencia por mera aplicación de operaciones lógicas. No otra cosa es lo que se viene haciendo en la Matemática sin que nadie haya podido negar a las proposiciones de esta Ciencia su propio valor

⁵⁴ LUNDSTEDT: *El Derecho y la Justicia: Una crítica al empleo metódico de la valoración*; OLIVECRONA: *El Derecho como hecho*, ambos estudios en el vol. *El hecho del Derecho*, 1956, págs. respect. 159 ss. 215 ss.

⁵⁵ Sobre esto, *Introducción*, cit. 257.

⁵⁶ *Op. cit.* 158.

de verdad, pese al carácter convencional de los postulados iniciales (⁵⁷).

Por último, importa no olvidar que el criterio epistemológico de la verdad como verificabilidad es, cuando menos, muy cuestionable (⁵⁸), de manera que no puede tomarse como artículo de fe para fundar en él toda una crítica de una Ciencia.

En resumen: cabe con plena licitud sostener que las proposiciones jurídicas *completas* son susceptibles de verdad o de falsedad. Lo malo es que casi nunca se encuentran en los cuerpos legales auténticas proposiciones completas, sino que con suma frecuencia, su sentido preciso queda por fijar. El hecho no carece de importancia. Significa, en primer lugar, que el Legislador no acierta a promulgar realmente normas jurídicas (lo que ocasiona otro grave fallo de la teoría imperativista), sino que se limita a insinuarlas. Y significa, en segundo lugar, que la doctrina habitual sobre las fuentes del Derecho está montada sobre premisas inconsistentes —aunque sobre este punto hemos de volver después.

Lo que interesa ahora es inquirir si es posible trazar un esquema abstracto que, con validez general, descubra el fondo de la estructura normativa, una vez que las fórmulas propuestas hasta el presente no alcanzan a prever todas las hipótesis. Se puede contestar afirmando. La misma definición de norma sugiere ya ese esquema, pues la norma aparece en ella como *un medio para conseguir una determinada finalidad*. La norma se endereza primero, según hemos visto, a lograr indirectamente que se produzcan regularidades de compatibilización, proponiendo a los interesados algún resultado ventajoso como ligado al acto que se procura; sirve también, secundariamente, para restaurar el equilibrio jurídico perturbado y conservar la fuerza intimidativa del Ordenamiento. Por ello, en su forma sinóptica, la estructura normativa se revela así: «Si para ser *X* ha de ser *A* y siendo no *A* es probable *R*, entonces será la regularidad de conducta *C*». Tal es, como si dijéramos, la fórmula desarrollada de la norma jurídica, porque cabe sintetizarla aún más si se reduce cada uno de los miembros del complejo proposicional a la relación lógica en que consiste. Entonces tendremos:

$$A = C(X) \quad (\text{Es decir, } A = \text{condición de } X).$$

$$-A \quad \text{“} \circ \rightarrow R \text{”}; \quad (\text{no } A \text{ implica probablemente } R).$$

Y habida cuenta que si *A* es condición de *X*, ésta habrá de implicar aquélla, podremos definitivamente escribir

$$(A \circ \rightarrow X.. -A \circ \rightarrow R)\pi \rightarrow \overline{CC}$$

(Es decir: si *A* implica *X* y *no A* implica probablemente *R*, entonces será el conjunto de conductas compatibilizadas *CC*).

Una tabla de los valores de verdad de la proposición compleja hace verdadera la aserción fundamental, desde el punto de vista lógico, para todas sus posibilidades menos para el caso de

⁵⁷ Cfr. al respecto, VERA: *Puntos críticos de la Matemática contemporánea*, 1944, 77 ss.; BELL: *La reina de las Ciencias*, (BERGARA), 1944, 9 ss. MAZIARZ: *The Philosophy of Mathematics*, 1950, esp. 144 ss. LOIS: *Estudios*, cit. 84 ss.

⁵⁸ Cfr. RUSSELL: *Una investigación sobre el significado y la verdad* (ROVIRA), 1946, 357 ss. 377 ss.

la falsedad del consiguiente (⁵⁹). No deja de ser singular que en la proposición normativa no se dé el embarazoso problema de la utilización de la forma lógica «sí... entonces» en sentido difícilmente compatible con el uso lingüístico (⁶⁰). Aquí, lógica y epistemológicamente, la proposición es verdadera cuando el consiguiente lo es. Tal propiedad hace posible elaborar con todo rigor una Ciencia sobre una base experimental (⁶¹).

5. FUENTES DE REGULARIDADES JURÍDICAS

La superioridad de la teoría de la norma que acaba de exponerse sobre la concepción tradicional, se revela paladinamente al afrontar el problema de las *fuentes del Derecho*. Este problema, tal como aparece planteado, hoy por hoy, entre los tratadistas, constituye un gigantesco laberinto y todos los esfuerzos que se han desplegado para resolverlo sólo han servido para aumentar la confusión. Las contradicciones son manifiestas y están a la orden del día. Se considera, por una parte, que las fuentes del Derecho son los poderes sociales capaces de producir e imponer las normas, y, por otra parte, se estudian como tales las formas concretas en que, según se dice, toma cuerpo la aserción normativa (⁶²). El desconcierto es también grande al tratar de precisar cuáles son las fuentes en cada Derecho positivo y en qué orden jerárquico se las coloca. Hay opiniones para todos los gustos (⁶³), y algunas absolutamente inconciliables. Frente a quienes afirman que la Ley es prácticamente la única fuente del Derecho y que la costumbre en la actualidad ha caducado, no faltan los que siguen propugnando para la costumbre la posición capital (⁶⁴).

⁵⁹ Sobre tablas de valores de verdad en este y otros tipos de proposición, vid. p. e., TARSKI: *Introducción a la Lógica y a la Metodología de las Ciencias deductivas* (BACHILLER-FUENTES), 1951, 56 ss. GARCÍA BACA: *Introducción a la Lógica moderna*, 1936, 72 ss. FREITAG-LORINGHOFF: *Logik ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik*, 1955, 156 ss. FERRATER-LEBLANC: *Lógica Matemática*, 1955, 28 ss. BLANCHÉ: *Introducción a la Logique Contemporaine*, 1957, 35 ss.

⁶⁰ Hay aquí, realmente, un punto crítico en la Logística, no resuelto aún, pese a algunos esfuerzos meritorios. Vid., p. e.: TARSKI: *Op. cit.* 44 ss. QUINE: *El sentido de la nueva lógica* (BUNGE), 1958, 32 ss. En contra: LEWIS-LANGFORD: *Symbolic Logic*, 1932.

⁶¹ Sobre la forma lógica de la proposición jurídica, vid. VERNENGO: *Nota sobre la Cientificidad de la Jurisprudencia*, en la Ley, 22 Mayo 1959, esp. 2. También: IMAZ: *Jurisprudencia y Lógica*, en la misma Revista, 6 Agosto 1959. COSSIO: *La Lógica jurídica formal en la concepción egológica*, en Idl. 20 Marzo 1959. VILANOVA: *El deber ser normativo*, en Id. 5 Mayo 1960: VILANOVA: *Estructura lógica de la norma jurídica*, en Id. 26 Marzo 1960.

⁶² P. e., CASTRO: *Derecho civil de España*, cit. pág. 46 en relación con 327 ss.

⁶³ Cfr., p. e., DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho* (RECASÉNS); 1942, 320 ss. D'ORS: *De la prudentia iuris a la Jurisprudencia del T. S.*, en *Información jurídica*, Diciembre 1947, 63 ss. CASTRO: *¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*, en AIDC., I, 1, 1948, 574 ss. D'ORS: *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, 1952. COSSIO: *Teoría de la Verdad jurídica*, cit., 139 ss. GTJRVITCH: *L'expérience juridique*, 1935, 63 ss. LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, cit. 379.

⁶⁴ Cfr. TAVARES: *Os principios fundamentais do Derrito civil*, I, 1930, 126 ss. BONFANTE: *Per una rivisione della teoría della consuetudine*, en *Rev. D. Comm.*, 1904, 274. OERTMANN: *Rechtsordnung und Verkehssitt* 1914, 18 ss.

Tampoco se sabe justipreciar la función que desempeñan la jurisprudencia y la doctrina, ante las que se acusa una incomprensible perplejidad ⁽⁶⁵⁾. Impugnan algunos la legitimidad del papel activo de las mismas, mientras otros se limitan a esgrimir el hecho de su efectiva y constante aplicación ⁽⁶⁶⁾. Andan, así, mezcladas inadvertidamente consideraciones de muy diverso orden. Por parte de algunos, se arguye desde un plano deóntico, dando al problema la solución que, según creen, deberá prevalecer. Otros se colocan en el terreno de los hechos, argumentando que no hay otras fuentes del Derecho que las que inspiran en la práctica las resoluciones judiciales. Acaso los más se atienen al dato jurídico-positivo, en la idea de que la decisión sobre las fuentes corresponde exclusivamente al Legislador y cambia según las directrices de cada Ordenamiento. Pero aún tratando el problema como dependiente de la organización político-jurídica, no se logra tampoco la unanimidad, ya que ciertos autores enfocan la cuestión dentro del más escrupuloso legalismo, limitándose a subscribir lo que al respecto haya declarado el Legislador, mientras que otros, pasando más allá de la letra de un texto legal, la abordan como vinculada a la interpretación de múltiples datos positivos. Veamos, antes de cambiar el rumbo, algunas de las paradojas que arrastran consigo estas concepciones defectuosas.

Encarémonos, en primer término, con la opinión más extendida. Según ella, la condición de fuente del Derecho depende lisa y llanamente de una libre decisión legal. Así, por ejemplo, en el Derecho positivo español es el Código civil, en sus artículos 5º y 6º el que determina en qué clase de normas cabe fundar las resoluciones judiciales y, jerarquizándolas, enumera como tales la ley, la costumbre del lugar y los principios generales del Derecho.

No deja de ser singular que ningún autor haya reparado en la tremenda petición de principio que envuelve esta declaración. ¡Es la propia Ley la que se proclama a sí misma suprema fuente del Derecho, o, si se quiere, es el Poder que la promulga el que afirma su superioridad! ¿Qué valor puede tener una pretensión semejante? Ninguno, en buena lógica. Porque que una clase de normas u otras o un poder u otro se arroguen la supremacía sobre los demás, no significa nada *si de hecho o de derecho* no es real el primado que se atribuyen. O lo que testifica el Código civil es *verdad jurídica* con independencia y por otro conducto que su propio aserto, y entonces éste está de más; o no es *verdad jurídica*, y entonces es inconsistente la prescripción. De todos modos, fundar la doctrina de las fuentes en la mera declaración legal constituye un absurdo: ¡Ninguna Autoridad se puede consagrar a sí misma, ni *de hecho* ni *de derecho*, porque no hay Autoridad que logre imponerse sin alguna cooperación y acatamiento social! ¡Ni tampoco el predominio de un Poder es constante y absoluto, sino una resultante funcional de complejos mecanismos sociales sujetos a cambio!

Otra teoría, la que intenta descubrir las fuentes del Derecho relacionando entre sí un conjunto de datos positivos, incurre también en imperdonables deficiencias. Por de pronto, apenas empieza a exhibirse, muestra ya una franca contradicción. Si por una parte reconoce la hegemonía de la ley, la niega por otra, pues, al querer resolver el problema articulando orgánicamente diferentes normas hace imprescindible la *interpretación* y, con ella, comete al Poder judicial (¡o al propio tratadista!) la última respuesta y coloca, sólo con eso, a la Jurisprudencia en el pináculo del Ordenamiento, en contra de su aserto inicial. Esto aparte, si se admite la duda en torno al número y jerarquía de las fuentes, toda la construcción queda en nada, porque la *simple posibilidad de cuestionamiento* sobre un tema que, en sus estrictos términos

⁶⁵ Vid. PUIG BRUTAXJ: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, 1951. STERNBERG: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1940, 153 ss. VINOGRADOFF: *Op. cit.* 121 ss.

jurídicos, tendría que ser *el supuesto* resolutivo de cualquiera otro, prueba ya que la discusión es meramente teórica, un pseudoproblema, puesto que el Derecho cuenta con una respuesta fatal, como se deduce del hecho de que *ha entrado en funciones y continúa funcionando sin pronunciarse explícitamente sobre sus fuentes*. ¿No basta este argumento para demostrar que nos enfrentamos con una mera cuestión de hecho, completamente irrelevante como se la plantea y sin ningún influjo real? ⁽⁶⁷⁾.

Un tercer punto de vista es adoptado por los que sugieren que la única manera de pronunciarse racionalmente sobre esta cuestión consiste en acometerla en los propios términos en que aparece propuesta en la experiencia. Sólo una solución podrá ser, pues, propugnada válidamente en este problema. Y es la que los Tribunales de Justicia le están dando a diario al servirse de unas fuentes u otras para la fundamentación de las sentencias ^(67bis).

Pese a la aparente fuerza de convicción del criterio actual, la verdad es que, al ahondar en él, asoman enseguida las contradicciones latentes que fuerzan a abandonarlo. La simple invocación de una norma por cualquier resolución judicial no basta para demostrar que el fallo se haya inspirado verdaderamente en ella. A menudo, la remisión a una fuente sirve sólo para encubrir, a fuerza de disculpa, el auténtico fundamento resolutivo —inconfesado o inconfesable tal vez ⁽⁶⁸⁾—. Fuera de esto, no cabe desconocer tampoco que normas mencionadas con profusión no son, en realidad, aplicadas, sino que se las desvirtúa calladamente, al tergiversar su sentido. Si nos atenemos, pues, a los hechos observables va a resultar una de estas dos cosas: o que no hay un criterio coherente respecto a las fuentes del Derecho, o que no hay más fuente que el absoluto arbitrio del Juez; y cualquiera de ellas conduce a la negación de la teoría. Si planteamos la cuestión en términos jurídicos, la consecuencia viene a ser idéntica; o las normas utilizables le son dadas al Juez por el Ordenamiento, y en esa hipótesis tales normas son identificables de antemano, y huelga el examen de las sentencias; o se deja encomendada a los Tribunales la función de crear el Derecho, con lo que la teoría de las fuentes está de más. En cualquier supuesto es inadmisibles, por ende, la tesis que combatimos.

Queda, por último, la posición idealista, la que sitúa el problema de las fuentes en el ámbito de un puro *deber ser*, pendiente de ser enjuiciada. Pero tampoco tiene más éxito que las anteriores. Por la sencilla razón de que faltan motivos para preferir, sobre la base de consideraciones de Justicia, una determinada fuente de Derecho o las otras. Es una norma particular la que es susceptible de ser *justa o injusta* o más justa o menos justa que otras. Pero a la Justicia le es indiferente que prevalezca una fuerza social más bien que cualquiera de las restantes.

Frente a este clima de fracaso que rodea a la doctrina tradicional, veamos qué nuevas perspectivas nos ofrece la diversa orientación que intentamos. Por de pronto, ya no se habla más de fuentes del Derecho, fórmula vaga y nada intuitiva reñida casi con la claridad, sino de fuentes de regularidades jurídicas, con lo que la concreción es máxima, en gracia a tratarse de un fenómeno de experiencia previamente delimitado y caracterizado.

Por sorprendente que pueda parecer, esta leve alteración de perspectiva facilita extraordinariamente las cosas. Ahora contamos ya con una clasificación de las regularidades

⁶⁷ *Op. cit.* 85 ss.

^{67bis} Cfr. COSSIO: *El Derecho en el Derecho judicial*, 1945, 142 ss. AFTALIÓN-GARCÍA OLANO-VILANOVA: *Op. cit.* 325 ss.

⁶⁸ *Introducción, cit.* 126 ss.

jurídicas, la de Timacheff —restringida a este ámbito—, que nos permite aproximarnos al centro gravitatorio del problema sin excesiva dificultad. Según sabemos, existen tres grandes grupos de regularidades jurídicas: *naturales*, *imitativas* e *impuestas*. Las regularidades naturales y las regularidades imitativas presentan la nota común de existir con independencia de cualquier acción reflexiva de la Comunidad tendente a provocarlas. Las regularidades impuestas, por el contrario, se caracterizan por haber sido planeadas con antelación y suponen un esfuerzo consciente de la Sociedad para conseguir que se produzcan y que se mantengan. El gran problema, pues, planteado ahora por nosotros al preguntar cuáles son las fuentes de las regularidades jurídicas, que es, nada menos, el de la *causalidad universal del Derecho*, aparece ya iluminado en sus primeros planos, mostrando como en esbozo los indicios de su solución. El enigma de la vida jurídica, que hemos contemplado como un fenómeno de la experiencia, presente ante nosotros, constituye, al igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza, una incógnita que hay que despejar. Debemos saber *por qué* se originan y *cómo* surgen las diferentes regularidades jurídicas, si es que queremos llegar a entender verdaderamente el Derecho.

Propongámonos, para eso, en primer lugar, la cuestión de qué explicación ha de darse al hecho indubitable de que existan regularidades naturales; es decir, al hecho de que en la vida social tengamos que encontrarnos como principio fundamental de su estructura, con una serie de regularidades que obedecen, no a la imitación ni a la acción reflexiva del grupo, sino al simple despliegue de las libertades humanas en su mutuo contacto.

La existencia de las regularidades naturales es innegable, y cabe acreditarla sin salirse de los métodos más dignos de confianza en que las Ciencias cosmológicas se basan. En efecto; sentemos la tesis de que todo Derecho positivo es el resultado de una afortunada combinación de las tres clases de regularidades mencionadas, sin que sea posible prescindir de ninguna, y tratemos de demostrarla cumplidamente.

La suposición inicial sobre la que argüimos es que el Derecho no pudo haber tenido un comienzo brusco, dado que su efectividad práctica demanda una organización bastante complicada, como consecuencia de los complejos hábitos de cooperación que le son precisos, y esa organización sólo es posible en un estadio de sociabilidad realmente avanzado. Por tanto, si el Derecho hubo de nacer poco a poco, en un proceso de diferenciación gradual, es evidente que se tuvo que llegar hasta él a través de la *condensación fortuita y progresivamente creciente de regularidades naturales, acaso robustecidas más tarde por la imitación*.

Para demostrar este aserto, el método con que vamos a proceder es muy siempre. Coincide substancialmente con el que utilizan los astrónomos para estudiar la evolución estelar o los naturalistas para seguir por sus pasos el ciclo vital de ciertas especies de desarrollo muy lento. Como la vida humana es insignificante para percibir en una estrella particular cualquier mínimo indicio de su proceso transformativo, nunca llegaríamos a percatarnos de la evolución de las estrellas ateniéndonos a datos individuales aislados. El astrónomo se desentiende de la dificultad formulando una hipótesis de trabajo que le permita relacionar los datos que posee, y comprobando después si los resultados que obtiene con ello son congruentes entre sí y, por su ajuste recíproco, parecen probables. La hipótesis que formula es la siguiente: De darse evolución estelar, de existir una especie de nacimiento, infancia, juventud, virilidad, vejez y muerte de las estrellas, nosotros tendremos que encontrarla reflejada de algún modo en el cielo, de la misma manera que encontramos entre los hombres representantes de todas estas edades. ¿Hay diferencias entre las estrellas que puedan ser atribuidas a determinados estadios de evolución? La respuesta es afirmativa. Los astrónomos están hoy convencidos de que la coloración, la clase espectral y el brillo absoluto son los síntomas que delatan las diferentes fases del proceso

evolutivo de las estrellas. Las gigantes rojas parecen las más jóvenes, a las que siguen en edad las amarillas, las blancas, las azules...

Bien; sobra con lo dicho para aclarar nuestro propósito. Nosotros vamos a servirnos en nuestras investigaciones de un razonamiento en todo similar. Queremos saber cómo era la vida en la fase prepolítica de los pueblos, cómo, desde una anarquía general, en el reinado de los instintos primarios, se fue sedimentando y cristalizando el Derecho y con él surgieron los primeros brotes de la vida social y las primeras manifestaciones de la cultura. Tenemos que representarnos, pues, las formas primitivas de coexistencia humana; pero cuidando de precavernos contra la posibilidad de cualquier arbitrario falseamiento, tan fácil de cometer. Para eso elaboraremos primero una hipótesis de trabajo por simple deducción y después, suponiendo que la diversidad de condiciones en que aún hoy se patentizan los distintos niveles de la convivencia es la expresión del proceso evolutivo que ha seguido en líneas generales la Humanidad, comprobaremos, a través de los primitivos actuales, si nuestras previsiones son o no correctas.

Desde nuestro particular punto de vista, vamos a presentar la vida social como un constante progreso de *positivización* del Derecho natural, como un tránsito ininterrumpido de la naturalidad instintiva de la conducta a su ordenación más y más compulsiva y eficaz. El *instinto* y la *razón*, serán, pues, las dos energías antagónicas de cuya conciliación inestable tendremos que extraer la cabal explicación del Derecho, que vamos a intentar.

Para evitar hipótesis arbitrarias desde el principio, rehuyamos metódicamente cualquier asignación causal y limitémonos a la aplicación pura y simple de las leyes estadísticas y razonamientos probables.

Suponemos inicialmente que los hombres, arrastrados por el instinto de conservación, han constituido ya, en el remoto período en que nos colocamos, las primitivas agrupaciones familiares. Coexisten, pues, en áreas geográficas diferentes, más o menos amplias, grupos de familias autónomas que tienen o no tienen alguna relación entre sí. Para no prejuzgar nada, el método que hemos adoptado nos exige tener en cuenta *todos los casos posibles de relación interfamiliar y suponer que todos ellos se habrán dado indiferentemente a lo largo del tiempo*. Los casos son los siguientes: a) Los pequeños núcleos familiares están dispersos en áreas tan vastas que no tienen en la práctica ocasión de relacionarse entre sí; b) La coexistencia interfamiliar ocurre en más reducido espacio; pero en una tierra pródiga en que sobreabundan los recursos naturales; c) las mismas circunstancias anteriores reinan; pero en un medio geográfico hostil en el que la supervivencia es difícil; d) el medio es favorable; pero los recursos se han hecho escasos para la población. Preguntémonos ahora cuáles podrán haber sido las reacciones de cada grupo familiar en las diversas situaciones en que se haya visto colocado. Es fácil persuadirse de que sólo caben tres posibilidades distintas, a saber: 1ª) Huida o *dispersión*; 2ª) lucha; 3ª) entendimiento. Veamos ya qué resulta de la combinación de estas soluciones con aquellas circunstancias.

En el supuesto a), en el que podemos encontrarnos en un comienzo o por aplicación de la reacción 1.a), las relaciones interfamiliares no existen; toda manifestación de vida social queda confinada en el intragrupo, donde impera un ordenamiento patriarcal, que constituye a lo sumo, un Derecho embrionario. No es difícil comprender que a) es, la mayoría de los casos, la expresión de una situación transitoria. Si las condiciones de vida no son muy adversas, las familias se multiplican y el aumento de población resulta equivalente a un enrarecimiento del espacio: a) se transforma entonces en b), c) o d), lo que demuestra ya que la solución 1ª) no lo es propiamente y que acabará por hacerse imposible. Las restantes ven incrementado, así, su índice de frecuencia y llegan a ser dominantes. Considerémoslas ahora por separado.

En la hipótesis b) ¿qué es de esperar que suceda? Supuesto que la lucha es incómoda y peligrosa, parece, en un principio, poco probable (⁶⁹); es de presumir, más bien, un cierto entendimiento entre las familias que les permita una pacífica convivencia. Si este entendimiento mutuo finca sobre una distribución pactada de la tierra, tenemos ya aquí un germen de Derecho, con tendencia a evolucionar. Si el entendimiento consiste en un simple respeto a lo adquirido por los demás, queda establecida la primera base de orden sobre la cual alzar posteriormente una auténtica convención creadora de vida comunitaria. En cualquiera de los dos supuestos, la conjunción de un medio social y geográfico favorable trae consigo un rápido aumento de población. Las condiciones cambian; b), revelando su carácter transitorio, se transforma en d).

Cuando triunfan las circunstancias consignadas en c), tampoco la lucha es probable. Cada uno tiene que preocuparse tanto en el problema de defender su vida cada día, que no encuentra tiempo para pensar en atacar a los demás. Como sólo consiguen sobrevivir los que son capaces de bastarse a sí mismos, no es verosímil que se plieguen a trabar verdaderas relaciones sociales. No habrá, pues, apenas, evolución. La población se mantendrá, por lo demás, estacionaria.

Viene a resultar así, que, cualquiera que sea la distribución inicial, la hipótesis d) prevalecerá poco a poco, con abrumadora frecuencia, y esto nos consentirá tratarla como si tuviera el privilegio de ser el caso general. Enfoquémosla, pues, bajo este prisma. ¿Qué podrá acontecer —nos preguntaremos entonces— cuando el crecimiento natural de la población comience a hacer sentir la escasez de recursos? Una de dos: O, a impulsos del instinto de conservación, se genera entre los grupos que conviven una tendencia disolvente, agresiva, que provoca la lucha por la supervivencia y el predominio; o, si hay ya una base previa de acuerdo b), se acelera el proceso de integración social, para que, mediante la introducción de un sistema de cooperación y división de trabajo, los mismos medios de producción alcancen a sostener a la población incrementada. De estas dos posibilidades, la primera es, acaso, la más probable. Cabe, incluso, que su índice de frecuencia sobre la otra sea tan elevado, que aquélla aparezca sólo muy de tarde en tarde. Da igual que imaginemos que la proporción respectiva es de 1/10 o de 1/100 o de 1/1.000... No obstante esta disparidad en un principio, la solución pacífica tendrá que llegar a hacerse dominante. La razón es clara. Los grupos que reducen sus excedentes de población a base de luchas, no resuelven, en rigor, el problema de la supervivencia; nuevos crecimientos de población volverán a replanteárselo. De ahí que o permanecen indefinidamente en ese atolladero, manteniéndose en situación estacionaria, o adoptan una forma pacífica de integración social. El cálculo de probabilidades conduce a suponer que, a la larga, todo conjunto de grupos coexistentes, abocado a esta dificultad, acaba -por hallar la forma práctica de superarla. A fuerza de probar soluciones bélicas, llega una vez a organizarse en Sociedad, del mismo modo que se obtiene alguna vez un seis a fuerza de arrojar los dados.

Hay, sin embargo, una diferencia capital entre los dos tipos de soluciones al problema de la escasez. Los grupos que ensayan la fórmula de la lucha, condenados al estancamiento, están siempre ante la posibilidad de rectificar y probar con la otra. Los que, en cambio, se deciden por las fórmulas de *entendimiento*, es improbableísimo que retrograden hacia estadios más primitivos. Si en el mundo físico el azar va siempre en aumento, en este mundo humano su disminución es continua. Así, pues, aunque en un cierto instante los núcleos familiares que luchan entre sí se encuentren en franca mayoría, pronto sufrirá su número una sensible reducción y será superado por el de los que han sabido cooperar en paz. Hay, de este modo, una fuerza efectiva empujando a los hombres hacia la asociación, hacia la relación económica, hacia el

⁶⁹ *DEA REAL: Sobre los orígenes de la guerra, en Sociología pre y protohistórica, 1961.*

orden jurídico. Esta fuerza es la *necesidad de la cooperación para sobrevivir*. Un grupo la descubrirá ocasionalmente. Y ante el espectáculo de expansión resultante, los demás grupos próximos, o son absorbidos o lo imitan.

Es, por tanto, un hecho económico —la escasez— el que fuerza a romper el aislamiento humano para constituir una estructura social. Preguntémonos ahora qué hace falta para lograr establecer un régimen cooperativo que permita satisfacer las necesidades materiales y veremos el origen de las regularidades jurídicas. ¿Qué bases convencionales subyacen a cualquier sistema económico? Si un sistema económico presupone una forma social de producción, intercambio, distribución y consumo, hará falta para que exista que le preceda toda una serie de acuerdos pacíficos observados voluntariamente por una gran mayoría. Volvamos al supuesto b), por ejemplo, e imaginemos que cada familia atiende a sus necesidades mediante el ejercicio de una ocupación favorita. La familia A) caza, la familia B), pesca, la familia C) explora los bosques en busca de frutos. Cuando las circunstancias le son propicias, cada una de estas familias puede obtener alguna vez víveres en exceso y puede dar parte de ellos a alguna otra bajo la condición de que ésta, llegado un caso análogo, haga lo mismo. Si este hábito de cambio se *regulariza* produce un principio de especialización profesional y división de trabajo que convierte la producción aislada en producción social y que generaliza los cambios. El hecho económico fundamental, la producción social de los bienes escasos, requiere, pues, así, la existencia de un conjunto de regularidades jurídicas. Es menester que anteceda el hábito de respetar el modo de vida ajeno, la libertad de acción, la posesión de bienes ya ocupados, etc. Sólo cuando todas estas condiciones de la sociabilidad *resulten de hecho mayoritariamente cumplidas* cabrá la cooperación económica y el hombre estará en condiciones de sobrevivir. Es, por ende, imprescindible paria organizar la convivencia en régimen cooperativo que se hagan dominantes múltiples regularidades jurídicas de carácter natural. Tras ellas, podrán asentarse otras, ya imitativas o ya impuestas. Pero la razón, juzgando por experiencia, enseñó primero al hombre a conquistar la supervivencia haciendo compatible su libertad con la del prójimo.

He ahí nuestra teoría sobre el origen del Derecho como *un efecto de probabilidad*. ¿Cómo comprobarla?

Si nuestras suposiciones son correctas, debemos todavía poder encontrar hoy entre los primitivos actuales quienes vivan aún en estadios culturales semejantes a los descritos. Pues bien, tal es el caso. El supuesto a) se realiza aproximadamente en las regiones polares, entre los esquimales y la pones, si bien el grupo familiar se ha ampliado aquí, hasta constituir la que pudiéramos llamar «unidad mínima resistente al medio», y, además, el auge inevitable de lo superorgánico con el tiempo y el origen común de cada uno de estos pueblos ha producido hábitos de relación muy marcados y ciertas otras diferencias. El supuesto b) se da, por ejemplo, en muchas islas del pacífico; pero la paz se consigue ahora, aunque sobre la base de una cooperación deficiente, gracias a un estancamiento de la población. El supuesto c) se encuentra casi literalmente cumplido entre los yamanas de la Tierra del Fuego, que son la expresión más acabada de un pueblo en fase prepolítica. El supuesto d), finalmente, es el más general y se ve realizado en casi todos los pueblos salvajes de la Tierra ⁽⁷⁰⁾. También son todavía—salvadas las distancias que ha ocasionado la evolución de la sociabilidad— ejemplos del mismo fenómeno los Estados modernos aquejados de superpoblación. Hasta el momento sólo se han manifestado agresivos; pero comienzan ya a dejarse sentir los primeros síntomas de las tendencias integradoras, que

⁷⁰ Vid. nota 30.

acabarán por fundirlos en estructuras económicas continentales ⁽⁷¹⁾. La ley de concentración es siempre la misma, rija para pequeños núcleos familiares o grandes potencias. «Los que se necesitan no pueden ser enemigos; aunque comiencen luchando, acaban entendiéndose». He ahí, pues, la deseada explicación probabilístico-causal al hecho sociológico de las **regularidades naturales: son una simple consecuencia de la necesidad que el hombre siente de los demás**. Y no se crea que este factor, que indujo al hombre otrora a buscar compañera primero, y crear una familia, y a cooperar socialmente después, sea hoy un factor inerte. Nada de eso. La más decisiva influencia que soporta el edificio jurídico es la convicción universal de la necesidad del Derecho. Cualquiera de nosotros, por deseoso que esté de sustraerse él mismo a un deber jurídico concreto, siente repugnancia a la idea de que los demás dejen también de cumplirlo. Nuestro interés por el Derecho, como medio para un fin muy querido, nos fuerza en la gran mayoría de los casos a observar espontáneamente las primordiales reglas jurídicas. Hay, así, en la base de todo Ordenamiento que consiga vigencia, una porción de **regularidades de conducta** que surgen por sí solas, mediante la acción combinada de la razón y el instinto. Sin ellas no habría ninguna organización iuspositiva, ya que nadie hubiera plegado sus instintos de libertad en beneficio de otros, y ninguna cooperación, por elemental que se imagine, sería posible ⁽⁷²⁾. Dado que el concurso de circunstancias que empujan a la sociabilidad y hacen posible la supervivencia, se revelan tan armonizadas entre sí, tan propensas a ajustar las unas en las otras como para suponer que obedecen a un plan preconcebido, el filósofo no duda en referirlas a un designio Providencial, y, concibiéndolas como el **mínimo lógico de una convivencia pacífica**, en ver asimismo en ellas la expresión de un Derecho Natural que informa de **hecho** parcialmente el Derecho positivo y que debiera llegar a inundarlo en toda su plenitud algún día.

Así conceptuado, el Derecho Natural aparece como la fuente primaria de regularidades compatibilizadas, como un efectivo Derecho autosuficiente que gobierna la porción más amplia de la vida social.

A su lado, fuera también de toda tentativa consciente de imposición, el instinto imitativo se encarga de ampliar y de completar las regularidades naturales. Sin que se sepa bien por qué, aunque parece probable que jueguen en ello causas diferentes, el hombre se deja a menudo arrastrar por el deseo de copiar la conducta de otros hombres, a los que previamente ha erigido en modelo. Unas veces ocurrirá esto porque un incontenible admiración despierta la tendencia a reproducir las acciones con las que uno se identifica; así, leyendo las **Vidas Paralelas** sintió Carlos XII de Suecia encendérsele el ansia de emular a los héroes de Plutarco, y S. Ignacio de Loyola arrancó al **Flox Sanctorum** la decisión de hacerse campeón de Cristo. Otras veces, la simpatía o el amor nos llevarán a seguir fielmente el ejemplo que otros nos bridan: Juan Ramón lo ha hecho constar hacia lo eterno en aquel poema inolvidable: «¡Qué goce triste éste de hacer todas las cosas como ella las hacía!». Cuando simpatizamos con un comportamiento lo hacemos propio; cuando amamos a una persona queremos hacernos como ella. Otras veces la simple pereza es el motivo de la imitación. Copiamos un acto, por la sencilla razón de que nos es más fácil y económico reproducirlo que inventar otro. Por último, hay otras ocasiones en que la imitación es función del éxito del comportamiento imitado. Reproducimos una acción para obtener el mismo resultado que con ella se obtuvo. Sea lo que quiera con las causas, el caso es que en la vida social se manifiesta con toda energía una tendencia a la repetición rutinaria de la conducta. Fácilmente se crean hábitos populares variadísimos y vinculatorios. Y la materia

⁷¹ Vid. **Introducción**, cit. 292 ss. **Estudios**, cit. 101. Vid. *sup.* cap. I.

⁷² Vid. STAMMLER: **Filosofía del Derecho (ROCES)**, 1930, 143 ss

jurídica no es una excepción a esta regla. Desde que una fórmula del hacer *se usa* reiteradamente, su razón de existencia queda borrada, y entonces, es ella misma, sin referencia ulterior, la que deviene portadora del sentido valioso que primitivamente tenía el fin que la había inspirado. De esta suerte, la Sociedad⁽⁷³⁾ irá considerando a una costumbre como un **valor**, como algo que debe ejecutarse, y acto continuo ejercerá control en torno a su observancia para garantizarla⁽⁷⁴⁾. Surge, así, el Derecho consuetudinario, cuya eficacia no se mide por la opinión que merezca a un legislador, sino por las regularidades de conducta que constantemente está provocando⁽⁷⁵⁾.

Ahora bien, tan pronto como una costumbre logra la fuerza vinculante que la transforma en Derecho no es ya más la expresión de una mera regularidad imitativa, sino el producto de una **imposición social**. Esto sucede desde que se forma un estado de opinión colectiva tendente a considerar un uso como provisto de **valor**, porque desde entonces, en un doble movimiento, el individuo adquiere conciencia de su carácter obligatorio y se dispone tanto a cumplirlo como a respaldarlo. Claro que en ese mismo instante la que era nada más una pura regularidad imitativa, practicada con espontánea deliberación, será suplantada, en adelante, por una **regularidad impuesta**, tan apremiante o más apremiante que las que tratan de establecerse por Ley. Pero entramos con esto en la tercera clase de regularidades, cuyo conjunto forma el Derecho positivo que rige hoy en todas las naciones civilizadas. Veamos, pues, así, en su Conjunto, cómo opera el Derecho positivo y hasta dónde es capaz de suscitar las regularidades de conducta que aspira a producir.

¿En qué consiste el Derecho positivo? No es cosa de entretenerse ahora en refutar una vez más la clásica teoría, recientemente desacreditada, que lo configura como un mero **sistema de normas**⁽⁷⁶⁾. Nada sería el Derecho si a eso quedara reducido, ya que normas que no se viven o que no se aplican son palabras vacías y papel mojado. La tendencia más progresiva de la Filosofía jurídica actual resalta sobre todo en el Derecho positivo su particularidad de constituir una **organización**⁽⁷⁷⁾. Y esta idea es fecunda en la medida en que descubre en él un conjunto **coordinado de elementos destinados a cumplir juntos una función práctica**. ¿Qué elementos son éstos, cuál es su función y cómo la cumplen? Tales interrogantes son de imprescindible contestación para comprender la etiología funcional del Ordenamiento jurídico. No obstante, antes de proceder a darles respuesta, debemos recordar un momento la famosa teoría de la Escuela Vienesa sobre la pirámide jurídica y el escalonamiento de las normas.

Esta teoría —evoquémosla brevemente— se propone enjuiciar las condiciones de inserción de las normas en la totalidad del sistema iuspositivo. Las normas jurídicas, que consideradas unas aparte de las otras forman una pluralidad diferenciada de objetos, tienen que poseer una propiedad en común que les confiera su característica unidad, haciéndolas partes de un todo.⁽⁷⁸⁾ Tal propiedad, cuyo descubrimiento es uno de los méritos imperecederos de Kelsen, no es otra

⁷³ Cfr. OGBURN-NIMKOFFS: *Sociología* (BUGEDA), 1958, 294 ss.

⁷⁴ Vid. TIMACHEFF: *Introducción*, cit. 73 ss.

⁷⁵ Cfr. GEICER: *Vorstdiem*, cit. 41 ss., 132 ss.

⁷⁶ *Introducción*, cit. 78 ss.

⁷⁷ Cfr. BRXTSIIM: *El pensamiento jurídico* (PTTIG BRUTAXJ), 1959, 39 ss.

⁷⁸ *La demostración lógico-matemática de este hecho en Estudios*, cit. 74 ss.

que la *derivabilidad* apodíctica de cada norma a partir de una *norma fundamental*. Esta norma fundamental, que se enuncia «debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación»⁽⁷⁹⁾, y que no es «impuesta», sino «supuesta», hace que cada uno de los preceptos positivos deba *subordinación* a otro u otros superiores que le sirvan de intermediarios con dicha norma fundamental. El orden positivo adquiere así la estructura de una pirámide. En su vértice, presidiendo el tinglado, se yergue la norma originaria, a donde todas las restantes deben venir a parar; luego se encuentran las de inmediata jerarquía; y, al fin, en la base, las normas individuales, las resoluciones concretas que fundan el acto de coacción⁽⁸⁰⁾.

Gracias a esta visión de la Escuela Vienesa, las disposiciones jurídicas han podido presentarse a nosotros como constituyendo una unidad compacta, coherente, con un único sentido funcional. Sin embargo, por raro que sea, a pesar de que se lo estaba exigiendo la congruencia interna de la doctrina, la Escuela Vienesa, encastillada en su normativismo, no se atrevió a saltar a la realidad viva del hacer. Consideraba deberes y deberes; pero se abstenía, temiendo pecar de sociologismo, de enfrentarse con los propios actos de cumplimiento, aún reconociéndolos de naturaleza *voluntarista* y, por ende, discrecional. ¿Pero qué era la normatividad sin eficacia pragmática? Un «fiat» impotente: mero viento de palabras que no arranca a la nada de su inacción. Por eso no es extraño que la «Teoría pura del Derecho», corrigiéndose en sus reencarnaciones, haya venido a desembocar en dos pragmatismos tan radicales como la Escuela Escandinava y la Egología⁽⁸¹⁾.

Sea como quiera, la construcción de la pirámide jurídica contiene una enseñanza substancial que abriga consecuencias del mayor interés. Si suponemos que las normas engarzan entre sí sin contradecirse tanto a lo alto como a lo ancho de la pirámide⁽⁸²⁾; si, por necesidad imperiosa, han de estar supraordinadas y coordinadas en una totalidad hermética⁽⁸³⁾ y sin cesuras, entonces la conclusión no deducida, pero inevitable, es que las normas cierran un universo insular: son Los semblantes epifenoménicos en que se patentiza una substancia singular, que es siempre una y la misma. Y esta substancia no es el Derecho—como quería Kelsen—, porque ya hemos visto que el Derecho supone mucho más. Esta substancia es simplemente la *norma*, que es una sola y no una pluralidad o multitud.

Un genial filósofo indio, que muy pocas veces ha encontrado, ni aún en Occidente, superior, sostuvo atrevidamente una concepción cosmológica monista, adoptando un punto de vista sin par. Así como para Platón la realidad realísima del Universo, el cimiento último de su sistema, era la teoría de las ideas, o para Aristóteles el ser real, o para Descartes la conciencia del yo pensante, para Sankara, como para Spinoza, la única perspectiva legítima para hacer una Filosofía era enfocarla desde Dios. Sankara no vaciló en acometer esta imposible aventura. Pero su resultado fue desalentador. Al mirar desde Dios a todas las demás realidades, Sankara las tuvo que encontrar desancladas, inconsistentes, vacías. Todas acababan por ser una mera ilusión. Con

⁷⁹ KELSEN: *La teoría pura*, cit. 98.

⁸⁰ KELSEN: *Op. cit.* 94 ss.

⁸¹ *Introducción*, cit. 257.

⁸² Cfr. COSSIO: *La coordinación de las normas jurídicas con especial referencia al problema de la Causa en el Derecho*, 1948.

⁸³ Cfr. COSSIO: *La Plenitud del Orden jurídico*, 1947.

una lógica implacable, el mundo se va tornando entre sus dedos una mera *magia de Dios*; sólo un sostenido milagro lo mantiene. En su íntima verdad, arrancado del Ser Único, el Universo tiene que volver a la infirmitad de la nada⁽⁸⁴⁾. Pero a Sankara no le arredra la conclusión. Cree en sus principios, cree en su lógica... y se despreocupa del resultado: Podrá juzgarse sorprendente, insólito; pero él sabe, está convencido de que *tiene que ser verdad...*

Pues, bien, salvadas las distancias y las proporciones, a nosotros nos parece que Kelsen hubiera debido proceder con la misma tajante decisión. Si las normas se le revelaban como un todo unitario y sin juntas, debió afirmar, no la unidad esencial del Derecho, sino la unidad esencial de la normatividad. Si hacer normas, en aplicación de la primera, fuera Derecho, éste no sería ya sólo *norma*, sino que sería principalmente *actividad*. Si hacer las normas por derivación no fuera Derecho, entonces sería inconcebible cómo el Derecho pudo haber llegado a ser. En Kelsen —sin escapatoria— todo el Derecho está producido por una conducta no jurídica; de ahí que todo el Ordenamiento positivo esté sin legitimar, y, por ello tenga que resultar indiscernible de los hechos⁽⁸⁵⁾.

La verdad es que es la norma lo que constituye una gran unidad. Ni ésta, ni aquélla, ni la otra prescripción concreta tienen valor normativo independiente. Tampoco solas tienen un sentido particular⁽⁸⁶⁾. Cada precepto positivo aislado es un paso hacia la norma, igual que un principio metódico es un paso hacia la verdad. La norma, en su ser indivisible, es la expresión del *método jurídico*; pero no se olvide que una regla metódica no es nada, que el método no es método cuando sus reglas no se observan en su absoluta plenitud.

Es ahora cuando se ve hasta qué punto carece de sentido preguntarse cuál es el Poder social con facultad normativa creadora⁽⁸⁷⁾, o cuáles son las fuentes del Derecho. La norma —única— no resulta de la acción particular de ningún Poder social o del Estado. Todos los que intervienen en la creación jurídica hacen, por un momento, un aporte al proceso constitutivo de la normatividad. Pero no hay Poder humano alguno que pueda proporcionar la norma ultimada; ni jamás ha podido existir soberano de quien sea lícito decir que cuanto haya hecho con miras jurídicas haya llegado a ser Derecho. El Derecho positivo no es exclusiva de nadie ni de algunos solos. Es «*un quehacer metódico, combinado, con el que producir pacíficamente vida social*». Y decir *pacíficamente* es negar todo resquicio a lo arbitrario, al voluntarismo; es negar al Poder o a la fuerza cualquier clase, por fugaz que sea, de concomitancia con el Derecho. El Derecho lo es todo, en unidad hermética, o nada es, como la verdad, que por ninguna parte consiente márgenes al error. Todos los que intervienen en el proceso normativo *pueden* contribuir, así, parcialmente a la instauración del Derecho; pero sólo lo hacen cuando aciertan con su verdad. Si las teorías son exactas se las encontrará como regularidades de conducta en la vida social. Si son erróneas, causarán perturbación en ésta y, a la larga, tendrán que resignarse a ocupar en el papel en que se escribieron el lugar que les niega la Sociedad. Mas ni siquiera mientras se imponen son Derecho: son fuerza bruta que trata de usurpar su función.

¿Qué hace, pues, el Juez a lo largo de su actividad discriminadora? ¿Qué especie de norma es

⁸⁴ DANDOY: *L'Ontologie du Vedanta. Essai sur l'acosmisme de l'advaita*, 1932.

⁸⁵ *Conclusión a que llega la Escuela Escandinava. Sobre ella, vid. LEGAZ: Filosofía del Derecho, cit. 143. Introducción, cit. 150 ss.*

⁸⁶ *Estudios, cit. 215 ss.*

⁸⁷ *Cfr. CASTRO: Op. cit. 331 ss.*

la que tiene que aplicar? ¿Hace el Juez Derecho? Las respuestas —ahora— son obvias. El hecho básico es que el juez tiene siempre, absolutamente siempre, el indispensable deber de fallar. Que el caso sobre el que juzga está *aún* —por eso es indispensable su tarea— al margen del Derecho, como en contradicción con la paz. La norma para el caso *aún no está dada por completo* para que exista tiene que ser «terminada» por el Juez. ¿De dónde la extrae?» De ese todo, aún incompleto, que la norma es todavía. No de un precepto aislado sino de un conjunto superior. Leyes, costumbres, decisiones precedentes, construcciones científicas, son siempre —en su adherente realidad— necesarias para llegar al Derecho, como lo es también el Derecho Natural. El Derecho positivo consiste en sumar regularidades de conducta nuevas a regularidades de conducta que existen ya. Descuidar una porción del Derecho ¡cualquiera!, pasar por alto una fuente de regularidades jurídicas socialmente operante sobre la paz, no será nunca *sumar* y *completar* el Derecho; será *sustraer* a la vida un factor esencial para pacificarla.

Tal es la teoría. Y la experiencia no la repudia, desde luego, sino que la avala. El Juez no tiene en ningún caso un problema único que resolver, aplicando un precepto aislado. Se encara, por el contrario, con una serie de problemas que se enredan unos en otros con enorme complejidad. Ahora o antes (y entonces recurre al precedente) el Juez tendrá que haberse persuadido del valor jurídico del precepto que trata de aplicar. Un conjunto de normas —cada una con las mismas lagunas— tendrán que haberse cumplido para que ese precepto cuestionado haya alcanzado verdadera eficacia. Y repitiendo invariablemente la pregunta de norma en norma, el Juez tendrá que llegar en un momento dado a los hechos de la vida social, a ciertas costumbres, al Derecho Natural incluso. En otro caso, no encontrará el sentido de la normatividad. Es cierto que, en ocasiones, la Ciencia jurídica puede ofrecérselo; pero la Ciencia jurídica, que trabaja para los Jueces, no habrá hecho más que adelantarse haciendo previamente lo que hubiera tenido, en otra hipótesis, que hacer por sí propio el Juez. Desde el hecho litigioso hasta la resolución judicial, hay, jurídicamente, la distancia de la *nada* al *ser*. Para salvarla no basta una porción sin vida del Derecho; hace falta el Derecho en su viviente realidad total. Es la totalidad normativa únicamente la que nos da el sentido pleno de una interferencia intersubjetiva cualquiera, como sólo la totalidad del Ser Divino puede brindar explicación plenaria a cualquier fragmento del Universo.

III

UNA TEORÍA OBJETIVA SOBRE LA JUSTICIA

I

Cuando se haga un balance de la deuda que ha contraído la civilización occidental con la Filosofía griega un concepto iusfilosófico inmarcesible tendrá que ser un día colocado en el primer plano del interés. Porque rara vez se ha formulado construcción alguna que en orden de importancia para la vida de la humanidad pueda disputarle la primacía. Nació como una intuición afortunada, rica de perspectivas inadivinables, en la imaginación genial de un gran poeta griego. Después, incorporada a la Filosofía y elaborada por varias generaciones de filósofos, llegó a ser un capítulo obligado de toda reflexión madura sobre el Derecho. En otras teorías, en otros productos del espíritu, podrá haber sus dudas sobre si Grecia aprovechó o extrajo solamente las últimas consecuencias de ideas que habían germinado en el Oriente. Pero ahora se trata de una teoría típicamente griega, que no superó el estadio del pensamiento vulgar en ninguna cultura más antigua; que no tiene verdaderos precedentes fuera de la Hélade, a pesar del Código de Manú, a pesar de toda una Biblia. En labios de los pensadores orientales aquella noción no pasó de ser un *sentimiento*. Grecia, en cambio, la definió con rigor y alzó sobre ella un cuerpo de principios. Esta teoría radicalmente helénica es —se puede conjeturar fácilmente— la teoría de la Justicia.



Grecia consiguió, de pronto, habérselas con una noción de lo justo desde que el poeta Simónides de Ceos, luminosamente, entrevió en qué podía consistir la Justicia. No ha llegado, por desgracia, a nosotros, el poema de Simónides; ni siquiera conocemos el tenor literal de sus versos. Pero Platón, en su *República* nos dice lo siguiente: «Qué es lo que, a tu ver, declaró con acierto Simónides respecto a la Justicia — Que es justo —repuso— dar a cada uno lo que se le debe»... Así, pues, parece evidente que Simónides hace consistir la Justicia en dar lo suyo a cada cual. Este destello fecundo, este prometedor comienzo que, si no condensaba, por lo menos anticipaba algo de la verdad, bastó, repetido casi literalmente por Ulpiano, para dar satisfacción a la inmensa mayoría de los filósofos medioevales y modernos; pero no alcanzó, sin embargo, a colmar la inquietud investigadora de Platón y Aristóteles. Gracias a esto, la Filosofía griega legó al mundo una concepción de la Justicia tan depurada que todavía permanece sin agotar. Nuestra posibilidad de recibir aún inspiración de Grecia en este punto es similar a la que nos brindan muchas otras creaciones de aquella su imperecedera Filosofía. Si Roma ofreció a Occidente un Derecho cabal, prudente, experimentado, articulado sobre la eficacia; si Roma enseñó a los hombres y a las agrupaciones políticas a conducirse según Derecho, a gobernarse en todo bajo formas jurídicas, Grecia tiene en su haber en este campo el haber dado a la Humanidad la noción suprema de la Justicia.

Fundiendo los saberes prácticos sobre el Derecho que Roma comunicó a los hombres y las esplendorosas teorías sobre lo justo elaboradas por los pensadores griegos se hubiera podido posteriormente erigir un sistema jurídico de tan acabada perfección que hubiera logrado garantizar a la Comunidad humana una paz como no la ha conocido hasta el momento. Por desgracia, las ideas de Platón y Aristóteles tuvieron que soportar como un paréntesis de siglos. Aún no haciéndose silencio sobre ellas, quedaron, en la práctica, como arrinconadas y sin efectividad. Grecia, falta de su coyuntura política, no supo darles vida. Y cuando el año 212 a. C. las tropas de Marcelo conquistan Sicilia, tras haber dado muerte a Arquímedes, que, extasiado

en la contemplación de ciertos diagramas matemáticos no reparó en el soldado que le intimaba la rendición, entonces el rompimiento con la especulación fue tan completo como irreparable. Los «soñadores» griegos fueron relevados por los «prácticos» romanos, cuya fiebre de hacer dejaba espacio insuficiente para ocuparse de «filosofías». Y nadie tuvo ya el coraje necesario para reemprender las investigaciones que quedaron pendientes sobre la Justicia. El Derecho Romano se impuso en el mundo desde entonces; pero se impuso llevando sobre sí la grave deficiencia de un concepto estratificado de la Justicia.

El Derecho Romano se realizaba en la práctica, eso sí, con la acabada exactitud de un instrumento de precisión; funcionaba como tal vez no haya funcionado jamás ningún otro. Pero, en cambio, estuvo carente de un ideal extrínseco de Justicia que pudiera inspirarle una evolución reflexiva hacia los más altos designios. Los juristas romanos, en un ambiente de libre indagación que hoy deseáramos para nosotros, lograron, es cierto, con inigualada pericia, llevar a cabo una tarea jurisprudencial de imprevisible alcance, con pocos más recursos que los del buen sentido y del instinto. Sólo la maravillosa eficacia del genio político de aquel pueblo pudo evitar que su sistema jurídico, entregado casi sin reservas al sentimiento natural de lo justo, no degenerase en un gigantesco despotismo. «La mejor manera de no acertar en la práctica —dice Menéndez y Pelayo— es volverse de espaldas a la teoría». El milagro de Roma consiste en haber conseguido plasmar el Derecho más perfecto que se conoce a partir de principios pobres y formalistas —el juicio es de Mommsen— y con métodos puramente empíricos. La Política del Derecho en la República Romana era de tan elevada perfección que fue capaz de realizar una obra ingente con medios manifiestamente raquíticos. La explicación de esta aparente anomalía está en la escasa intromisión política en lo jurídico; en la inalterabilidad del *ius* por la *lex*, con su secuela de hegemonía de los *prudentes*; en el carácter popular del Ordenamiento, pues es el «populus» quien aprueba las «leges», temiendo sólo el Magistrado un derecho de *proposición (rogatio y ius agendi cum populo)*, y, en fin, en que toda la estructura política del Estado está montada sobre un equilibrio de fuerzas en pugna, con necesidad de pactar entre sí (dualidad de Magistrados con posibilidad de *intercessio*), mientras que la ambición de poder tiene abierto un camino, si bien único y gradual, que garantiza la experiencia, la competencia y la dedicación al oficio (*cursus honorum*). El Derecho Romano, pues, si se salvó por mucho tiempo de la perversión se lo debe a un milagro, ya que estaba abocado a ella por su penuria científica y la ausencia de un ideal de Justicia que lo llenase. Pero el mal estribó en que a la hora de su difusión por el mundo lo que se hizo objeto de recepción fueron las soluciones romanas y no las directrices políticas que las habían determinado. Como suele acontecer, se copió lo accesorio, no lo principal. Y todas las soluciones romanas, todo el Ordenamiento político de Roma tenía sobre sí una gran mácula: la de no haber logrado superar la concepción ulpiana de la justicia. Cuando Simónides propuso su célebre definición, el concepto que exteriorizaba estaba dotado de una gran fuerza incitativa. Simónides hablaba de «lo suyo» probablemente sin referirse para nada a ningún Derecho positivo. Pero cuando Ulpiano recogió la definición de Simónides la hizo objeto de un añadido miope. Una sola palabra que adicionó, en rigor, bastó para amputar al primitivo concepto toda su briosa dinamicidad y para supeditarla mansamente al Ordenamiento jurídico estatuido. Al transformar lo *propio de cada cual* en el *derecho de cada uno* Ulpiano consagraba el *statu quo* y hacía de la Justicia un principio inmanente al sistema iuspositivo. Ulpiano, con toda intención, quiso colocarse en la órbita de un Orden jurídico preexistente. El Derecho Romano era, ante todo, una obra de los *prudentes*, por lo que ellos mismos no podían sentir frente a él «hambre y sed de Justicia». De esta manera le faltó a ese Derecho un criterio extrínseco, trascendente de Justicia. La fórmula de Ulpiano, apegada a un régimen jurídico ya en marcha, resultaba, así, valedera entre partes y como medida de la conducta de los Jueces; pero era completamente insuficiente para Legisladores. Enuncia qué se debe hacer desde que ya existe

un Derecho; guarda silencio —cosa más importante— respecto a lo que se debe hacer para crear el Derecho mismo. Este defecto de la concepción ulpiana no era excesivamente comprometedor en Roma, donde un Legislador, en el sentido moderno, no existía; pero era gravísimo en Estados de otra estructura constitucional, puesto que sancionaba el más desmesurado positivismo. La definición de Ulpiano conducía a mantener rígidamente los criterios de adjudicación originariamente instaurados y a garantizar la estabilidad del Derecho. Era inútil, en cambio, a la hora de asegurar las necesarias innovaciones que impiden que cualquier organización iuspositiva degenerare en una suma de anacronismos...

Estas deficiencias de la concepción de Simónides no pasaron, tal vez, inadvertidas al genio crítico de Platón y Aristóteles. Por lo de pronto, a ninguno de los dos les pareció satisfactoria. El hecho es evidente, porque Platón inició sus investigaciones sobre el tema en el mismo punto en que la definición de Simónides, sagazmente comentada por él, quedaba exhausta de sugerencias y atisbos. Y porque Aristóteles, prosiguiendo la obra de su Maestro, arrancó también sus finos análisis de idéntico principio. Así se ve en su *Moral a Nicómaco* donde su exploración del concepto presupone constantemente que los actos injustos se reducen a tomar o querer tomar más o menos de lo debido.

Así, pues, tanto Aristóteles como Platón se hicieron cargo de que la fórmula del poeta de Ceos dejaba muchas cosas por aclarar, previas y posteriores, y los socráticos, fieles a su deber de filósofos, se lanzaron a la empresa, bien ardua, si las hay, de ir esclareciéndolas gradualmente.

Platón, como era de esperar, dada la índole sintética y poético-intuitiva de su genio, llega a una noción grandiosa de la Justicia, una noción realmente macrocósmica, que no se detiene en ninguna perspectiva particular, sino que intenta integrar todas las perspectivas y todos los aspectos en una sola fórmula omnicomprendiva. No parte, pues, Platón de esta o de aquella inducción casuística de la Justicia para una serie de relaciones humanas particulares. Se remonta, por el contrario, a la idea absoluta de un Estado perfecto y, suponiendo que la Justicia es forzosamente el fundamento de su perfección, trata de averiguar qué es lo que confiere toda su excelencia al Estado ideal que él concibe. Le cabe deducir entonces que el requisito *sine qua non* para la perfección de un Estado estriba en que cada uno haga en relación a los demás aquello que le es más propio. Lo cual supone que cada hombre desempeñe la función para la que está más capacitado; que tenga el puesto y el papel que exigen sus aptitudes y que esté en situación de mantener y conservar después cuantos bienes se le deriven de ahí. Esto implica, a su vez, *que no pierda nada de lo suyo* en sus relaciones con los demás, a quienes, de rechazo, corresponde el deber de respetar la esfera de sus atributos específicos. He ahí, pues, cómo la concepción platónica de la Justicia supera la fórmula de Simónides, ya que la engloba como un supuesto particular, como un corolario de su gran principio.

De acuerdo también con su propio modo de ser, Aristóteles aborda el tema de la Justicia desde un plano de carácter preferentemente analítico. No parte de una idea universal de que deducir las perspectivas particulares. Su punto de arranque es más bien lo particular, de donde trata de inducir, más allá de Simónides y de Platón, la verdadera naturaleza de la Justicia. Aristóteles se propone nada menos que penetrar en la entraña más íntima de la cuestión. Quiere definir, mediante un solo concepto clave, cuál es la fórmula precisa y práctica que permita saber cuando se ha hecho o no se ha hecho Justicia. Aristóteles busca algo que no habían suministrado Simónides ni Platón. Algo que sirva para decidir, frente a cualquier serie de casos homogéneos, cuál es la solución justa que les conviene. E investigando a fondo en el problema, Aristóteles llega a un resultado sorprendente. El, que había dirigido un hondo ataque contra el intento de aplicar la metodología matemática en la Física, aparece aquí, inesperadamente, dando pruebas

de la intuición genial que lo guía, con una teoría matemática sobre la Justicia. No se crea que son apreciaciones personales. Los textos —categóricos— no dejan el menor resquicio a la duda. Dice, en efecto: «Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio entre los extremos de toda desigualdad. Este medio es la igualdad, porque en toda acción, sea la que quiera, en que pueda darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también enclavada en el medio. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual. Y si lo igual es un medio, lo justo debe ser, del mismo modo, un medio. Pero la igualdad supone, por lo menos, dos términos... En tanto que medio, lo es entre ciertos términos que son el más y el menos; en tanto que igualdad es la igualdad de dos cosas; en fin, en tanto que susceptible de justicia, se refiere a personas... Lo justo implica, pues, necesariamente, 4 elementos por lo menos, puesto que las personas a las cuales se aplica son dos y las cosas en las que se encuentra son igualmente dos. Por otra parte, la relación en que están las cosas es la misma en que están las personas entre sí. Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando, no siendo iguales, reciben, sin embargo, porciones iguales»...

Cualquiera podría creer que después de esta caracterización magistral de la Justicia la teoría de Aristóteles quedaba completa. Autores hay, ciertamente, que así han visto las cosas. Pero Aristóteles, en los pasajes siguientes de su famoso libro, quiere indudablemente mejorar su expresión, tanto en la forma como en el fondo. Para ello, afirma primero que lo justo es algo proporcional, porque la proporción es una igualdad de relaciones de cuatro términos por lo menos... y lo justo se compone, asimismo, de cuatro términos como mínimo. Y la relación es la misma porque hay la misma división exactamente con relación a las personas que a las cosas: La cosa C es a la persona P , como la cosa C es a la persona P' .

El pensamiento matemático de, Aristóteles no se patentiza con claridad a un lector moderno. Pero cabe ponerlo al día, a condición de traducir su lenguaje geométrico a nuestro actual lenguaje algebraico. Aristóteles parte de la acertada consideración de que la Justicia distributiva consiste en una división. Hay que repartir un *total* (de bienes, de honores, de lo que sea) entre un cierto número de personas. El divisor preciso se desconoce. Para aproximarse gradualmente a él, Aristóteles sienta, primero, una regla negativa. No cabe tratar ciegamente a todos por igual, porque los méritos de los aspirantes no son iguales. Pero tampoco tenemos, no obstante, un patrón absoluto de igualdad al que plegarnos. En otro caso no habría lugar a recurrir a la teoría de las proporciones, sino a la de las igualdades, a la de las ecuaciones. Nuestro patrón, según Aristóteles, es el de la proporcionalidad. Y la proporción puede existir algébricamente aunque un término— el fundamental— sea una incógnita. La ley de la proporción es una ley de congruencia. Es decir, dada esta primera relación entre esta magnitud —sea cualquiera— y esta otra, la misma relación de similaridad congruente debe mantenerse ya entre la que se busca y una ocasional cualquiera. El primer miembro puede ser convencional, si se quiere; pero, fijado el módulo de proporcionalidad, cualquier otro miembro que se tome prejuzga fatalmente el último término. Aristóteles no predica, pues, una igualdad absoluta, con todos sus términos predefinidos, sino que, para él, la igualdad de la Justicia es una igualdad proporcional, acomodada al esquema de la *proporción geométrica discreta*. Estoy seguro de que si Aristóteles hubiera tenido a su disposición los poderosos recursos del cálculo diferencial nos hubiera suministrado una teoría cuantitativa de la Justicia capaz de ahorrarnos la gigantesca conmoción del marxismo y esta pugna bélica que se avecina para debatir cuál debe aplicarse entre dos falsos sistemas distributivos. Cuando la Humanidad libre su próxima batalla —y quiera Dios preservarla de ella definitivamente— los dos inmensos bandos beligerantes van a decidir por las

armas —en loca ordalía «civilizada»— el problema puramente teórico y científico de la Justicia distributiva. Esta herencia dramática se la ha traído al mundo la preferencia que han otorgado los juristas al dogmático verbalismo ulpiano sobre la genial visión de Aristóteles.

El mal que acecha hoy a la Comunidad humana reside en que fue con aquel endeble criterio de Justicia ulpiano como el Derecho Romano hizo su penetración en la Legislación de Occidente. Los filósofos del Derecho europeos, vencidos por el prestigio acumulado de Ulpiano y del Digesto, no se atrevieron a modificar substancialmente una fórmula que les parecía una confirmación más de la *ratio scripta*. Es verdad que los más grandes escolásticos entendieron siempre el *ius suum* en términos metapositivos, al amparo de sus convicciones iusnaturalistas. Pero el Derecho Natural era para ellos un conjunto de primeros principios, todavía pendientes de concretización, y aplicarlos por completo a la práctica no era posible. Así las cosas, el pensamiento jurídico del Occidente cristiano, en lugar de proseguir las investigaciones geniales iniciadas por Platón y Aristóteles, se dejó dominar por la superficial y seductora versión ulpiana de la Justicia. Por eso, mientras insensiblemente los sistemas políticos imperantes se iban aproximando al Estado soberano moderno, el Derecho tenía que verse envuelto en una gran crisis.

A mediados del siglo XVIII tuvo lugar en Europa un acontecimiento inesperado, de significación extraordinaria. De pronto, se hizo patente al espíritu de los investigadores sociales la posibilidad de explicar científicamente un mundo de hechos hasta entonces inaccesible. Se descubrieron en la vida económica regularidades permanentes y el hombre dedujo enseguida series de consecuencias importantísimas. Así nació la Economía Política. Y su nacimiento suscitó una admiración incontenible en las mentes más esclarecidas de la época. Puede decirse que cundió el estupor. Cuando Quesnay hizo público su *Cuadro Económico*, nada menos que un Mirabeau saludó a la naciente disciplina como a una de las tres más grandes invenciones humanas, con la escritura y la moneda. Y a nadie le pareció exagerado o risible el juicio. Y cuando algo más tarde, Adam Smith publicó su *Riqueza de las Naciones*, obra por la que la Economía política iniciaba su edad adulta, Buckle dijo de ella: «Es probablemente el libro más importante que se ha escrito en el mundo»...

Una oleada de optimismo produjo, pues, como siempre ocurre, esta nueva conquista de la inteligencia. El caso no era para menos. Hasta entonces, el hombre había tenido que conducirse con pasividad ante los fenómenos económicos y ni siquiera había soñado en hacerlos objeto de conocimiento científico. De pronto, al descubrir el orden espontáneo que preside la vida económica, al vislumbrar sus leyes y al adivinar, en consecuencia, la posibilidad de mejorar su situación investigándolas y plegándose a ellas, no es extraño que momentáneamente quedara deslumbrado. Parecía que iba a repetirse en el campo económico la gran hazaña que con Newton acababa de realizar la Física. ¿No era, pues, del todo natural que floreciera y se contagiara el optimismo?

Pronto la Economía Política, con la seducción fascinante de su prometedora juventud, comenzó a exportar conceptos a otras disciplinas científicas. Primero la Política, luego la Historia y la Filosofía, después la Sociología y el Derecho se fueron beneficiando con alguna de sus conquistas. La teoría económica que antes que ninguna otra había de impresionar a los pensadores en todos los sectores del saber fue la doctrina del *orden natural*, del *equilibrio económico*, de la armonía espontánea lograda inconscientemente por los hombres sólo con seguir la pauta de sus instintos egoístas. No olvidemos que el cuadro que nos presentaban los grandes clásicos, en su resplandeciente perfección, evocaba por fuerza la idea de una armonía preestablecida. Una sola causa profunda gobernaba toda la vida económica: el *interés personal*,

como manifestación concreta del egoísmo. En persecución de ese interés, los hombres se procuran los trabajos más remunerados que están a su alcance. Y como la Sociedad paga mejor lo que más necesita, todas las necesidades tienden a ser satisfechas por igual y la producción y el consumo se equilibran. Por un momento, un bien determinado puede producirse en exceso o escasear más de lo debido. No importa. La Economía dispone de mecanismos de reajuste automáticos que subsanarán el defecto con prontitud y perfección admirables. De darse escasez, subirían los precios por encima de su nivel medio general, dando lugar a una super-renta que estimularía la producción hasta que se restableciese el equilibrio. Si, por el contrario, la crisis ocasional fuera debida a una super-producción, el descenso de precios haría antieconómico proseguirla; se impondría, pues, una restricción, y otra vez quedaría restaurado el equilibrio. La Economía era, así, un verdadero «cosmos», que se autorregulaba por sí mismo. El hombre, que acababa de descubrir en la Ley de gravitación la clave del gran orden de la naturaleza y su razón de equilibrio, no podía ver con excesiva sorpresa análoga estructura en su organización social, y extendió el principio confiadamente al propio medio, de que era responsable él mismo. La Física, que ha dictado casi siempre consignas al pensamiento, difundía entonces esa creencia y a nadie se le ocurría discutirla. Lo malo fue que esa creencia, llevada al terreno económico, tenía que transformarse en otra ya no indiferente. Si la vida económica constituye de por sí un orden admirable, todo en ella tiene que ser considerado absolutamente intangible. Toda intromisión estatal habrá de resultar perturbadora. Lo que es, debe ser, porque es lo mejor posible, y hay que abandonarlo a su propio curso para el mayor bien de los hombres. Esto quería significar aquella famosa expresión: «Laissez faire, laissez passe, le monde va de lui même».

Tales doctrinas económicas no pudieron por menos de ejercer inmediatamente influencia política. Luego, todo un Hegel, incorporándolas, robustecidas, a su sistema, les prestó la sanción oficial de su filosofía hegemónica. Su «divinización» del hecho —tan a menudo mencionada— no era más que una generalización de la actitud de los economistas. En una época que parecía haber logrado por fin la «demostración» de que todo estaba bien en el universo, ¿no era completamente lógico que la Filosofía tomara por su cuenta y universalizara los fáciles postulados del optimismo? Conocida hoy la impronta que produjo en Hegel Adam Smith, nada más natural que tender una correlación entre sus respectivos puntos de vista.

Es un hecho sociológico que cuando una teoría científica empieza a estar de moda en muchos campos diferentes, no hay rama del saber que a la larga sea capaz de sustraerse a su prestigio. Poco a poco se va imponiendo, hasta ser la clave del pensamiento de una época. Tal fue lo que le aconteció a la doctrina del *orden natural*, propugnada amorosamente por los economistas clásicos: circuló de disciplina en disciplina, y a la postre, como era de rigor, le tocó también el turno al Derecho.

Dentro de este particular sector científico aquella teoría se presentó bajo fórmulas muy distintas y con pretensiones encontradas e inconciliables. Inspiró, por una parte, una nueva forma de iusnaturalismo; sirvió, por otra, de justificación al más crudo positivismo posible y amenazó, por último, ciertas concepciones tradicionales de la Justicia. En este punto no hacía más que refrendar la tesis de Ulpiano, al hacer de lo justo una suerte de convección propia de cada Ordenamiento positivo. De atenderse a la naturaleza de las cosas, la noción de lo moralmente justo perdía todo significado: una ley natural determinaba fatalmente lo que tenía que acontecer a despecho de todas las previsiones legislativas. A dos aspectos de las relaciones humanas se aplicó preferentemente este escandaloso criterio: a la teoría del interés y a la del precio.

Todos recordarán con qué exquisito cuidado los moralistas y filósofos medioevales habían elaborado trabajosamente la teoría del interés y del precio justo, corrigiendo y completando

sagazmente el pensamiento de Platón y Aristóteles. Sabido es que estos dos grandes filósofos condenaron abiertamente el préstamo retribuido. Para ellos, toda *usura*, todo tipo de interés, es una flagrante injusticia, porque el dinero es un medio de cambio, improductivo en sí, y es contrario a su función que el facilitar su uso reporte beneficios. Los doctores escolásticos compartieron, en principio, estas apreciaciones de los dos geniales filósofos respecto al interés del dinero, que la ley canónica y la civil, de consuno, prohibían; pero, atentos a los problemas de conciencia que se presentaban, a su sabia casuística de confesonario, reconocieron tres excepciones importantes al rechazo total del préstamo retribuido: el *damnurn emergens*, el *lucrum cessans* y el *periculum sortis*. Paralelamente a esta tentativa de investigar las circunstancias en que sería justo el interés, los pensadores del medioevo se preocuparon aún más del *precio justo* y del *salario legítimo*. ¡Las leyes morales y jurídicas debían ser acatadas voluntariamente por los propios interesados para templar las desigualdades económicas y evitar la injusticia!

Así estaban las cosas cuando la Economía se alzó como Ciencia y comenzó a enunciar sus propias leyes y principios. A partir de este instante, reacia a toda tutela, reivindicó su independencia y quiso disponer de sí misma. Los economistas se enfrentaron con los moralistas y filósofos, y, repudiando sus concepciones sobre el precio justo, les opusieron su propia teoría sobre la objetividad de los precios. Los precios se formaban en el mercado según una ley muy precisa, y la voluntad aislada de un particular no podía sustraerse a su fuerza. Más aún. En ese admirable cosmos económico, el precio desempeñaba una importantísima función reguladora, como factor de exclusión y como estímulo o freno de las actividades productivas. Propugnar, pues, una modificación de los precios por cualesquiera consideraciones extrínsecas equivalía a sostener que algo necesario por decreto providencial pudiera resultar inicuo. La cuantía de los precios dependía de una ley económica; es decir, de un hecho natural, y resultaba carente de sentido asignarle el calificativo de justa o injusta. Idénticas consideraciones se aplicaban también a la retribución del trabajo.

¿Qué significación y trascendencia alcanzaron estas aserciones de los economistas? Por de pronto, implicaban la más tajante negación de una concepción iusnaturalista de la Justicia. Los dos aspectos de la Justicia subrayados desde Aristóteles: la justicia conmutativa y la distributiva, eran partes de ese gran orden económico providencial y había que aceptarlas sin apelación, tal como venían impuestas por los hechos. ¡Fuera de cada relación concreta, que encontraba en el correspondiente contrato voluntario su ley positiva justa, no tenía verdadero sentido plantearse los problemas de una ulterior justificación metafísica! ¡La concepción ulpiana parecía disfrutar ahora la espléndida ratificación del triunfo!



Se inicia, con esto, el siglo XIX y en 1804 el Código Napoleón implanta en el Derecho las directrices liberales que preconizaban estas teorías. Una gran parte del mundo occidental se acomoda enseguida a la legislación francesa, sobre todo a su espíritu. De esta suerte se echa de menos en los Ordenamientos positivos un canon trascendente de rectitud; pero nadie, por entonces, presta atención a esa deficiencia. ¡Las ideas reinantes hacen imposible advertirla!

Ínterin, la Ciencia económica continúa haciendo progresos y va completando sus perspectivas. Ya en 1739 Godwin en su *Encuesta sobre la Justicia política* se plantea el problema de la transformación del orden social y económico en gracia a una noción de Justicia muy original,

que erigía como criterio de distribución la necesidad relativa de cada individuo. En réplica a este trabajo, publicó Malthus en 1798 su *Ensayo sobre el principio de la población*, mostrando por primera vez, a lo vivo, una agrietadura cuarteante que amenazaba la seguridad y aún el carácter providencial de la estructura económica vigente. En 1817 los *Principios de Economía Política y de Tributación* de Ricardo volvían a hacer vacilar la concepción optimista al formular la célebre ley de los rendimientos decrecientes del suelo. En 1824 el irlandés William Thompson en su *Investigación sobre los principios de la distribución de la riqueza* se enfrenta ya, por primera vez, valerosamente, con el orden jurídico que sostiene la estructura económica de su tiempo y lo repugna en su totalidad como contrario a la Justicia. De sus alegatos, fundados en una doctrina difícilmente reprochable, no se hacen, en absoluto, eco los juristas. Con ese hábito conservador tan propio, los juristas, ajenos a toda investigación que se desenvuelva en parcelas del saber ajenas a su minifundio, ni se percatan siquiera de las reivindicaciones de los economistas. Y se da la paradoja de que son éstos los únicos sensibles a la injusticia social de que está erizado el ambiente. Pronto, sin embargo, van a oír hasta los más sordos. Porque ese gran tema, que nunca debió haberse dejado alejar de la vida, va a ser objeto indirecto y principio implícito fundamental de la acción revolucionaria de un hombre de indiscutible genio. Este hombre es Carlos Marx. Desde 1848, Carlos Marx lanza en la teoría y en la práctica un duro ataque al sistema económico-social dominante en su época. Ya para él —especialmente a partir de 1859 con su *Crítica de la Economía Política*— el orden económico no es un orden providencial y necesario. Aplicando la doctrina relativista que se había ido abriendo paso entre los científicos desde que Lobatchewski había arrancado de su trono a la única disciplina que conservaba aún valor de indiscutibilidad plenaria: la Geometría de Euclides, Marx reconoce la validez de las leyes clásicas de la Economía dentro del orden capitalista; pero sugiere que este orden no es el único posible ni el mejor. Más aún, ese orden económico lleva en sí los gérmenes de su propio aniquilamiento. La progresiva acumulación de la plusvalía, con la concentración de capitales y eliminación de la clase media producirá un dualismo social antagónico del que resultarán crisis sucesivas hasta la catástrofe del sistema.

En el fondo, todas las aserciones de Marx, pese a la apariencia lógica de su materialismo dialéctico, sólo han podido producir un impacto social en la medida en que contienen una subterránea invocación a los principios de Justicia. Es verdad que la noción de lo justo, por su inevitable espiritualidad, es extrínseca al materialismo. Pero no cabe duda que en el lector de Marx es este sentimiento tácito y no los fríos y abstrusos razonamientos, difícilmente compartibles, lo que puede crear el clima de asenso que ha hecho hoy de su concepción puesta en práctica una fuerza revolucionaria poco menos que irresistible.

Sólo en un ambiente positivista, desinteresado por los problemas totales de la Justicia suprallegal, podía llegar a fructificar una ideología que aspira en el fondo o hacer una cierta Justicia tras una previa negación radical de los supuestos de toda Justicia. La teoría de Marx es, ni más ni menos, *la reivindicación de una clase a expensas de todas las otras*. Y sólo es concebible que prendiera en el mundo en función del vacío que reinaba en los Ordenamientos desde que se había perdido contacto con la grandiosa teoría platón aristotélica de la Justicia.



La tensión prebélica a la que hoy nos remos abocados no es el despliegue dialéctico de una idea adveniente, sino la ingente amenaza de una catástrofe vecina. Tal vez, nuestra insegura Nínive

logre aún su liberación. Pero será un Derecho justo, un Derecho cerrado a la posibilidad de una agresión hacia el exterior, lo único que puede poner paz en esta inicua pugna por el predominio. Otra vez, pues, ha de pasar a* primer plano del interés de los filósofos el concepto supremo de la Justicia. De un modo especial, los filósofos del Derecho actuales estamos apremiados por el deber de ir llevando a término las concordes investigaciones que los socráticos dejaron pendientes sobre este capital argumento y relevar así a los economistas de una tarea que les es ajena y en la cual sólo les podía seguir el desacierto.

Un poeta había sido, el gran Simónides, el que intuitivamente abriera a los socráticos, en un relámpago de genio, una amplia y luminosa perspectiva. Otro poeta, más cercano a nosotros, atisbando con parecida clarividencia el problema álgido que traería el futuro, condensó también en forma sublime la idea que debe dar la clave a nuestra construcción de la Justicia. En su bellísimo poema «*Die Teilung der Erde*» escribe Schiller:

*Nehmt hin die Welt! rief Zeus von seinen Höhen
den Menschen zu; nehmt, sie solí euer sein.
Euch shenk'ich sie zum Erb und eiv'gen Lehen
doch teilt euch brüderlich darein.*

¡Hombres, tomad el mundo! Desde su trono
clamó Júpiter, —vuestro debe ahora ser;
es en legado eterno que yo os lo dono,
si un reparto fraterno sabéis hacer..

Pocas veces como actualmente una intuición certera logrará ofrecer en un solo destello la solución cabal a un intrincado enigma. Ha sido puesto en nuestras manos todo un mundo de rara belleza y de ingentes posibilidades. ¡Es nuestro, es de todos!... Pero pesa sobre nosotros la condición de un reparto fraterno, condición nada fácil de cumplir, porque ignoramos *a priori* los requisitos inderogables que van implícitos en ella. De todas suertes, el atisbo poético proporciona la orientación inicial, que es bastante para desenvolver una teoría científica. A la altura de los recursos de nuestra época, vamos a alzarla, pues, sin demora, con el máximo rigor que nos sea posible.



Pocos como Schiller han vislumbrado probablemente el carácter dinámico que debe tener un criterio útil de la Justicia. En cada momento están llegando al mundo nuevos hijos de Dios, que, disponiendo de un *crédito providencial* sobre una parte de las cosas, tienen derecho a que la Sociedad, que lo detenta interinamente, se lo haga efectivo. Es condición inexcusable para ello el saber de antemano a cuánto debe ascender este crédito providencial; y el magno problema de nuestro tiempo consiste en fijar, con la máxima precisión posible, las bases jurídicas y algorítmicas que han de trenzarse para su solución. La cuestión fundamental del Derecho no es, así, de naturaleza cualitativa, como creen erróneamente todos los juristas, sino cuantitativa y matemática, puesto que se reduce a una *división*, por especiales que sean el dividendo, el divisor y el cociente. La Ciencia jurídica debe recurrir, pues, a la Matemática, suministrándole, a modo de axiomas, los datos iniciales de planteamiento, con el fin de lograr por ella la fórmula

resolutiva que dirima, de una vez para siempre, ese problema de la distribución, sobre el que hoy más que nunca discuten sin entenderse juristas, economistas y políticos. ¡Es el único modo de hacer de un semillero de discordias, donde sólo reinan apreciaciones subjetivas sin fuerza de convicción, un tema de debate científico, susceptible de ser tratado con los criterios de verdad que preconiza la Epistemología!

Una teoría científica sobre lo justo requiere, como primera condición, estar exenta de toda contaminación ideológica. La Ciencia exige fundamentos predicativos verificables y, en consecuencia, es incompatible con cualquier clase de ideologías. Por ello, no podemos admitir un concepto de Justicia que sea *extrínseco* a la Ciencia del Derecho, ya que su evidente aprioridad e indemostrabilidad conduciría inevitablemente al desahucio del Derecho como Ciencia empírica, por ser la experiencia, en tal caso, el único juez y la única limitación admisible.

Por otra parte, la propia idea de lo justo se opone en forma incontestable a cualquier inicial arbitrariedad. ¡Sólo hay Justicia cuando no existe género alguno de prejuicio! En fondo y forma, la Justicia se resiste a cualquier designio parcial. Ninguna previa suposición es conciliable con ella, pues el juzgar con objetividad está reñido con cualquier pasión o prejuicio. Cuando el jurista investiga, asumiendo carácter de Juez, en este pleito universal sobre el reparto de los bienes que encierra el planeta (o el sistema solar mañana), debe enfrentarse con su problema sin ninguna clase de idea preconcebida. ¡Sólo le importa conocer el hecho polémico que se le ofrece en la experiencia y el fin que el Derecho persigue! Con estas dos nociones y sin ninguna otra presuposición podrá llegar a comprender sin mayor esfuerzo, qué realidad última se descubre en las entrañas de lo justo. Con este propósito, vamos a despejarle el camino.

Volvamos los ojos a un sistema jurídico cualquiera y tratemos de indagar primero, al modo *ulpiano*, en qué reside dentro de él la Justicia. Tanto da que concibamos el Ordenamiento como un conjunto de normas o como una serie de conductas, hechas normativamente compatibles. El resultado es siempre el mismo: Normas y conductas se entrelazarán en un todo homogéneo superior, afectándose recíprocamente, y producirán mediante su conjunción el Derecho. Ahora bien, imaginemos que el Ordenamiento es la puesta en práctica de uno o de unos pocos principios y que éste o éstos hayan satisfecho ya su inicial exigencia de Justicia. Desde la perspectiva imánente en que estamos colocados ahora, el problema se nos presentará en estos términos: ¿Cómo habrá de ser construido el sistema *iuspositivo* para conservar los criterios de Justicia introducidos en tal o tales principios? O de otra manera: ¿cuándo se perderá la legitimidad originaria en un Ordenamiento rectamente instaurado? La respuesta es sencilla. Habrá Justicia en ese Ordenamiento mientras las normas individuales agregadas, apoyándose unas en otras, se concierten en la práctica para realizar su cometido; mientras no se desdigan ni se obstaculicen entre sí. Porque si las normas son contradictorias, o, lo que es lo mismo, si los que intervienen en el proceso de concretización gradual de lo jurídico, actúan por su cuenta, desviándose a principios diferentes o incompatibles, entonces, con la contradicción que sobreviene, se desmoronará la posibilidad inicial de Justicia, pues una norma privará de los bienes que hayan sido deferidos por otra. Esto quiere decir que en el seno del Ordenamiento positivo la Justicia no es más que una ausencia de contradicción entre las diversas normas de que se compone o entre las normas y los actos que deben cumplirlas.

Si, saltando sobre esta limitación, inquirimos, al modo de Platón y Aristóteles, no ya sobre la Justicia inmanente al sistema *iuspositivo*, sino sobre la Justicia de su primero o primeros principios, todavía la respuesta, aunque en apariencia disimilar, será la misma.

Si el Derecho es un instrumento de pacificación; si su objeto consiste en hacer que cesen los

conflictos entre los hombres, es evidente que ninguna proposición jurídica que encierre en sí un germen de discordia puede estimarse que cumpla con su designio primordial. Y menos aún las normas primarias del Ordenamiento. Pero si estas normas se orientan decididamente hacia la paz y usan medios idóneos para lograrla, ninguna exigencia ulterior, extraña a ese propósito, puede basar reproches de injusticia. El Derecho no puede servir más fin que el suyo propio; postularle un ideal extrínseco es incurrir en pecado de servidumbre a ideologías. Al Derecho le basta con la paz, cuya consecución auténtica ya supone, por lo demás, como corolario inherente, el trato igual y la satisfacción de las apetencias elementales del ser humano. Porque la paz no es sólo la momentánea abstención de luchas, sino que, sobre todo, reside en una íntima aceptación del orden estatuido. Por eso, no podrá darse paz donde cualquiera de los instintos humanos esenciales esté sofocado por el poder o se lo desconozca en la práctica. Bien acertó a verlo Aristóteles al referirse a «las disputas y reclamaciones (que surgen) cuando aspirantes iguales no reciben partes iguales; o cuando, no siendo iguales, se les da, sin embargo, idénticas porciones».

La esencia de la Justicia resulta, así, clara. Si la Justicia intranormativa no es otra cosa que la ausencia de contradicción, tiene que confundirse con *la verdad de las proposiciones jurídicas*. Y si cada proposición jurídica, cuando se la considera como parte de ese Derecho que debe hacer la paz, lleva encapsulada la afirmación de que su observancia mayoritaria la implica, entonces es también evidente que el problema de la Justicia extranormativa no puede ser tampoco diferente al problema de su verdad. La Justicia, según eso, es simplemente la *verdad jurídica*. Y se tendrá, cuando las normas primarias del Ordenamiento sean empíricamente eficaces para lograr un máximun de paz; y las secundarias resulten obtenidas de aquéllas mediante simples operaciones lógicas. No hay otro camino, cuando la Ciencia del Derecho se califica humildemente como la Ciencia de la Paz...

2. TEORÍA MATEMÁTICA DE LA JUSTICIA.

La teoría tradicional de la Justicia desemboca en extrañas e inevitables paradojas, casi todas ellas achacables a su despreocupado *ábrusismo*, a su real falta de contacto con la intuición.

En efecto; la idea de Justicia se aplica ordinariamente por igual a cosas tan dispares como las normas jurídicas, los singulares actos humanos, el Ordenamiento positivo en su totalidad y el hombre mismo. Y en apariencia, nada es más lógico. Si la Justicia se cifra en *dar a cada uno lo suyo*, es obvio que cualquiera de los elementos que integran la enumeración precedente parece susceptible de recibir con plena legitimidad el calificativo de “justo” o “injusto”. Tanto las normas como los actos humanos, tanto el Ordenamiento como el hombre, observarán o no la regla de Justicia: darán o no darán a cada uno lo que le es debido.

Con todo, un análisis a fondo en los supuestos del problema no confirma la apreciación superficial. La Justicia no puede definirse como consistente en “dar lo suyo a cada cual” sin incurrir en una burda *petición de principio*. Porque, ¿cómo sabemos lo que le corresponde a cada uno? Precisamente, ahí está el problema. Una vez más, la práctica presupone una teoría que la esclarezca y dote de sentido. Para el jurista lo importante no es tanto la predisposición a dar a los demás lo propio, fenómeno interno y moral del que partimos, cuanto el *método para discernir sin error lo que le corresponde a cada uno*. ¿A qué viene todo el Derecho si no es a

decirnos cabalmente lo que le toca a cada cual? Luego si el Derecho resuelve efectivamente el problema distributivo ¿por qué recurrir a un criterio extrínseco de Justicia? Si la Justicia no es simplemente la delimitación de lo que debe adjudicarse a cada ser humano ¿qué oficio cumple? Y si lo es ¿dónde está la fórmula con que opera? Lo que no cabe admitir en ningún caso es que la Justicia recurra al Derecho y el Derecho remita a la Justicia.

Para que una teoría de la Justicia pueda servir al Derecho es imprescindible que contenga explícitamente formulado un criterio que sea válido para discriminar en cualquier momento *lo mío* y *lo tuyo*. Sin él toda invocación a la Justicia es inútil para los juristas. Paralelamente, si el Derecho es el efectivo módulo de Justicia ¿qué significado podría tener entonces extender el calificativo de “justo” a todo el Derecho?

A tales objeciones da, en apariencia, una réplica fácil la teoría del Derecho Natural. Un Derecho positivo para ser justo tiene que supeditarse dócilmente a los dogmas distributivos que aquél proclama. La fórmula que determina en última instancia lo que debe ser adjudicado a cada uno no puede ser otra, según esta tesis, que el Derecho Natural. Lo que no se comprende, entonces, es la función que cumple entre los iusnaturalistas una concepción de la Justicia. Evidentemente es superflua. El Derecho Natural tradicional tiene que ser para sus partidarios Justicia, a secas. Pero, para ser lógicos, deberían, en relación con la teoría de la Justicia, afirmar tajantes, como Laplace: “No tengo necesidad de tal hipótesis.”

Mal andarían las cosas, si la solución a un grave problema de la Ciencia jurídica hubiera de hacerse depender de otro más grave aún. Para que el Derecho Natural pudiera cumplir la función que esta teoría preconiza sería necesario que poseyera un carácter indeficiente. Que diera respuesta perentoria a todas las cuestiones susceptibles de planteamiento. En un palabra: *Que se hubiese formulado ya por completo*. Como es claro, en tal suposición el Derecho positivo estaría de más. Sus coincidencias con el Derecho Natural serían vanas redundancias. Sus desviaciones, auténticas injusticias visibles, que urgiría remediar. Y como sólo estas desviaciones podrían entonces justificar y dar sentido al Derecho positivo, resulta patente que el mejor Derecho positivo sería en ese caso el que nada tuviera que decir por su cuenta; es decir, el que se remitiera en todo al Derecho Natural, el que se resignara al suicidio. Y esto, en el plano deontológico es la mejor manera de acreditar la ilegitimidad de una existencia.

La única escapatoria que parece plausible para la teoría ius-naturalista en este punto estriba en sostener que el Derecho Natural es un conjunto de principios aislados, que no atañen a una enorme porción de determinaciones contingentes, ni son pasibles de un entrelazamiento sistemático. Se lo concibe entonces como una serie de axiomas para la deducción ulterior; pero dejando claros entre sí, sin lograr la contigüidad lógica requerida para formar un cuerpo.

En esta posición, el Derecho positivo es siempre imprescindible, ya que cumple el oficio de integrar el Derecho Natural, fijando las soluciones que éste deja en blanco. Pero, de rechazo, se hará ya difícil identificar al Derecho Natural con el *supremo criterio de Justicia*. Principios con solución de continuidad, dejan a la fuerza resquicios; no pueden aspirar a formar un universo lógico, capaz de ser completado por deducción, y, por ende, hacen inevitable el arbitrio, al tener que permanecer indiferentes cuando se tropieza con una pluralidad de posibilidades concebibles en la resolución de un caso cualquiera. En semejante hipótesis, o no podemos saber qué es lo de cada uno antes de que el Derecho positivo venga a decírnoslo, lo que equivale a disponer de una fórmula de Justicia que sólo funciona intermitentemente, o se nos hace preciso elaborar otra con ingredientes muy distintos.

A la verdad, podría no asustar esta limitación de la concepción iusnaturalista tradicional. En

apariencia, no hay la menor contraindicación en el hecho de descubrir en el seno de lo jurídico dos estratos de muy diversa índole. Uno, de carácter **absoluto**, intangible, del que el Derecho positivo no puede prescindir. Otro, de carácter **contingente**, discrecional, que el Derecho Natural no enjuicia y que, por tanto, sólo el Derecho positivo es competente para decidir.

Ahora bien, este punto de vista, que incluso podría parecer superficialmente que se hace cargo de la realidad tal cual es, resulta, por muy poderosas razones, insostenible. Si los principios del Derecho Natural, insertándose unos en otros, no forman un cuerpo compacto, cerrado, ¿cómo podremos afirmar su unidad lógica? ¿Cómo sabremos siquiera que, cumpliendo la primera condición que ha de exigirse a un conjunto de axiomas, son compatibles entre sí? Cada principio tendría ya que imponerse a la evidencia por sí mismo, con una excesiva multiplicación de causas, y ser, incluso, objeto de una especie de revelación particular a la conciencia, cosa tremendamente insatisfactoria.

Por si esto fuera poco, veamos lo que acontecería al tratar de aplicar en la práctica una teoría iusnaturalista de este corte. Imaginémosnos ante un caso litigioso que quisiéramos regular a tenor de los principios de Justicia sentados por el Derecho Natural; pero que no fuera inmediatamente reconducible a ellos. ¿Cómo haríamos para solucionarlo? La respuesta parece fácil: Deduciendo la norma resolutive a partir de dichos principios. Pero ¿y cómo sabremos que no vamos a desembocar en un “claro”, en una de las posibilidades indiferentes ante las que el Derecho Natural se inhibe? Es inconcuso que sólo cabrá llegar a saberlo **después de haber apurado las consecuencias últimas de dichos principios**. ¿Y entre tanto, qué? ¿Reinará el arbitrio?

No puede dudarse que tal teoría del Derecho Natural acaba por devorarse a sí misma. Sobre todo, porque partiendo de principios inconexos no es posible deducir con evidencia apodíctica las conclusiones inherentes, ya que todo razonamiento ha de hacerse a expensas de una pluralidad de premisas eslabonables. Si la ley de la deducción es la coherencia intrasistemática, no se ve cómo será posible organizar un cuerpo de doctrina partiendo de proposiciones discontinuas. Las restricciones y condicionamientos de cada conclusión irían amplificándose en progresión geométrica hasta hacerse imposible seguir el hilo del discurso. No por otro motivo se impone al razonamiento mate-discurso. No por otro motivo se impone al razonamiento matemático una constante generalización.

De todas suertes, si los principios del Derecho Natural no se interpenetran para cubrir todas las contingencias litigiosas de la vida social, nunca será legítimo hablar de un concepto universal de Justicia. A lo sumo, podríamos referirnos a una pluralidad de criterios naturales de Justicia.

Si uno no echa en olvido que para la fórmula tradicional lo que hay que hacer es repartir entre los hombres los bienes escasos del mundo, no es dado admitir ya concepciones sobre la Justicia que se declaren de antemano incapaces de cumplir con la necesaria universalidad este cometido. Una regla distributiva incompleta e incompletable o perpleja no se ve qué utilidad pueda reportar a los juristas, cuando, a la hora de la verdad, el problema de los problemas para el Derecho consiste en dividir los bienes económicos que llenan el mundo entre todos los seres humanos que se resienten de su falta. Una fórmula real y práctica de Justicia debe estar en condiciones de decidir **a priori** cómo ha de ser efectuada esta distribución para lograr un Ordenamiento irrefutable y sin contradicciones íntimas. A esta meta debe enderezarse nuestro trabajo.



Adolece aún la teoría tradicional de la Justicia de otras pequeñas máculas a las que conviene referirse antes de intentar su superación. En primer lugar, tiene un fondo metafísico que le impide gozar de la amplia aceptación requerida para poder servir como acuerdo inicial previo a la elaboración de ese Derecho mundial que comienza a echarse de menos en nuestra época. Y lo peor es que ese suelo metafísico ni es necesario a la teoría ni excusa otro cimienta a la construcción.

En efecto, osemos inquirir frente a la propia teoría su por qué último. ¿Por qué habrá que dar a cada uno *lo suyo*? La primera respuesta es fácil y pone de relieve el carácter lógico o, mejor, *tautológico* de la doctrina y el abstrusismo que le reprochamos. “Hay que dar a cada uno lo suyo, porque, afirmada la pertenencia de algo a alguien, sería contradictoria su negación sin causa.” Pero las ulteriores réplicas son cada vez más vidriosas y discutibles. “¿Por qué es suyo ese bien?” Evidentemente, ahora hay que remitirse al contestar a *modos concretos de adquirir el dominio*, derivativos u originarios; pero siempre inseparables de hechos positivos. De hechos y de *pruebas*, que son aún mucho más positivas. Hagamos gracia de estas últimas y sigamos con nuestros interrogantes. Imaginemos que se nos dice que la atribución de la cosa se ha efectuado por la *ocupación* de la misma. Bien; entonces volvemos a cuestiones *por qué* la ocupación puede determinar propiedad. Se nos dirá en ese caso una de estas dos cosas: O que así se ha establecido de Derecho, con lo que urgiríamos aún si la decisión positiva es acertada; o se nos dirá tal vez que la ocupación por *Derecho Natural* genera propiedad. Lo difícil sería demostrar el aserto; pero aceptémoslo como bueno y sigamos nuestra pesquisa. “¿Es definitivamente inviolable la ocupación una vez consumada?”. ¿Sí? ¿Y aceptaremos entonces sin reparo que el simple hecho de haber nacido antes actúe como un factor de exclusión y privilegio desigualando a los individuos y a las familias? Se objetará que la propiedad lograda por esta vía tiene sus límites en razón del bien común; pero ¿qué Derecho los fija? Y sobre todo, ¿en qué momento los fija? ¡Interminables preguntas en secuencia causal que hacen visible la constante necesidad de sólidos decretos positivos! En último término, siendo inexorablemente precisa una regulación detallada de la ocupación para que surta efecto en la experiencia (hasta dónde se puede extender, por ejemplo), el Derecho Natural se abandonaría desde el origen al Derecho positivo y éste en sus pronunciamientos concretos tendría siempre problemas específicos de Justicia ¡A aquella teoría de la Justicia habría que añadir otra complementaria para no andar a ciegas o a capricho!

En segundo lugar, el tan traído y llevado Derecho Natural escolástico se nos presenta siempre como un secreto celosamente guardado por sus partidarios y en constante proceso de rectificación. Anatemamizan éstos en su nombre multitud de normas positivas invocándolo como un *prius* de la investigación; pero cuando se los apremia a que se definan en términos concretos y nos den construido el Derecho Natural al que a cada paso se remiten, se pierden en alegaciones imprecisas. Así no han sabido decirnos aún categóricamente si algo tan primario para el Derecho como el matrimonio es de justicia que sea monogámico o si el Derecho Natural se abstiene de fallar dando por buena la poligamia. Y en lo que se refiere al derecho de propiedad no sabemos tampoco con certeza si por Derecho Natural todas las cosas son comunes o si es apodéctica la adjudicación individual.

No, pues, sin serias razones abandonamos la teoría clásica sobre la Justicia.



Frente a ella, sostenemos nosotros que el Derecho no necesita de un criterio extrínseco de

Justicia. En otras palabras: que el jurista, como hombre de Ciencia, no necesita salirse de su propia especialidad para poder dictaminar sobre el calificativo que pueda merecer una norma o un acto jurídico: *Con que haga Derecho, ya hace Justicia*. Huelga toda preocupación ulterior.

Veamos de mostrarlo.

Afirmamos de entrada —aunque ambas cosas han de justificarse a simultáneo— que las normas jurídicas no constituyen imperativos, pese a su apariencia gramatical, sino que cuando se las enuncia con todos sus sobreentendidos, son auténticas proposiciones enunciativas, susceptibles de *verdad* o de *falsedad*. Las normas jurídicas no se limitan a decir, como habitualmente se cree, que a un cierto supuesto A debe seguir una cierta consecuencia B. No son órdenes conminativas comunes, como al decir: “Si no dejas de chillar, te daré un tirón de orejas”, sino que contienen tácitamente una relación teleológica hipotética. Aseveran, en rigor, que la consecuencia *B* debe seguir *mayoritariamente* al evento *A*, *si la paz en una comunidad dada quiere conseguirse*. Esta condición es de suma importancia, aunque ninguna norma la contenga explícitamente, porque es el supuesto común a todas ellas, lo que las hace Derecho. Una norma que no busca la paz, será cualquier cosa menos jurídica. Aunque se la coloque en un Código. Se referirá a otra cosa y permanecerá en otro mundo. Pero desde que una norma hace ese pronóstico tácito sobre la paz, ya es enunciativa y ya puede ser susceptible de verdad o de falsedad: ya constituye una proposición científica abierta al tratamiento por exclusión. Pues bien, según nuestra tesis, una proposición jurídica *verdadera* es siempre justa y una *falsa* siempre es *injusta*, con lo que la Justicia no es otra cosa que la *verdad jurídica*.

Es sumamente fácil demostrar cómo en el seno de un Ordenamiento positivo la Justicia de los actos de aplicación depende en todos los casos de haberse mantenido fiel el agente a los cánones de la verdad jurídica. En efecto, dada la estructura jerárquica de las normas, las del plano inferior son desenvolvimientos de las que forman los planos superiores. La incongruencia de una disposición con otra de rango más elevado se presenta siempre como una *contradicción* invalidatoria. Y como cuando tomamos las normas en sus meras relaciones internas, abstracción hecha de su contenido, las convertimos en un sistema de proposiciones lógicas, resulta incuestionable la tesis, pues sabido es que en el campo de las relaciones de inherencia no hay otro canon de verdad que la *ausencia de contradicción*. El problema demostrativo que nos acucia realmente es el de acreditar cómo una norma *verdadera*, es decir, capaz de producir un máximo de paz en un estadio determinado de la vida social, no puede ser *injusta*, ni siquiera en el sentido de privar a alguien de algo que le es debido.

Para llegar a este resultado, no tenemos más remedio que acudir a una axiomatización jurídica. Sean, pues, los postulados siguientes:

- 1º) El Derecho consiste, por decirlo así, en una geometría de la libertad ininterferente, o también, si se quiere, en una lógica de la convivencia pacífica.
- 2º) Paz es la libre aquiescencia íntima ante el ordenamiento estatuido en una sociedad dada.
- 3º) Se entiende por sociedad un sistema eficaz de relaciones interhumanas recíprocamente condicionadas.
- 4º) Se llama orden a una forma privilegiada de sucesión de eventos, identificable y excluyente.
- 5º) La libertad, que es un *hecho*, surge primero en la experiencia como un poder físico de acción concreta sobre las personas, los animales y las cosas. Es, en este sentido, una capacidad de introducir cambios en el mundo; es decir, orden y desorden. El orden es, pues, humanamente hablando, un *producto*, posterior en el tiempo a la libertad y hechura de ella.

Dadas las precedentes definiciones y supuestos, es fácil deducir:

a) $L = P$; es decir, frente a las cosas la potencia física del hombre es absoluta, esto es, no encuentra otros límites que a sí misma.

b) $Ls = P$. O sea, frente a las demás personas, la libertad tropieza con su propia capacidad de reacción, individual o colectiva.

c) **Protonorma**: $S' = S'' = S''' = \dots = S_n$. (Para un máximo de paz es necesario que el ordenamiento distributivo parta de una esencial igualdad intersubjetiva). (Demostración: En otro caso, la aquiescencia unánime decrece; brotan reacciones individuales y colectivas frente al privilegio; y la norma, que no se orienta al máximo de paz, se detecta como error jurídico).

d) Corolarios: Las convenciones originarias sobre títulos atributivos han de ser adoptadas por convención, no por imposición. (**D**.: Aquéllos a quienes vengán impuestas no son tratados de acuerdo con la protonorma, con error jurídico).

.) Axioma de libertad: Toda conducta se supone lícita mientras no se evidencia que interfiere en ajena órbita de titularidad sin el consentimiento probado de la persona que la detenta. (Partiendo de otro supuesto, habría alguna conducta que gozara de un privilegio inadmisibles).

:) Principio de suficiencia formal: Todo estado de hecho con probabilidad de ser legítimo ha de ser inviolable en principio y substraído al juicio individual y parcial decidiéndose sólo sobre él por juicio social e imparcial. (Cualquier presunción de mala fe o de mejor fe priorística destruiría, sin causa suficiente la igualdad jurídica).

. :) Principio de evidencia social: La imposición de cualquier sanción jurídica debe requerir la existencia de algún comprobante con evidencia social reproducible. (No siendo así, falla asimismo, la igualdad, ya que una afirmación primaria sobre otra sin causa alguna).

d') De los precedentes corolarios y axiomas se deducen en abundancia normas e instituciones jurídicas. Veámoslo.

De a) y d)..), se deduce la legitimidad de la ocupación de cosas *nullius* y de la posesión. Por d) :) La posesión es un equivalente *a-priori* de la propiedad. Por a), c) y d) .) se obtiene igualmente que “no es admisible restricción alguna de la libertad que no redunde en beneficio de alguien”. Por tanto, derivamos:

e), $L = P - (V + M)$ (La libertad jurídica es el residuo del poder humano que no se restringe mediante prohibiciones y mandatos expresos).

La libertad jurídica engendra la propiedad y el principio de autonomía de la voluntad y, a través de ellos, y afirmada la conservación de poderes, todas las formas contractuales y los derechos sobre cosas adquieren su razón de ser específica.

De d), c), a) y e) dimana la necesidad de poner límites a la ocupación, para que no resulte privativa en el presente o en el futuro.

Análogamente, y por idénticas razones, llegamos a su vez al principio de distribución dinámica, según el cual: “Todo ser humano, por el sólo hecho de haber nacido, dispone de un crédito providencial sobre una parte de los bienes escasos de la tierra, que la sociedad, que lo está detentando interinamente, debe hacerle efectivo”.

Queda demostrado, así, como la idea de paz conduce e implica la de Justicia. Es, pues, cierto, que la Justicia no consiste en otra cosa que en la *verdad jurídica*.



En las indagaciones anteriores hay un concepto fundamental que ha quedado enunciado en abstracto, aunque se traduce siempre en la experiencia en normas concretas. Nos hemos referido allí vagamente a “ciertas convenciones originarias sobre títulos atributivos”, sin precisar más. Tampoco hemos descendido a detalles en cuanto a las limitaciones de la ocupación ni hemos dado fórmulas para la distribución intersubjetiva de los bienes escasos. A estos resultados llegaremos más adelante, y por otro camino. Lo que nos hace falta, de momento, es situarnos ante la realidad jurídica concreta, ante los deficientes Ordenamientos que nos rigen, para inducir por ellos cuál ha de ser el clima propicio a la Justicia. Precisamente el hombre vislumbra esta idea mediante una contraposición entre lo *que es* —con sus defectos e imperfecciones— y lo *que debiera ser* en puro ideal; es decir, mediante el choque entre *lo dado* y *lo concebible*.

Parece que es opinión común entre los juristas que cada Derecho positivo constituye una fórmula distributiva coherente (hasta cierto punto) de las cosas y de las conductas. Tal modo de ver delata un análisis precipitado de los hechos empíricos. En rigor, en toda sociedad organizada conspiran tres fuerzas de muy diverso signo y sesgo en pugna por operar una distribución efectiva. Una de ellas, expresión pura y simple de la libertad frenada desde dentro, es la *economía*. La segunda, obra del poder y de la sujeción, es la política. La tercera, que conjuga la libertad y el poder, y que aspira a objetivarse e impersonalizarse, es el *Derecho*.

No es difícil llegar a comprobar la exactitud de los asertos anteriores. Basta aducir algunos ejemplos confirmativos.

Que hay una distribución de los bienes escasos que obedece a leyes económicas es manifiesto. Cuando yo quiero adquirir una cosa en un mercado que se aproxime a las condiciones de la libre concurrencia, he de pagar un *precio* que se ha fijado de una manera objetiva, impersonal, que es distinto del que se fijaría si predominara la voluntad de alguno de los contratantes o una decisión del poder público. ¿Qué significa ese precio? Aparte de otras funciones, el precio juega en la vida económica como un factor de exclusión. Resuelve el problema de la participación o no en los bienes escasos y de la cuantía que alcance en función de la cantidad de dinero disponible. Y, por su parte, la disponibilidad de dinero responde también a motivaciones económicas concomitantes. Por ejemplo al capital acumulado, al valor social del trabajo que se presta, a su cantidad y calidad, etc. El dinero se presenta, así, como un instrumento destinado a hacer una cierta Justicia, y con las ventajas de operar sin coacción y de ser un patrón de medida cuantitativo.

Que hay otra forma de distribución que se pliega a designios políticos es también evidente. El poder público impone tributos, otorga subvenciones, modifica el régimen de derechos y obligaciones preexistente, interviene los precios, etc. No toda intromisión del Gobierno en este campo ha de considerarse, sin embargo, de carácter político. El poder puede también crear Derecho. Lo hace cuando somete su arbitrio a fórmulas objetivas e impersonales de convicción, cuando busca la verdad jurídica. No lo hace cuando decide *ad libitum*. En la mayoría de los casos, por desgracia, los móviles para legislar son políticos y no jurídicos. Basta para demostrarlo con argüir que la mayor parte de las leyes dependen de una votación, de *síes* o *nos* instintivos; no tienen en su abono otros argumentos. Y harto a menudo el sí o no de cada votante es el resultado de una opinión parcial, hija de intereses egoístas. Permítasenos esclarecer con un ejemplo lo que decimos. Hace no mucho tiempo, las Cortes españolas debatieron el problema espinosísimo del arrendamiento urbano. Había multitud de pareceres en asuntos menudos; pero

el tema de fondo era sumamente simple: ¿Habría que inclinarse del lado del propietario patrocinando la libertad contractual, o del lado del inquilino manteniendo el régimen de orden público? La cuestión era una cuestión jurídica, de *verdad-falsedad*; pero se la resolvió por métodos políticos.

Sería interesantísimo estudiar desde el punto de vista socio-lógico-jurídico en qué proporciones estaban representados entre los Procuradores los propietarios y los inquilinos. También importaría saber si el Gobierno había expedido alguna consigna política —y cuál en su caso— o si el debate discurrió por cauces imprevistos. Fuera de esto, es simple conjeturar hacia donde se sentiría atraída la voluntad de los políticos. ¡No en vano el número de propietarios es pequeño frente a la abrumadora cifra de inquilinos!

Resulta una tentación demasiado fácil para un jurista el anatematizar toda fórmula distributiva carente de las condiciones de verdad; pero actuando con un sano realismo eso no es posible. Cada una de ellas tiene ciertas indicaciones y ventajas. Así, la distribución bajo motivaciones económicas puede ufanarse de una porción de prerrogativas muy relevantes. Destacan, en primer lugar, su objetividad e impersonalidad, así como su consecución sin que sea menester una planificación política. La coacción para asegurarla es prácticamente innecesaria, ya que la fórmula se hace valer por sí misma.

El propio criterio político de distribución tiene en su haber también algunos supuestos favorables. “El estadista no puede diferir su actuación hasta que el investigador científico le haya resuelto sus problemas. Tiene inaplazable necesidad de resolverlos por sí mismo. “La Política rechaza toda suspensión de juicio; exige saber enseguida a qué atenerse y obrar con prontitud, en el mismo momento en que lo requieren las circunstancias”. Ha de brindar, pues, todas las soluciones de emergencia. Si la necesidad carece de ley, hay que sacrificar, a veces, a la seguridad del orden la misma certidumbre científica.

De todas suertes, salvo el método de distribución científico-jurídico, que carece de contraindicaciones y que no tiene más inconveniente que no estar ultimado nunca, los otros dos son de generalización inadmisibles. El político, sobre no ser idóneo para ciertas operaciones como la distribución del poder o de la ociosidad y para toda evaluación cuantitativa, viene aquejado por la tremenda mácula de su voluntarismo. Tomado en absoluto, es la más franca negación que cabe de la verdad jurídica o de la Justicia.

El económico, desemboca asimismo en una exacerbación de la desigualdad, diferenciando más cada vez a los individuos. La Economía parte de la disparidad y la agrava con el tiempo. El dinero llama al dinero. La riqueza experimenta un crecimiento exponencial, en función de la cantidad presente en cada momento, por lo que, una vez producida una preeminencia, ella, de suyo, tiende a magnificarse. Por otro lado, el régimen de libertad económica, presuponiendo y dependiendo de la competencia, desencadena multitud de conflictos y da lugar a una dictadura del potentado sobre el débil. Por todo ello, para paliar estas realidades indeseables y volver por los fueros de la paz, más amenazada cada vez por los resentimientos y frustraciones que despierta la desproporcionada distribución de la riqueza, se hace necesario recurrir a una redistribución jurídica correctora que ataje y controle las excesivas disparidades económicas. Esto impone un análisis concienzudo de la distribución real de las rentas y la formulación de un criterio ideal de Justicia.



La situación social con que nos encaramos al presente se caracteriza por ofrecer una accidentada serie de desigualdades económicas que la hacen altamente insatisfactoria. Para remediarla, es posible adoptar, en principio, una de dos actitudes extremas: a) Revolucionaria, y b) Conservadora. Vamos a enjuiciarlas.

a) Partiendo de la base de que el ordenamiento social y el Derecho de nuestra época son, por injustos, inaceptables, esta doctrina preconiza la tesis de que hay que proceder a una extirpación radical de las lacras actuales y a la abolición del sistema que ha conducido a ellas. Se impone una ruptura total con el pasado, un reparto igualitario sobre nuevas bases y una organización adecuada para impedir que los fenómenos de concentración capitalista se reproduzcan.

Esta solución es jurídicamente inadmisibles. Sencillamente, porque no se puede llevar a cabo **desde el Derecho**. Lo primero que es menester hacer para desencajarlo todo es barrer el Derecho del haz de la tierra. El Derecho, por el principio de suficiencia formal, respalda el *statu quo* y enlaza rígidamente el presente al pasado. Aun esforzándose obsesivamente por ser actual, el Derecho se debe a su propia tradición, como nosotros mismos, y no puede anularla sin suicidio. No cabe, pues, jamás pretender cohonestar o santificar bajo el nombre de la Justicia, que es, como vimos, el del Derecho, un desenlace revolucionario en el orden social. Si el ideal jurídico es imposible sin evolución, tampoco es compatible con la **revolución**.

Dicha solución es, además, lógicamente contradictoria. Se defiende alzando bandera de Justicia **contra una clase de desigualdad** y lanza por la borda el Derecho y la libertad mientras erige para afianzarse y sostenerse otra clase mucho más peligrosa de desigualdad: la que media entre el déspota y el esclavo.

Por último, si la solución revolucionaria consintiera la libertad (cosa inconcebible para quien, suprimiendo los cabos económicos y jurídicos del entramado social, absolutiza lo político), su eficacia sería efímera. Demostrémoslo.

Sea una distribución inicial igualitaria $S = S' = S'' = \dots = S_n$, en régimen de libre iniciativa individual.

Esta distribución es esencialmente inestable. Existen factores de diferenciación que, ejerciendo una acción constante, perturban el equilibrio primitivo. Dichos factores son:

- 1º) El crecimiento desigual de la población intragrupo.
- 2º) La diversa productividad del trabajo individual y de la fuerza de trabajo en el grupo.
- 3º) Las diferentes propensiones marginales al consumo y al ahorro.
- 4º) Las diferencias de iniciativa y de inventiva.
- 5º) La simple intervención del azar en los éxitos como en los accidentes.

Algunos de estos factores de diferenciación, como el primero y el último, pueden y deben ser contrarrestados. El primero se anula, por ejemplo, con medidas fiscales adecuadas (impuesto en función inversa al número de familia). El segundo se modera, hasta cierto punto, mediante seguros apropiados.

Los restantes factores de diferenciación referidos generan desigualdades que sería inicuo y contraproducente no legitimar. La lógica de la convivencia para una paz fecunda postula no sólo un Ordenamiento represivo capaz de inhibir las tendencias a la agresión, sino también el

correspondiente sistema de premios que induzca a la ejecución de las grandes tareas que enriquecen el acervo social. Ninguna comunidad florece pacífica bajo un régimen de sordida masificación, sino bajo uno de delicada matización. La rígida igualdad es el tratamiento de Procusto. La verdad jurídica no puede cerrar los ojos a la Verdad.

En consecuencia, es natural e inobjetable que la distribución primitiva de los bienes sufra alteraciones y avance en un sentido de progresiva capitalización. El tema crítico está en discriminar hasta qué grado puede tolerarse la concentración de capitales. Porque aquí, al igual que acontece en el mundo físico, donde la materia sufre condensaciones crecientes por obra de la gravitación; pero existe un límite infranqueable a la acumulación de la masa, determinado por la resistencia del núcleo a la presión, también es menester que la acción correctora del fisco evite el exceso de poder económico y el advenimiento de una plutocracia. La dificultad de la cuestión consiste en decir algo más que vacuidades. Es obvio afirmar que el límite en el proceso de capitalización se encuentre en el punto en que se inicia el perjuicio a los demás. Pero semejante aseveración apenas pasa de escapatoria. Es necesario precisar más.

Para ello, abordemos el problema desde nuevos ángulos.

Supongamos, en primer lugar, que nos enfrentamos con una masa estática de bienes y una cifra cierta e invariable de población. Es el caso, p. e., en que se encuentra una expedición de exploradores a quienes, fallando los aprovisionamientos, se tiene que racionar los víveres. ¿Cómo se hará el reparto? Si excluimos pequeñas diferencias, admisibles por un distinto grado de necesidad, la regla de un reparto que salvaguarde la *protonorma*, reside pura y simplemente en la *operación de dividir*, puesto que no se trata de otra cosa que de hallar un *cociente*.

Bien; pues supongamos ahora que la masa de bienes que constituye el dividendo es una variable —como así ocurre en realidad— y que es otra variable la población que integra el divisor. Evidentemente, el simple hecho del carácter dinámico de los nuevos datos no altera la esencia de la cuestión. Si antes podíamos escribir

$$Ci = \frac{B}{P}$$

, llamando *Ci* a la cuota individual, *B* a la masa de bienes y *P* a la población, ahora escribiremos, paralelamente:

$$Ci = \frac{B'}{P'}$$

, entendiendo que *B'* y *P'* designan variables.

Salvo las especiales dificultades que puedan presentarse para la evaluación, la naturaleza del problema no cambia.

Si consideramos ahora que la magnitud consumible o ahorrable en un país es la renta, ya que el capital sólo en cortísimos períodos y en circunstancias de excepción puede ser desahorrado, operaremos legítimamente al sustituir en el numerador de la fracción anterior *B'* por *R.*, designando mediante este símbolo la variable renta nacional. Entonces se tratará, como primera

medida, de calcular matemáticamente la evolución comparativa de la renta y de la población nacionales. El problema, dados los recursos del cálculo diferencial moderno, ni siquiera es difícil. En efecto; el aumento de población es proporcional a la propia población existente. Si, pues, se conoce ésta en un momento dado es relativamente sencillo calcularla en cualquier otro momento posterior o anterior.

Sea P la población en un tiempo t . Su índice de aumento

$$\frac{dP}{dt} = kP$$

(Es decir, será igual a la propia población multiplicada por la constante de proporcionalidad).

Transponiendo,

$$\frac{dP}{P} = k dt$$

Integrando,

$$\int \frac{dP}{P} = k \int dt$$

Por tanto,

$$\log_e P = kt + C.$$

Y siendo

$$C = \log_e P_0$$

, sustituyendo su valor resulta:

$$\log_e P = kt + \log_e P_0$$

, de donde, por simples transformaciones elementales, llegamos a la fórmula final:

$$P = P_0 e_{kt}$$

que se calcula conocido k , que es el por ciento de P incrementado en el tiempo unidad.

Por procedimientos semejantes, es posible evaluar la renta nacional.

Ahora bien, observemos que la relación fraccionaria entre la renta nacional y la población cifra una magnitud económica bien conocida: la renta por habitante, y si esto buscáramos no tendría

que someternos a ningún esfuerzo personal, pues los estadígrafos nos dan la labor hecha. Pero en realidad nosotros no perseguimos ahora averiguar rentas por habitante, que son, por otra parte magnitudes fijas. Lo que nosotros tratamos verdaderamente de indagar es la relación de los incrementos de renta nacional y población nacional. A esta relación de incrementos, sumamente importante para nuestro objeto, la denominamos *renta diferencial* (aunque no tiene nada que ver con la renta diferencial ricardiana). La calculamos determinando la derivada de un cociente de dos variables, cosa sin especial complejidad. La fórmula en este caso sería:

$$\frac{d}{dt} \left(\frac{R}{P} \right) = \frac{P \frac{dR}{dt} - R \frac{dP}{dt}}{P^2}$$

que toma otra forma más complicada, aunque igualmente inofensiva, al sustituir R y P por sus valores calculables:

$$\frac{R_0 e^{sk't}}{P_0 e^{kt}}$$

Haciéndolo, resulta:

$$\frac{P_0 e^{kt} Rsk'e^{sk't} - R e^{sk't} Pke^t}{(P_0 e^{kt})^2}$$

, Magnitud a la que llamamos renta diferencial.

Observemos ahora que la *renta por habitante* sería la expresión de una uniformidad absoluta en los niveles de renta en una comunidad dada. Frente a su distribución real, que, sin una reacción fiscal moderadora adoptaría el perfil de la curva campaniforme o de Gauss, como los demás fenómenos estadísticos; la de este caso límite vendría representada por una recta paralela al eje de abscisas. Si la cuota individual justa fuera, pues, la renta por habitante, el problema de su obtención sería de una simplicidad inaudita, si bien el país en que tal evento se diera carecería de un Derecho premial, con enorme riesgo de estancamiento. Por lo demás, como ya hemos evidenciado antes, una tal distribución amorfa de la renta no sería estable en un clima de libertad.

Señalemos también que todos los incrementos de renta en un país se hacen a expensas de la actividad *económica en él desplegada y que su índice absolutos dependen del ritmo* de evolución innovativa y del *coeficiente de disipación*. (Con palabras más modestas: de los nuevos recursos científico-técnicos puestos en juego y del porcentaje de la riqueza efectivamente movilizadora entre el total disponible). Sería inconducente a la paz deferir el balance favorable de una renta diferencial positiva a quienes no hubiesen contribuido a su creación. Por eso, la renta diferencial *per capita* ha de ser detraída (debidamente individualizada entre sus responsables reales) de la renta por *habitante para obtener, así, la porción intangible de bienes a que hemos denominado crédito* providencial. El resultado de esta operación expresa el subsidio justo a la

población inculpablemente inactiva. Según fórmulas:

$$Cp = \frac{R}{P} - Rdc = Rh - Rdc$$

Deducido, a su vez, este subsidio de la renta nacional, tras multiplicar su importe por el número de beneficiarios, se llega al rédito social disponible.

$$R - Cp = D$$

Ahora, en Cp tenemos el mínimo absoluto de renta personal.

En el rédito social disponible D , menos la renta diferencial, tenemos el mínimo relativo para la población activa, que se concreta dividiendo la cifra resultante por el número de trabajadores. Formulando:

$$Rm = \frac{D - Rd}{Pa}$$

Y, por último, la renta diferencial disponible dividida por el número —probable— de promotores reales de la misma marca el incremento tolerable de capital por hombre-año.

El exceso sobre esta cifra, debe ser absorbido por el impuesto.

Si ahora, por último, representamos gráficamente las amplitudes permisibles a las rentas individuales y prolongamos la representación en el sistema de coordenadas de modo que abarque un período de varios años, la curva descrita corresponderá a la que simboliza la ecuación de las vibraciones amortiguadas.

IV

BASES LÓGICAS PARA LA OBJETIVACIÓN DEL PROCESO

I

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

Hace cosa de un siglo que los procesalistas, esforzándose por proporcionar una base científica al Derecho Procesal, están investigando el tema de la naturaleza jurídica del proceso. Pero, a medida que el tiempo avanza, en lugar de conquistas definitivas y puntos de contacto, sólo se ha obtenido un mayor desacuerdo y confusión. Por una parte, está cundiendo la impresión de que todos los conceptos procesales y aún jurídicos son relativos⁽¹⁾; por otra, se habla ya del «misterio» del proceso, se considera con escepticismo total a esta y a muchas otras cuestiones teóricas y, en el fondo, se empieza a pensar si no serán los «prácticos», los «pragmatistas», quienes tengan razón y si valdrá la pena dedicar tiempo y energías a una tarea que no ofrece perspectivas alentadoras ni se puede contar con realizarla a gusto de todos.

Cuando se habla a un «práctico» de la naturaleza jurídica del proceso, se encoge de hombros y le mira a uno entre despectivo y conmiseratorio. Y si es aficionado a la polémica —cosa natural en un jurista— agrega aún, con sobrada razón y buen sentido: ¿Y qué más da que el proceso sea una relación o una situación jurídica, un cuasicontrato o un contrato a secas?

La verdad es que los procesalistas ⁽²⁾ no han sacado partido alguno de su teoría capital —cualquiera que sea— sobre el proceso. Califíquese como se califique su naturaleza jurídica, los resultados son los mismos; es decir, ninguno. Hasta ahora no se ha demostrado que entre una teoría particular y las consecuencias que se quiere deducir de ella haya un nexo lógico necesario. Los resultados, que son lo positivo, son acomodables a cualquiera de las teorías, por la sencilla razón de que no son patrimonio exclusivo de ninguna. Los que creen que el proceso es una relación jurídica pueden seguir utilizando tranquilamente la noción de *carga*, sin peligro alguno de incongruencia ⁽³⁾. Los que piensan que el proceso es una situación jurídica están legitimados para servirse lícitamente de los *presupuestos procesales* ⁽⁴⁾. Y, por encima de todo esto, las teorías no son entre sí incompatibles, como alguien ha puntualizado ya ⁽⁵⁾. Cabe muy bien admitir que el proceso sea, a la vez, toda esa serie de cosas no excluyentes que pugnan por explicarlo, a saber: una relación, una situación o una institución jurídica, como cabe muy bien que una misma persona sea a la vez «el Príncipe de los Ingenios», «el Manco de Lepanto», Miguel de Cervantes y «el Autor del Quijote».

El hecho es que en este, como en otros problemas, el procesalista ha llegado a una encrucijada

¹ Vid. mis *Perspectivas de regresión*, en *ADC*, I, IV, 1948, 1435 ss.

² *SATTA*: en *Rev. Dir. Pro.* 1949, I, 273 ss.

³ *ORBANEJA-HERCE: Derecho Procesal*, I, 11.

⁴ *GOLDSCHMIDT: Derecho Procesal Civil (PRIETO CASTRO)*, 1936, 8, 97, ss.

⁵ *COUTURE: El proceso como institución*, en *Studi in onore di Redenti*, I, 1951, 357 ss. *CALAMANDREI: Un maestro del liberalismo procesal*, en *Rev. Der. Proc. Arg. "Estudios en memoria de James Goldschmidt"*, I, 159 ss.

decisiva: O admite la relatividad de los conceptos fundamentales, y entonces tiene que regresar al *procedimentalismo* y renunciar a la Ciencia procesal como a un paraíso que se ha perdido para siempre; o recurre a otro método de elaboración conceptual y a otros conceptos más sólidos. No hay alternativas adicionales. O una cosa o la otra. En caso contrario, ya no será el Derecho Procesal el que soporte el riesgo sino nuestra propia cordura.

II

Todos recordarán el episodio bíblico. «Era la tierra —dice el Génesis— de una sola lengua y de unas mismas palabras... Pero un día los hombres se dijeron unos a otros: «Vamos a hacer ladrillos y a cocerlos al fuego»; y se sirvieron de los ladrillos como de piedra, y el betún les sirvió de cemento. Después dijeron: «Vamos a edificarnos una ciudad y una torre, cuya cúspide toque los cielos y nos haga famosos, por si tenemos que dispersarnos por el haz de la tierra. . .». Pero era el orgullo el único móvil de sus actos y, aunque el Génesis no lo diga, tengo para mí que el Señor se sonrió al oírlos, planeando una sorpresa. Los dejó enfrascarse en su trabajo; aceleró el ritmo de evolución lingüística y se estuvo expectante. Poco tiempo después la edificación quedaba interrumpida, porque los hombres no se entendían entre sí...

A mí me parece que este relato del Génesis bien se merece toda la categoría de un símbolo. Los juristas se han dejado ganar muchas veces por la tentación de singularizarse, en lugar de entregarse a una investigación desapasionada de la verdad. De esta suerte, no han acometido los problemas en su íntimo centro vital, sino que se han entretenido en algunos detalles periféricos. Han ido, así, amontonando teorías, dando valor diverso a las palabras, introduciendo nuevos términos, complicando el vocabulario... Y empieza a manifestarse ya la confusión babélica. Si se quiere evitar un desenlace desastroso, cuyas consecuencias supondrán la aniquilación de la Ciencia jurídica, no queda otro remedio que detenerse a reflexionar. Conviene, volviendo atrás la vista y reconsiderando el camino andado, preguntarse por qué ha sobrevenido el extravío actual. Antes de reemprender las investigaciones, se está haciendo necesario poner en claro este problema crítico.

III

El Derecho Procesal, como todo el mundo está cansado de saber, es una disciplina científica reciente. Cuando se inició, el Derecho privado—y fundamentalmente el Derecho Civil— llevaba largos años de existencia y había logrado cierta madurez y prestigio. Por mucho tiempo, los propios civilistas habían considerado al procedimiento como una materia que no era ajena a su especialidad y, cultivándola en cierto modo, le habían ido imponiendo sus cánones. Era natural, por eso, que, a la hora de elaborar sus conceptos vertebrales, el procesalista se acordara del Derecho Civil, que habla sido su escuela, y acusara en su actuación investigadora la impronta de los hábitos adquiridos. Educado en el método y en las concepciones iusprivatistas, el procesalista propendía a conservar las nociones que le habían servido en su aprendizaje. Pero,

decidido a emancipar definitivamente su flamante especialidad, se veía forzado a resaltar las diferencias justificadoras y las buscaba por todas partes. En esta situación contradictoria de aceptación subconsciente y de consciente rebeldía el Derecho Procesal tenía que resultar una construcción paradójica. Tendía a la mayor diferenciación conservando, no obstante, las categorías elaboradas anteriormente...

Existía entre los civilistas la costumbre, heredada, a su vez, de la Filosofía y Teología escolásticas, de acometer el estudio de las diversas instituciones enjuiciadas haciendo con antelación un análisis de su naturaleza jurídica. Esta forma de proceder respondía a poderosas razones iniciales a las que el tiempo y la rutina habían ido privando de sentido. A la hora de emanciparse el Derecho Procesal, los juristas ya no sabían bien por qué tenían que preocuparse de la naturaleza jurídica de cada institución ni qué se significaba, en rigor, bajo ese par de términos. Se habían quedado con una práctica, por herencia; pero habían perdido ya de vista las causas que habían motivado su introducción ⁽⁶⁾.

Mientras el proceso se estudiaba como un apéndice del Derecho Civil era natural que los problemas que planteaba trataran de resolverse mediante los mismos recursos que las restantes instituciones jurídicas. La compleja cuestión de la naturaleza jurídica del proceso no es, pues, extraño que se abordara utilizando como nociones mediadoras las de *contrato* o *cuasi-contrato*: apenas si disponía de otras la balbuciente técnica civilista.

Por eso, cuando, más tarde, el concepto de *relación jurídica* entró a formar parte del inventario categorial del Derecho Civil era de esperar que se pusieran en él los ojos para explicar asimismo el proceso. El grado superior de abstracción de la *relación jurídica* respecto al *contrato* o *cuasi-contrato* la hacía más fácil de manipular y más adaptable a la nueva materia a que trataba de aplicarse. Por otra parte, las ideas sobre el contrato y el cuasi-contrato estaban ya fijadas con gran precisión y resultaba fácil descubrir los desajustes inevitables que surgían al pretender acomodarlas al proceso. La categoría de relación jurídica, en cambio, era más vaga y elástica, no había sido profundizada aún y se prestaba mucho mejor, por ende, para organizar a partir de ella la nueva Ciencia Procesal que se perseguía.

Pero había algo más profundo en el tránsito del contrato al cuasi-contrato de *litiscontestatio* y de éste al concepto de relación jurídica. Sencillamente había ocurrido un cambio en la configuración real del proceso en los Ordenamientos en vigor. Antes, en el período clásico del Derecho Romano, el proceso era el resultado de un contrato —como lo es hoy el arbitraje—; estaba estructurado totalmente según una disciplina contractual y era imposible que se explicase en su construcción positiva si se prescindía de su aspecto convencional, de su vinculación a un libre acuerdo entre partes. Más tarde, el *ordo iudiciorum privatorum cedió su puesto a la extraordinaria cognitio*. El contrato de *litiscontestatio* dejó de serlo; pero sus efectos jurídicos, cuyo mantenimiento era esencial, no pudiendo adscribirse, en particular, a un acto concreto, como se venía haciendo hasta ese entonces, se asignaron, divididos, a la demanda o a la sentencia. Se siguió hablando, así, de la *litiscontestatio*; pero por simple conservadurismo acrático, sin que la denominación, desvirtualizada por completo, tuviese, en rigor, ninguna significación especial. Era un verdadero *mito jurídico* ⁽⁷⁾.

⁶ LOIS: *Sobre el concepto de Naturaleza jurídica, en el apéndice.*

⁷ FAIRÉN: *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia, 1950, 49 ss. Vid. también, del mismo autor: El juicio ordinario y los plenarios rápidos, 1953, 25 ss. Id.: Proceso, procedimiento y mito jurídico, en Foro Gallego, Septiembre-Octubre 1951, 449 ss.; y, también del mismo: Una perspectiva histórica del proceso: la litis contestatio y sus consecuencias, en Acti del I Congreso Int. D. Proc. civ., 1950, 239 ss.*

No creían, sin embargo, esto los juristas antes de recibir la sugestión de Hegel ⁽⁸⁾. La *litiscontestatio* siguió siendo para ellos una categoría operante; pero, al verse en la imposibilidad lógica de concebirla ya como un contrato, y ser, no obstante, una verdadera fuente de obligaciones, derivadas de un hecho voluntario y lícito, les pareció ineludible subsumirla entre los cuasi-contratos. De ahí la teoría del proceso como cuasi-contrato, que ha tenido vigencia de siglos ⁽⁹⁾.

Así estaban las cosas cuando algunos procesalistas ⁽¹⁰⁾, y entre ellos, más en especial Oskar von Bülow ⁽¹¹⁾, conscientes de la insuficiencia de las fórmulas anteriores, lanzan la idea de que el proceso era reducible a una *relación jurídica*. Claro que esta relación no era superponible analógicamente a la relación jurídica del Derecho Privado. Por el contrario, diferencias manifiestas estaban bien a la vista. Por eso hizo falta ir anotando las disparidades existentes entre ambas categorías para no incurrir en chillonas incongruencias a la hora de aplicar al proceso los principios ya elaborados por los civilistas. Pero estas restricciones ni alarmaron ni desagradaron a los procesalistas, sino que más bien fueron motivo de júbilo para ellos, al servir de fundamento a la suspirada autonomía del Derecho Procesal. Así ocurrió un fenómeno curioso de falsificación conceptual inadmisibles, en el que nadie, por inexplicable que sea, ha reparado hasta el momento. Los procesalistas no se advirtieron de que, al despojar a la relación jurídico-procesal de su contenido privatístico, para configurarla después como concepto de Derecho Público, lo que hacían realmente era crear una noción nueva, a —posteriori, en la que *a su gusto*, aunque en forma arbitraria, introducían subrepticamente todas las propiedades que ya sabían *que debía tener para que valiera en el proceso*. Lo pasmoso es que nadie haya reparado nunca en que semejante manera de actuar no sólo no era científica sino que ni siquiera podía pasar como «juego limpio». Según ese modo de manejarse, en la relación jurídico-procesal tenía que encontrarse, por fuerza, todo lo que previamente, con inconsciente deliberación, se había querido que contuviera. Por eso, *de hecho*, la relación jurídico-procesal no era más que un nombre, una

⁸ HEGEL: *Filosofía del Derecho* (ANGÉLICA MENDOZA), 1955, 190-191. CHIOVENDA: *Principios de Derecho Procesal Civil* (CASÁIS), I, 1922, 123. LUNA: *¿El proceso es una relación o una situación jurídica?*, en *Rev. Trib.* 1931, 37 ss.

⁹ *La teoría del proceso como cuasi-contrato se pierde en la antigüedad. Probablemente debió de haber surgido ya en los últimos tiempos del Derecho Romano. La idea del cuasi-contrato nació en Roma por un proceso de diferenciación gradual respecto a la noción de contrato. Gaio observó que el que paga no quiere contraer, sino extinguir una obligación; de ahí que la solutio indebiti no se compagine bien con la obligatio re contracta. Desarrollando este atisbo, los postclásicos vieron una tercera fuente de obligaciones entre contratos y delitos, y pasaron a elaborar una categoría intermedia, designada “variae causarum figurae”. Más lógicos, los bizantinos, distinguieron ya cuasi-contratos y cuasi-delitos. (Sigo a D'ORS: *Elementos de Derecho Privado Romano*, 1959, 372-373). Indudablemente, la noción de cuasicontrato tenía que ser generalizada al proceso, por cuanto éste podría ser concebido también como una fuente de obligaciones—aunque, tal vez, más lúcidamente sería reconducible a los cuasi-delitos...—. Sea como quiera, lo cierto es que, aún remontándonos varios siglos, nos encontramos con que esta tesis estaba desenvuelta y supuesta sin mayor especificación, demostrando con ello su carácter de opinión común. Vid. bibliog. en COUTURE: *Op. cit.* 356.*

¹⁰ HARSCHER VON ALMENDIGEN: *Methaphisik des Civilprocesses*, 1808, 172 ss. (Cit. por CHIOVENDA: *op. cit.*—BETHMANN-HOLLWEG: *Der Civil-prozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, I, 1864, 22 ss.

¹¹ BÜLOW: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvo-raussetzungen*, 1868. Tras la obra de Bülow, el desenvolvimiento transcendental de KOHLER: *Der Prozess ais Rechtverha'ltniss*, 1888, y luego un estado de opinión que, donde quiera que haya cuajado la “Ciencia” procesal, persiste indiscutido hasta el primer cuarto de nuestro siglo.

designación vacía, incapaz de añadir un ápice de información ni de ayudar en nada a resolver los auténticos problemas del procedimiento.

¿Por qué se produjo esta falla inconcebible del buen sentido en un capítulo tan importante de la naciente Ciencia Procesal? Sólo una explicación es posible. Los procesalistas creían saber implícitamente qué se había de entender por *naturaleza jurídica*; estaban demasiado seguros sobre el significado de esta expresión y no se preocuparon de problematizarla e investigar acerca de ella. Así, se condujeron a ciegas e incidieron en los mayores extravíos. Si hubieran llegado a saber que la naturaleza jurídica de una institución o entidad jurídica cualquiera ha de tener validez a priori respecto a la misma, no hubieran dejado de percatarse del absurdo que envolvía su intentona, condenada a ser radicalmente nula desde el principio.

Para evitar tamañas paradojas vamos a poner, de una vez para siempre, orden y claridad en la investigación dejando explícitamente de manifiesto su objetivo. Antes, por eso, de procurar una respuesta a la cuestión fundamental sobre la naturaleza jurídica del proceso, vamos a concretar que hay que entender bajo la rúbrica de «naturaleza jurídica».

IV

El problema no es nuevo para nosotros. Desde hace años venimos reflexionando sobre él y le hemos consagrado un estudio ⁽¹²⁾ que, pese a su carácter abstracto y a su concisión e implicaciones, ha conseguido despertar cierto interés entre los juristas, alguno de los cuales ha penetrado toda su intención sagazmente ⁽¹³⁾13. No ha ocurrido otro tanto con nuestros filósofos del Derecho que o lo han interpretado mal o han fingido desconocerlo ⁽¹⁴⁾. Prescindiendo de esta interesada conjura de silencio, que se reprocha por sí sola, conviene detenerse un instante a esclarecer las perspectivas que por haber quedado latentes o poco desarrolladas en la ocasión anterior pueden ser una posible fuente de equívocos sin necesidad de que intervenga la mala fe. De paso, no estará de más demostrar ante los casos concretos la teoría que aquí se propone.

Antes, sin embargo, de intentar una respuesta concreta a la cuestión de *qué deberá entenderse por «naturaleza jurídica»* es prudente poner en claro ciertos antecedentes oportunos para su más correcto planteamiento.

El concepto de «naturaleza», tal como se ofrecía a los juristas al tiempo de efectuar su importación, representaba una idea filosófica de gran trascendencia, si bien sólo intuitivamente evocada. Los filósofos se habían percatado de la necesidad de utilizar una noción semejante, pero

¹² Vid. *Apéndice*.

¹³ Vid. el estudio preliminar de Puig Brutau que encabeza la obra de SERICK: *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica* (PUIG BRUTAU), 1958, págs. 267 y 302 ss.

¹⁴ ASÍS: *Manual de Filosofía del Derecho, Derecho Natural*, I, 1960, 57 ss., y antes en AFD, VI, 1958-1959, 116, *finge desconocer mi trabajo, que critica implícitamente. Bajo el epígrafe “La Ciencia jurídica romana”* (Manual, 60 ss.) —y por cierto que no se refiere para nada a ella— Así menciona la obra de Maschi, ya citada por mí, y la acepta por completo sin crítica, ignorando las razones que he aducido para combatirla. La actitud no parece plausible.

ignoraban el *por qué* último de su conducta, distraída como estaba su atención por la muchedumbre de significaciones casuísticas albergadas bajo el vocablo. *Natura*, la expresión latina que traducía el término griego *physis* derivaba de *nascor* (nacer, proceder de) y significaba *nacimiento y origen*. Era, pues, una buena versión del concepto que intentaba traducir, ya que *physis* implicaba una derivación análoga del verbo *phyo* susceptible de ser equiparado a *nascor* sin ejercer violencia sobre su sentido. Es verdad que la palabra «naturaleza» (*natura*) no tuvo nunca ya la riqueza semántica de que había disfrutado en Grecia (¹⁵); pero es dudoso que haya perdido otra cosa que sus connotaciones accidentales y fungibles. Por lo de pronto, su fuerza substantiva toda y toda su carga metafísica latente han permanecido ancladas al vocablo hasta el día.

En efecto; reuniendo en un esquema clasificatorio las principales acepciones de *physis* tendremos formado el siguiente campo de posibilidad:

- 1) *Physis* significa, ante todo, el conjunto de los seres que se forman y evolucionan en el Universo y cada uno de ellos en particular.
- 2) La razón íntima de formación y evolución de los seres y, por tanto, la *ley* cósmica que preside sus cambios.
- 3) La virtud operativa por la que el ente surge o se transforma; su carácter esencial o substancial, inmune a las metamorfosis visibles, aunque, no obstante, las soporte.
- 4) Los elementos permanentes y comunes a las diversas etapas evolutivas como algo contrapuesto a la individualidad diferenciadora propia de cada una de ellas (¹⁶).

Todas las demás acepciones de la palabra *physis* son, sin esfuerzo, reductibles a esas cuatro fundamentales. Ahora bien —y esto es lo importante—, esas mismas cuatro acepciones cuentan con un substrato común que permite subsumirlas en un concepto único, que es como la clave oculta capaz de explicarlas. En verdad que tal concepto no fue en Grecia explícitamente enunciado, puesto que hasta mucho más tarde, nada menos que hasta Leibniz, no se logró poner de manifiesto su capital función metafísica y su valor epistemológico. Los griegos no dieron, pues, en rigor, con el *principio de razón suficiente*; pero, *precisamente por ello, y por necesitarlo, no obstante*, para revelar de algún modo las conexiones internas entre los fenómenos ligados por una relación de efecto a causa, tenían que suplirlo en alguna forma para que no trascendiese la solución de continuidad que interrumpiría, si no, el curso del raciocinio. La noción que, como variable funcional, hacía las veces del principio de razón suficiente en la filosofía griega y escolástica venía representada por el término *physis*, traducido después por *natura*.

En efecto, como es sabido, la preocupación básica de la Filosofía griega quedaba cifrada en el problema de la explicación del cambio, del devenir incesante en el universo. Lo que Parménides había consignado en su poema: «El ser es, y no es posible que no sea». «El no-ser no es, y es necesario que no sea». «El ser no puede nacer ni puede crecer», consignaba el reparo intuitivo con que, en el fondo, se oponían todos los auténticos filósofos a la realidad de un devenir sin término. Entre la apariencia y la realidad, entre el ser y el no ser, entre lo uno y lo múltiple y, en general, entre los contrarios insuficientes e inexplicables había una presentida explicación que

¹⁵ HEIDEGGER: *Introducción a la Metafísica* (Estiú), 1956, 49 ss.

¹⁶ Cfr. AMOR RUIBAL: *Naturaleza y Sobrenaturaleza*, 1956, 19 ss. ZUBIRI: *Naturaleza, Historia, Dios*, 1959, 305 ss. PANIKER: *El concepto de naturaleza*, 1951.

resolvía el problema. Era su *physis*. Preguntar, pues, por la *naturaleza de las cosas*, investigar *peri physeos* equivalía a tratar de averiguar la *ratio essendi* de todas las transformaciones cósmicas; es decir, *por qué* una cosa que debería permanecer siempre la misma, idéntica e inmutable, era susceptible de asumir las más diversas apariencias. Si algo llegaba a ser diferente: ¿dónde estaba el principio energético justificativo del cambio? El tránsito de fase a fase en un proceso evolutivo cualquiera *tenía que ser debido* a un principio latente con capacidad intrínseca de evolucionar en esa forma externamente paradójica. Para comprender, pues, el Universo en sus mutaciones profundas era indispensable penetrar en la esencialidad de los gérmenes que las contenían potencialmente. Todo venía heredándose de su *physis*. Por eso, la pregunta constante de los filósofos griegos por el *ser verdadero*, a pesar del *cambio*; por eso, su inquietud sin fin cuestionando por la *naturaleza* de todo (¹⁷).

El pueblo romano, notablemente falto de originalidad, sin imaginación creadora en el ámbito de la Ciencia y de la Filosofía, se limitó a recibir servilmente la sugestión griega y tradujo bien; pero sin brío y sin penetrar realmente en su entraña, el vocablo *physis*. Nació así *natura*, tal vez primero en el célebre poema de Lucrecio (¹⁸), se generalizó la expresión entre los poetas y los grandes escritores latinos (¹⁹) y llegó hasta los juristas, como lo testifica el Digesto (²⁰).

De todos modos, los juristas romanos, faltos de una perspectiva común y ajenos a la problematicidad del tema, utilizaron la expresión *natura* en las acepciones más variadas. Probablemente, no manejaron siquiera el término con conciencia de su posible afiliación a *physis* sino que lo aprovecharon simplemente con la riqueza semántica que ya tenía en la lengua vulgar. Desde luego, en muy pocos casos cabe sospechar tras el vocablo la carga filosófica que había recibido en Grecia. Por otra parte, la gran despreocupación por el sistema y por la economía lógica, el casuismo de los juristas romanos no propiciaba, en esto como en otras cosas, una teoría comprometedora de alcance general. Creo sinceramente, pese a las bizarras tentativas de Maschi (²¹), que sólo en contadísimas ocasiones cuenta la expresión *natura*, en textos clásicos genuinos, con una significación en cierto modo paralela a la que se le da en los modernos tratados de

¹⁷ Vid. esto genialmente expuesto en CORNFORD: *La Filosofía natural griega y la Ciencia moderna*, en el vol. *Fundamentos de la Ciencia moderna*, 1945, 13 ss.

¹⁸ *De rerum natura*, una de las obras poéticas más grandiosas de la literatura universal, fue dada a conocer a sus compatriotas por Cicerón, que, también, pueda que desde entonces, se interesó en el profundo y sutil mensaje que el genial poeta había confiado a la expresión *natura*. Para el que conozca el maravilloso poema, del cual en castellano existe traducción en verso del Abate Marchena, no será dudoso que la interpretación de *natura* como “razón de ser” da cuenta exacta de los propósitos del autor. Tal ocurre, porque esta versión exterioriza la carga filosófica del vocablo Cfr. en la *Collezione di classici greci e latini*, LUCREZIO: *De Rerum Natura*, con *Commento di Carlo Giussani*, vol. 11,6, nota 1-27, en donde, sutilmente, manifiesta el autor: “la *Natura=physis* e il mondo delle cose prodotte, non già l’universo atómico; in *natura* e sentido qui il senso fondamentale di nascimento”. Cfr. también RADBRUCH: *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, en RIFD, III, 1941, XIX (Mayo-Junio), 145 ss., que aún es hoy, quizá, junto con el trabajo muy posterior de BARATÍA: *Natura del fatto e diritto naturale*, en la misma Rev. Marzo-Junio 1959, 177 ss., lo mejor que tenemos sobre el tema, a pesar de haberse puesto de moda recientemente entre los iusfilósofos, especialmente en Alemania, donde Coing, Welzel, Maihofer, en obras a que nos referiremos más adelante, intentan dar nuevo valor a la expresión. Cfr. también ENGISCH: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, 115 ss.

¹⁹ Vid. referencias en Maschi, *op. cit.*

²⁰ Vid. también Maschi, *ibid.*

²¹ Vid. la crítica a su punto de vista en Apéndice, pág.

Derecho⁽²²⁾. Me parece que aún en esos casos aislados en que es notoria la utilización metafísica del término, el jurista romano no piensa en una especie de *personificación abstracta de las instituciones jurídicas*, como si fueran criaturas de la Ley o hijas del Derecho, pues eso está muy lejos de su *modus operandi* habitual, tan dado a lo concreto y casuístico, sino que piensa en algo mucho más simple: *En lo que se sigue lógicamente de una reglamentación dada o en lo que está reñido con ella*, ya que una u otra cosa constituyen el fundamento *natural* (o *lógico*) para que algo esté *mandado o prohibido*. He ahí, pues, por qué no juzgo acertado integrar fórmulas de expresión puramente circunstanciales en toda una teoría. El mismo Maschi, en su primera inducción de los textos, deja entrever ciertas dificultades que se oponen a la unificación conceptual. Habla en un principio de una interpretación de *natura* como «esencia, peculiaridad, normalidad» —tres aspectos obviamente distintos⁽²³⁾— y sólo después intenta reducirlos a unidad mediante la noción de *estructura*, que difícilmente puede abarcar la triple perspectiva inicial⁽²⁴⁾.

Pese, por consiguiente, a estos lejanos antecedentes y a los más próximos atisbos de los juristas bizantinos⁽²⁵⁾, el uso del concepto de *naturaleza jurídica* con la intención que se le da modernamente no tuvo lugar hasta que la escolástica medioeval no creó el hábito filosófico de ir al fondo de los problemas mediante una remisión a la naturaleza de los objetos condicionantes⁽²⁶⁾26. Y ni aún así los propios teólogos-juristas de aquella época dieron a la voz «naturaleza» un connotando similar al que le damos actualmente. Ellos seguían fieles al punto de vista en que se había colocado Cicerón: (De Leg. II, 4), sin llegar a ver en el concepto otra cosa que una suerte de exigencia del sentido común, algo que venía de suyo implicado en la materia prima del Derecho, no en la institución jurídica. Por eso, las leyes habían de ser hechas «secundum naturam» en el sentir de San Isidoro⁽²⁷⁾. Y Santo Tomás de Aquino, al comentar esta misma expresión hace un distingo profundamente significativo entre un *orden racional* y un *orden natural*. Al primero habría de plegarse la ley para ser justa; al segundo, para ser eficaz en la práctica⁽²⁸⁾. Se buscaba aquí la naturaleza *de la cosa*; no la de un *instituto jurídico*. Más tarde, Montesquieu intenta la unificación de ambos aspectos; pero ya Newton había enseñado a ver en la *diversidad la uniformidad, la constancia en el cambio*. Para Montesquieu, las leyes no eran más que «relaciones necesarias derivadas de la misma naturaleza de las cosas». Esa es la intuición genial —aprendida en Newton— con la que se dispone a hacer del Derecho una Ciencia que pueda asimilarse a la Física. Aunque no lo dice, lo que intenta, en el fondo, Montesquieu es ser el Newton de la Ciencia jurídica. Hay muchas cosas en el *Espíritu* que se corresponden en perfecto paralelismo con los *Principia*. Desde los mismos propósitos. Donde

²² P. e. D. 8, 2, 32; D. 45, 2, 9; D. 18, 5, 5; D. 46, 5, 1. No es preciso rebuscar. En nuestro Derecho o en otro cualquiera ocurrirá idéntico fenómeno semántico. Y el Legislador, sin saberlo.

²³ Vid. loc. cit.

²⁴ Esto aparte, la noción de estructura es formal, mientras que la de natura es substancial, de contenido, en una palabra: genética. El artificio de la construcción de Maschi salta a la vista.

²⁵ Vid. MASCHI: Op. cit. 73 ss. esp. 100 ss.

²⁶ Vid. ínf. Apéndice, pág. 247 ss.

²⁷ Etymol. V. 21. “Erit lex honesta, iusta, possibilis secundum naturam...”.

²⁸ STO. TOMÁS DE AQUINO: La Ley (FERNÁNDEZ-ALVAR), 1936, 94.

Newton aseguraba: «Yo no finjo hipótesis», escribía Montesquieu: «No he deducido mis principios de mis prejuicios; los he extraído de la naturaleza de las cosas». El también quiere, como el genio británico, reducir a síntesis abstracta lo particular fragmentario. «He sentado los principios; he visto los casos particulares ajustarse a ellos, ser consecuencia de ellos las historias de todas las naciones, y cada ley particular relacionada con otra o dependiente de otra más general». Y cuando debe mentar una de las tesis primordiales de su obra se le va el pensamiento a los axiomas del movimiento formulados por Newton. «Entre un cuerpo movido y otro cuerpo movido, todos los movimientos son recibidos, aumentados, disminuidos, perdidos según las relaciones de la masa y la velocidad: cada diversidad es **uniformidad**, cada cambio es **constancia**. Los seres particulares inteligentes pueden tener leyes que ellos hayan hecho; pero también tienen otras que ellos no han hecho. Antes que hubiera seres inteligentes, eran posibles; tenían pues relaciones posibles y por consiguiente leyes posibles. Antes que hubiera leyes, había relaciones de justicia posibles». El **espíritu** de las leyes, el principio vital que anima a las diversas reglas jurídicas, que es lo que intenta comunicar Montesquieu con su obra, no puede encontrarse en las particularidades accidentales de que se nutren. Montesquieu las desprecia. El persigue la **uniformidad** en la diversidad. Cuando surge una ley, lo que menos importa es lo episódicamente establecido en ella. Lo que interesa al jurista consciente es su **causa**, es el por qué ha surgido. Frente a las leyes positivas esa es la tentativa de Montesquieu: demostrar que son relaciones necesarias fácilmente deducibles de otras leyes más generales y de la estructura misma del Estado. **La naturaleza de las cosas** tiene, pues, dos vertientes: la puramente racional, la que dimana de la constitución del ser humano, y la que es consecuencia de los postulados que se han adoptado en la organización positiva más elemental. Estos postulados no son caprichosos, no obstante, sino que obedecen a otra serie de relaciones naturales (con el clima, con el terreno, con el espíritu general, con las costumbres, con el número de habitantes, con la religión, con la materia sobre que versan). Todo estaba, así, en la obra de Montesquieu, engarzado en una unidad grandiosa, todo era armónico y coherente con sus propósitos. ¡El espíritu a desentrañar en las leyes era la naturaleza de las cosas de que dependían! Montesquieu enseñó, paet, a los juristas a investigar la **ratio essendi** de cada regla jurídica y a los legisladores a tratar de enunciar las reglas que se acomodasen al ser de las cosas ⁽²⁹⁾. Montesquieu enseñó; pero los juristas y los legisladores no aprendieron. La exploración de las grandes relaciones latentes en el Derecho quedó así, genialmente iniciada; pero permaneció sin sucesión, esterilizada por el servilismo acríptico de los epígonos.

Es imposible seguir al detalle la evolución posterior del concepto. Tampoco hace falta. Lo cierto es que ya en Savigny ⁽³⁰⁾ la pregunta por la naturaleza de las cosas se hace ya **por sistema** ⁽³¹⁾. Desde entonces, a pesar de que los más conspicuos representantes del positivismo jurídico combaten la tendencia como expresión de un resabio iusnaturalista sin valor científico ni práctico ⁽³²⁾, el uso se va extendiendo más y más hasta hacerse un tópico entre los juristas. ¡Vana

²⁹ MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes* (ESTÉVANEZ), 1944, 27, 29 ss.

³⁰ No hay más que echar un vistazo al **Sistema de Derecho Romano actual** para ver por todas partes el constante inquirir por la naturaleza de las materias tratadas, desde las fuentes del Derecho hasta las relaciones jurídicas.

³¹ Si examinamos los pasajes en que Savigny se refiere a la **naturaleza** de cualquier tema jurídico y comparamos su punto de vista al de Montesquieu, será visible hasta qué punto aquél actúa ya en fuerza de una rutina. Montesquieu proponía una tarea superlativamente difícil, de auténtica indagación científica. Savigny emplea la expresión para designar de algún modo un procedimiento de análisis común entre los juristas.

³² Cfr. RADBRUCH: *Op. cit.*, 146 ss.

victoria pírrica para los partidarios del Derecho Natural, aún en el supuesto de que se les debiera, puesto que la rutina ahogó todas las posibles intenciones de la teoría, reducida casi desde el principio a la vacuidad de las fórmulas sin espíritu! El hecho es que hoy nadie parece saber qué es lo que anda investigando cuando se pregunta por la naturaleza de una institución jurídica. Pero aún. Lo que sucede es que la gran mayoría de los autores ni se han percatado de la problematicidad de concepto, cuando es evidente la disidencia tácita de opiniones y ruidosa la franca inconsecuencia con los principios ⁽³³⁾.

Intentando en otro lugar hacer una clasificación de los puntos de vista que parecen prevalecer en la doctrina, hemos considerado como fundamentales los siguientes:

- a) La naturaleza jurídica como esencia.
- b) La naturaleza jurídica como estructura, y
- c) La naturaleza jurídica como categoría, tipo o género ⁽³⁴⁾.

Por razones que no es necesario repetir, creíamos entonces —y seguimos en idéntica convicción— que ninguna de estas tres cosas es la que realmente inquieta con obstinación a los juristas. Si a la Ciencia jurídica puede interesarle la naturaleza de las instituciones de que se ocupa no es en fuerza de sus particularidades íntimas, las cuales, por importantes que sean en el orden teórico y filosófico, carecen de proyecciones prácticas y no dejan sentir la necesidad de consagrarse a su estudio. La esencia, la estructura o el género próximo de una institución cualquiera vienen dados simultáneamente con el complejo normativo constituyente de las mismas, están necesariamente en él y, por tanto, su esclarecimiento no puede ser cuestión de vida o muerte para el jurista. Para que las normas jurídicas puedan crear una institución han de brindar sin excusa su esencia, pues sin ella nada es posible. Y lo propio hay que decir del género próximo y la estructura, aunque sólo se limiten a definirla. Las tres nociones son indispensables para que el jurista entienda al legislador y para que el legislador instaure Derecho y no una algarabía. Pero ninguna de ellas es capaz de proporcionar al legislador un auxilio real para dictar las normas y definir lo que debe ser ni al jurista para subsanar las deficiencias y suplir las lagunas que se descubran en los textos legislativos. El saber, p. e., cual es la esencia del arrendamiento, no consiente al jurista suplir los aspectos inesenciales de ese instituto, pues tales aspectos, justamente por inesenciales, no es de la esencia de donde cabe deducirlos. Por otra parte, los aspectos esenciales, que son, lógicamente, herméticos a todo sobreentendido, no pueden nunca considerarse silenciados, pues ellos marcan precisamente la distancia de una a otra institución jurídica. Si introducimos algo esencialmente nuevo en el seno de un determinado plexo normativo, alteramos gravemente la legislación y hacemos por nuestra cuenta una verdadera reforma en el Ordenamiento que nos rige.

Amén de todo esto, las instituciones jurídicas como tales son *a posteriori* respecto a las normas que les dan vida ¿cómo van, pues, a servir de norte para el legislador consideraciones que han de fundarse cabalmente en *resultados* de la obra legislativa?

Con posterioridad a nuestro esquema clasificatorio y aceptando algunos de los argumentos expuestos, algún otro autor ha sugerido su particular solución a este interesantísimo problema. Así, muy de paso, Legaz parece insinuar que la naturaleza jurídica se confunde con la *naturaleza*

³³ Cf. *infr.* Apéndice, pag. 249 n.

³⁴ *Ibid.*

de la cosas ⁽³⁵⁾. A mí, personalmente, no me agrada mucho ni poco esta última expresión, pese a la raigambre que ha logrado en la Alemania de nuestros días ⁽³⁶⁾. Suscita excesivos interrogantes. ¿En qué sentido hay que tomar la palabra *cosa*? ¿En sentido sociológico? ¿Y qué hacer entonces con las instituciones jurídicas a las que el fondo sociológico falta? ¿En sentido jurídico? ¿No es entonces acaso preferible hablar simplemente de la naturaleza de las instituciones jurídicas? Enunciado en ésta o en aquella forma, el problema sigue lo mismo ahí, sin que la remisión ayude a resolverlo ni a plantearlo. Es indiferente preguntarse por la naturaleza de la cosa o por la naturaleza jurídica, si bien éste último calificativo semeja dar a entender que hay que inquirir *dentro de* un sector específicamente jurídico y en cambio el otro término, más vago, no suscita ubicación alguna.

Sea como quiera, la expresión «naturaleza de la cosa», tal como se suele manejar en la más reciente doctrina iusfilosófica germano-italiana, no es tampoco lo suficientemente precisa para que sea utilizable con fines científicos ⁽³⁷⁾. Su más alto exponente y acertado formulador, Radbruch, no logra aún poner esa cosa en su sitio. No sólo peca de ambigüedad, sino que hace la cuestión de solución imposible. Pero veamos lo que dice antes de enjuiciarlo.

“Cosa”, en la expresión “naturaleza de las cosas”, significa la materia prima, el material del Derecho, los factores

³⁵ Así se desprende de sus razonamientos en su trabajo “*La Lógica como posibilidad del pensamiento jurídico*, en AFD, VI, 1958-59”, 16. Siento que Legaz no haya tomado más amplia posición y que no haya enjuiciado mi propio punto de vista. ¿No habrá de hacerlo en otra coyuntura? Parecería obligado, dada la conexión de este problema con la Lógica jurídica.

³⁶ La doctrina alemana de postguerra, fuertemente influenciada por Radbruch, ha tendido a buscar al Derecho una fundamentación no positivista—reacción natural tras el nazismo—que garantice cierta seguridad. Con esta finalidad, algunos autores han propuesto la reintroducción del concepto de *natura rerum* (*Natur der Sache*, en alemán), entendido de muy diferentes maneras. Tras RADBRUCH; pero con una vaguedad y amplitud excepcionales, Coing en *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, 119 ss.; luego WELZEL: *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, 1955 ss. (hay traducción española de esta obra); Fechner: *Rechtsphilosophie*, 1956, 146 ss. y MAIHOFER: *Die Natur der Sache*, en A. f. R. nd S. ph., 44, 2, 1958, 145 ss. Eco y crítica de algunos trabajos en Pugliese: *Consideraciones sobre el problema del Derecho*, en AFD, V, 1957, 195 ss., y WEISCHEDEL: *El problema del Derecho y la Ética*, en AFD, VI, 1958-59, 71 ss. Con ese alarde olímpico de autarquía científica que le es peculiar, los alemanes ignoran o muestran ignorar otros trabajos que les han precedido en esta vía, cuyo conocimiento y crítica les pudiera haber sido de interés. Así, desde 1948, cuando menos, vengo hablando yo de las “leyes extrínsecas al Derecho”, concepto muy preciso y fecundo, que dista mucho de estar agotado. La concepción metajurídica de la naturaleza de la cosa, al modo de la más reciente doctrina alemana, encuentra aquí una formulación mucho más gráfica y sugeridora. Con posterioridad (en 1954) he unido a esta noción la de “fuentes originarias de las informaciones jurídicas”, que tiene la ventaja de su cimiento epistemológico y su validez general. Si los juristas alemanes, con modestia similar a la nuestra, consideraran obligación elemental estar al tanto de lo que sucede allende sus fronteras, es posible que la doctrina alemana del presente no acusase signos tan graves de “insularidad” como actualmente la aquejan.

³⁷ Más en concreto: no facilitaría a un Legislador su tarea y mucho menos a un Juez o a un práctico del Derecho. Así, por ejemplo, según Coing, por cierto con suma abstracción; pero también con parecida ineficacia, la naturaleza de la cosa abarca nada menos que *la naturaleza del hombre y del mundo en que vive*. Según Welzel, en cambio, el concepto alude a “determinados datos ontológicos fundamentales a los que toda valoración imaginable se vincula y queda circunscrita”. “En este campo ontológico y lógico-material—añade Welzel— hay verdades eternas que ningún legislador del mundo puede modificar”. La aseveración merece todos los elogios pero no es más que una forma imperfecta de referirse a las “leyes extrínsecas al Derecho”, que tanto juego han dado ya en la concepción empiriocrítica del autor de este libro. Con mayor precisión Maihofer, bien que tres años más tarde que Welzel, habla ya de la posibilidad de atribuir triple interpretación a la naturaleza de la cosa: como referida a una institución jurídico-positiva, a un derecho natural abstracto o a la realidad física. Dejo al lector la tarea de establecer comparaciones entre estas fórmulas y las mías, desarrolladas, por otra parte, con varios años de antelación, y acaso no totalmente desconocidas...

reales de la legislación” (Huber); dicho en otros términos, los estados naturales, sociales y jurídicos con que el legislador se encuentra y que somete a su reglamentación. Son materia del Derecho, primordialmente, los hechos naturales, desde la caída de la manzana al otro lado del seto, hecho importante para los efectos de las relaciones jurídicas de vecindad, hasta las rotaciones de la Tierra alrededor de sí misma y del Sol, con arreglo a los cuales se determinan los plazos y términos jurídicos. El gradual dominio de la naturaleza por el hombre, el desarrollo de la técnica, crea nuevas materias y, por tanto, nuevos problemas jurídicos.

También representan algo natural, algo que es, las formas de convivencia establecidas por la naturaleza misma, *quod natura omnia animalia docuit: maris atque feminae coniunctio, liberorum procreatio et educatio* (Ulpiano, Dig. 1, 1, 3). Ahora bien, las rotaciones de la Tierra no deciden en cuanto a la regulación jurídica del tiempo directamente, sino a través de la reglamentación convencional del calendario. Tampoco las relaciones naturales de intercambio sexual y de procreación son directamente materia del Derecho, sino que lo son solamente bajo la forma de manifestaciones sociales que tienen su núcleo natural en aquéllas, bajo la forma de la monogamia o la poligamia, del matriarcado o de la familia patriarcal.

De este modo, los hechos naturales apuntan ya hacia las preformas sociales de las relaciones jurídicas que constituyen su materia, hacia las relaciones de la vida reguladas por el hábito, la tradición, el uso, la costumbre o la práctica...

Pues bien, estas formas previas de regulación jurídica pasan al Derecho consuetudinario, sin que de él las separe ninguna frontera nítida, conduciendo con ello a un tercer grupo de hechos que entran en la materia del Derecho: las relaciones de la vida ya reguladas jurídicamente...⁽³⁸⁾.

Fijada así su idea de «cosa», Radbruch pasa a decir qué entiende por *naturaleza* de las cosas. Y señala—con no mucha fortuna—que considera como tal la *esencia*, el *sentido de las cosas*, el *sentido objetivo*, tal como se desprende de la estructura misma de las relaciones de la vida⁽³⁹⁾.

En definitiva, imaginemos —siguiendo alguno de los ejemplares de Radbruch— que el legislador se propone regular un plazo. A tenor de esta concepción de la *naturaleza de las cosas*, la fuente de inspiración que se le brinda para desempeñar altamente su cometido es la esencia o el sentido objetivo de los fenómenos de rotación y traslación de la Tierra. Pero no hay conexión alguna entre esos acontecimientos naturales y lo que debe ser jurídicamente establecido, como el propio Radbruch es el primero en reconocer⁽⁴⁰⁾. A lo sumo, *lo que es*, lo que ya viene dado por la Naturaleza en una forma determinada puede constituir un límite negativo a la acción del legislador, servir para indicarle lo que no puede hacer eficazmente; nunca para prescribirle lo que es más conveniente hacer. Esta teoría desnaturaliza, pues, la función científica de la «naturaleza de las cosas» según la altísima concepción de Montesquieu. A su tenor, el saber jurídico tendría que seguir siendo esa especie de culturalismo literario del que se están mostrando ya hartos los más esclarecidos juristas⁽⁴¹⁾. Por nuestra cuenta, vamos a tratar de probar que este desenlace funesto puede evitarse con sólo reducir a sus justos términos esa doctrina de la *naturaleza jurídica*.

¿Qué ha de entenderse por naturaleza jurídica? En otro estudio, habíamos precisado fundamentalmente nuestra opinión en los dos pasajes siguientes:

“Imaginemos que un jurista teórico se pregunta, llevado de un deseo, muy natural, de economía sistemática, cuál es el *mínimo de instituciones irreductibles* que se necesita, hoy por hoy, para dar cuenta de todos los fenómenos jurídicos. Es decir, ¿qué instituciones tienen auténtica individualidad y cuáles, por el contrario, no son más que casos

³⁸ RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (ROCES), 1951, 26 ss.

³⁹ RADBRUCH: *Op. cit.* 28.

⁴⁰ *Op. cit.* 29-30.

⁴¹ *Vid. not. 3 al cap. I de este mismo libro.*

particulares de otras instituciones en las que pueden ser disueltos perfectamente? La respuesta a este interrogante es de importancia vertebral para la Ciencia del Derecho, porque tanto la Lógica, como la Política jurídicas tienen ahí su más sólido apoyo. Así, pues, no constituye una mera cuestión bizantina la que implica la justa solución a temas de tal envergadura, sino que, al revés, hay que considerar por equidad elemental que la introducción otrora del concepto de naturaleza jurídica haya sido una intuición afortunada, un acierto genial de los jurisconsultos clásicos, cuyo alcance la inercia y la rutina después frustrasen.

En efecto; supongamos que tomando como material empírico una institución jurídica cualquiera (v. g., la posesión), probamos a reducirla a otras instituciones jurídicas. Si resultara posible subsumirla en ellas por completo, de suerte que, dadas como premisas las normas reguladoras de las mismas, se infiriese lógicamente, como corolario, la disciplina jurídica de la posesión, entonces se haría obvio que este instituto no tendría verdadera autonomía jurídica, ni precisaría, por tanto, estar dotado de una regulación jurídica independiente. Ahora bien, por verificación experimental se demuestra en forma indiscutible que tanto la posesión como otras instituciones jurídicas no son tipos jurídicos verdaderamente individuales, con fisonomía y caracteres propios, sino efectos de espejismo, consecuencias insoslayables, relaciones lógicamente necesarias de otros institutos jurídicos. Por ende, tras esta obra depuradora de reducción y simplificación institucional, será posible catalogar un día las formas de instituciones jurídicas realmente autónomas, para construir después sobre ellas, por simples inferencias lógicas, la totalidad del ordenamiento positivo... ⁽⁴²⁾.

Si ahora preguntamos qué debe entenderse, en general, por “naturaleza jurídica”, la réplica fluye de suyo. No la *esencia*, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el *género próximo*, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la *ratio essendi*; el por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; *las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce*. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la *intelección genética*; es decir, la *comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica*. Comprensión que se logra demostrando cómo una *institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva...* ⁽⁴³⁾.

Ha parecido a más de uno que este esclarecimiento, por conciso y filosófico, más entrañaba que exponía. No me sorprende esa opinión. Lo que constituye una parte más, a engarzar en la totalidad de un sistema, tiene que resultar, por fuerza, insuficientemente comprendido al considerarlo desgarrado de lo restante. Pero uno tiene que presuponer de continuo sus propias ideas básicas, so pena de incurrir en repeticiones indefinidas. Pese a desconocer así esta regla, vamos hoy a esclarecer, desde el fondo, qué subyace en nuestro concepto a la expresión «naturaleza jurídica».

Remontémonos primero hasta nada menos que una teoría de la verdad. Por razones que no son del caso en el momento, he creído que la conocidísima definición escolástica de la verdad como «*adaequatio rei et intellectus*» sólo era válida para un ser que pudiera contemplar desde fuera los términos de esa relación enjuiciada. Es decir, según ese criterio, únicamente podríamos persuadirnos de la verdad o falsedad de los juicios cuando nos fuera dado contemplar, desde fuera de nosotros, nuestra representación subjetiva y el ser real de la cosa. Estamos, pues, ante algo sobrehumano y trascendente que no puede constituirse en un criterio científico de verdad que sea utilizable por los hombres. Desde un ángulo exclusivamente humano, la verdad ha de concebirse como «el respecto a las fuentes originarias de información» ⁽⁴⁴⁾.

Pasando ahora del orden filosófico al jurídico, estamos en condiciones de inferir, sin más, por simple substitución de términos, que la verdad jurídica tiene que consistir, por su parte, en la *fidelidad a las fuentes originarias de las informaciones jurídicas*. De modo que el problema crucial a plantear por la Ciencia del Derecho ha de cifrarse necesariamente en descubrir las

⁴² Vid. *Apéndice*, pág. 262 ss..

⁴³ *Ibid*

⁴⁴ *Estudios*, cit. 136 ss.

fuentes originarias del dato jurídico. No creo que sean menester sugerencias adicionales para que los lectores atentos adivinen adonde se les trata de hacer llegar. Para quien haya comprendido lo que significa *ratio essendi* estará clara la equivalencia intencional de ambas expresiones. Cuando se afirma, pues, que la pregunta por la *naturaleza* de una institución jurídica implica no más el empeño de desentrañar su *ratio essendi*, lo que, aún más propiamente, se proclama, es que la clave de ese gran problema está en *la fuente originaria de donde se ha arrancado el dato jurídico*. Algo hay que compendia la idea-matriz de una institución, la forma pura del valor jurídico irreductible. A «eso» apunta el legislador con sus normas; a «eso» debe volverse el Juez para acabar la tarea de producirlas. ¿Qué hay, en fin, tras ese «eso» tan veladamente aludido?

Rodando, rodando, hemos venido a parar en el corazón mismo de la Epistemología jurídica. No nos resultará fácil, por consiguiente, brindar en pocas líneas la solución a un problema cuya intelección cabal exige complicados desarrollos. Ni la Filosofía ni la Ciencia hacen las cosas más fáciles ⁽⁴⁵⁾, sino más explícitas. Resumir una teoría científica trae consigo, por eso, arrancarle algo. Urge, así, remitir al lector interesado en llegar al fondo de la cuestión a otros trabajos más amplios y específicos sobre la misma ⁽⁴⁶⁾. Sin otra mira que la de manejarnos y entendernos ahora, tratemos de exponer brevemente nuestra concepción sobre las fuentes informativas en el Derecho.

Imaginemos, para eso, que un Legislador se propusiera establecer *ex novo* un Ordenamiento jurídico. ¿Podría actuar con entera libertad de acción, dejándose llevar plenamente de su albedrío, o tendría que sujetarse sin excusa a ciertos hechos indeficientes? La segunda hipótesis es la correcta. Si el Legislador no se mantuviera fiel a regla alguna, estaría haciendo cualquier otra cosa, pero no Derecho. Un déspota al estilo oriental no se sujeta aparentemente a ninguna norma, y cualquiera creería que no atiende a ninguna consideración cuando dicta preceptos a su capricho. Pero hay siempre algo sutil que permite diferenciar las órdenes que da a sus criados de las prescripciones jurídicas. Aunque la forma de ambas proposiciones sea en apariencia similar ⁽⁴⁷⁾, hay un abismo de diversidad en el contenido. Para que pueda calificarse de *jurídica* una proposición debe versar sobre una *materia determinada*, del mismo modo que también la requieren las proposiciones matemáticas o físicas. ¿Cuál es, entonces, la materia privativa del Derecho? Lo propio del Derecho, la condición sine qua non de la juridicidad consiste en tender a la consecución de la cooperación pacífica interhumana mediante la compatibilización de las conductas que se interfieren entre sí. Por tanto, *no podrá darse norma jurídica que no sea una parte en el proceso de compatibilización en que estriba el Derecho*.

Sentado esto, lo demás es obvio. Cualquiera que persiga el intento de regular jurídicamente la convivencia tiene que volverse a dos fuentes últimas: a las interferencias reales que se produzcan en la vida social y al grado en que se amoldan al fin del Derecho las formas posibles de dirimirlas. Si se pasa por alto la primera de estas dos fuentes, se actuará vanamente, como quien clama en el vacío. Si se prescinde de la segunda, se hablará cualquier otro lenguaje; pero no el lenguaje del Derecho. *Una cierta congruencia con el fin jurídico es en absoluto necesaria para que se pueda instaurar de hecho un Ordenamiento positivo*.

Ahora bien, es evidente que estas limitaciones iniciales bastan por sí solas para constituir toda

⁴⁵ Cfr. HEIDEGGER: *Introducción a la Metafísica* (Estiú), 1956, 47.

⁴⁶ Vid. *Estudios*, cit. 61 ss. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit. 78 ss. 226 ss. 318 ss.

⁴⁷ Vid. *supra* pág.

una serie de *leyes extrínsecas al Ordenamiento* que ejercerán una acción decisiva sobre él. El Legislador no es omnipotente, ni mucho menos.

Trabaja, por el contrario, constreñido por numerosas imposiciones de lo real. Presiona sobre él el conjunto de características esenciales del Derecho, ninguna de las cuales le es dado rehuir; presiona sobre él el estado social preexistente, con su tendencia a prevalecer y a conservarse; presiona sobre él el orden económico establecido; presiona sobre él, en fin, esa necesidad de coherencia interna que es consustancial al Derecho, por cuya virtud cada institución nueva que se consagre se debe y se atempera a las que ya existen.

Cada vez que en un Ordenamiento jurídico aparecen en juego imposiciones de cualquier clase; cada vez que el Legislador tiene que acatar un dictado del exterior y someterse a sus exigencias, entonces tiene también que tomar de la realidad que se le sobrepone la idea matriz de la institución que va a regular. He ahí, pues, su *fuerza de información originaria*, la *ratio essendi* del complejo normativo a instaurar, su *naturaleza* o, si se quiere utilizar el expresivísimo término matemático, el *factor* o los factores a que debe el ser (⁴⁸).

V

Puestas así las cosas, y aclarado que debe entenderse por *naturaleza jurídica*, la pregunta por la del proceso comienza a tener sentido y se hace accesible a la investigación. Ahora estamos ya en condiciones de examinar con conocimiento de causa las diversas teorías que han sido propuestas para pronunciarse definitivamente sobre su exactitud o inexactitud.

Dejemos de lado, por anacrónicas, las viejas doctrinas *contractualistas*, que, más que al proceso mismo, se refieren a los requisitos para tener acceso a la vía procesal (⁴⁹), y detengámonos en el análisis de las concepciones que se disputan la adhesión de los tratadistas.

⁴⁸ El antecedente preciso de estas ideas se remonta a mis primeras publicaciones. Vid. p. e., lo dicho, a propósito de las personas jurídicas en “*La distinción de condominio y sociedad*, en RGL y J., Sección Doctrinal, Junio de 1947, 692 ss. En el número correspondiente a Abril-Mayo (1948) de la RGD (hoy recogido en *Estudios*, cit. 259 ss.) se leen ya estas palabras: “El Derecho natural, en efecto, a pesar de todo testimonio en contrario, existe institucionalmente con el preciso rigor de una ley física y, como presupuesto social, se impone al Estado, a la Comunidad y al hombre mismo con la misma energía realizadora con que un mandato de Dios se impone sobre la materia. La institución natural, que es la manifestación óptica de un imperativo jurídico abstracto, es condición tan inexcusable de la vida común que el concepto mismo de Sociedad es inconcebible sin ella. La contratación, la propiedad, la familia, etc., ¿qué son sino expresiones concretas de un deber ser ideal y realidades existenciales inherentes al ser humano y con vida propia fuera del ordenamiento positivo? Pues de la coordinación de las instituciones naturales, entitativamente ponderables, cabe también derivar ciertas leyes reguladoras, constitutivas de un deber ser moral. (Vid. *Estudios*, cit. 265 y s.) Aparecía, así, el concepto de *leyes extrínsecas* al Derecho sobre el que se intentaba, nada menos que hacer de la Política del Derecho una Ciencia tan rigurosa como otra cualquiera (hoy prefiero denominarla Ciencia de la Legislación). La extensión posterior del concepto y su misma denominación tuvo lugar en *Contenido esencial de la Ciencia jurídica*, Abril de 1949, en *Arbor*. Después se ha desarrollado en obras posteriores hasta hacer de él una pieza capital en la concepción empirio-crítica del Derecho.

⁴⁹ El proceso podría, si se quiere, haber nacido por un *contrato* o ser asimilable en algunos efectos a un cuasi-contrato o cuasi-delito (vid. nota 9); pero a nadie se le podría ocurrir aplicar las normas relativas a contratos o cuasi-contratos para establecer el ordenamiento del proceso o interpretar las leyes procesales ambiguas.

La que disfruta aún de mayor predicamento y arraigo es la teoría de la **relación jurídico-procesal**, que se afana por aplicar al proceso, previamente retocada para que no resalte en exceso el tratamiento de Procusto, la categoría de la **relación jurídica** desenvuelta por los privatistas. La extensión del concepto no era precisamente una **generalización** lógica, la cual debería hacerse abstrayendo notas en aquél hasta que fuera aplicable a los nuevos hechos considerados, sino una extraña reproducción sin herencia de caracteres. Los procesalistas actuaron aquí con la misma legitimidad con que el químico del cuento se adjudicaba el hallazgo de un nuevo halógeno, que, si no tenía las propiedades de los demás, era por constituir simplemente un halógeno químico-público.

Sea lo que quiera de sus orígenes, sea lo que quiera de los argumentos que se han esgrimido contra ella ⁽⁵⁰⁾, lo cierto es que la teoría de la relación jurídico-procesal no tiene en absoluto nada que decir sobre la naturaleza jurídica del proceso. La razón de este aserto es patente. La relación jurídica no es algo óntico, capaz de formar el ingrediente irreductible sobre el que se elabore el proceso; es una noción a posteriori, un simple esquema clasificatorio totalmente inadecuado para una intelección ontológica. Desde luego, a nadie se le ocurriría pensar que con una remisión a la relación jurídica pondría ya al descubierto la **ratio essendi** de ningún instituto. Lo que es consecuencia de las normas ⁽⁵¹⁾ no puede ser nunca el fundamento de las mismas “ ⁽⁵²⁾.

⁵⁰ Especialmente por GOLDSCHMIDT, en su obra capital: *Der Prosess ais Rechtslage*, 1925, cit. En español *Teoría General del Proceso*, 1936, 16 ss.

⁵¹ Lo que los procesalistas pretenden que sea la “naturaleza” del proceso es en realidad un resultado de la labor legislativa, un corolario del modo de ser adoptado por las diversas normas procesales, un mero efecto. Lo que en rigor interesa indagar es la causa de semejante efecto, no éste. Las categorías de contrato, relación o situación jurídica tienen que ser circunstanciales y valer sólo dentro de una determinada legislación. La verdadera naturaleza jurídica debe ser metalegislativa y válida para cualquier legislación posible.

⁵² La doctrina procesal, falta de ordinario de bases filosóficas coherentes, no ha sabido cristalizar aún en un vocabulario preciso. Asombra la decisión con que se manejan términos fundamentales. Así no es extraño que, después de cuestionar sobre la **naturaleza jurídica del proceso**, algún procesalista se preocupe aún por su **fundamentó**, entendiendo bajo esta expresión el **fin institucional que el proceso persigue** (Aragoneses: *Proceso y Derecho procesal*, 1960, 214 ss.). Uno se pregunta, una vez que se ha de entender por fundamento el **fin**, si no sería mucho más lógico y menos embarazoso empezar ya por ahí, ahorrándose una expresión poco afortunada. La causa del mal en Aragonese es paladina. Toda su obra tiene la estructura y el tufillo de una Memoria de Oposiciones a Cátedra y está pensada para contentar a los Maestros. Precisamente en varios lugares de su libro Aragonese acusa franca vacilación entre sus convicciones íntimas y suá miras de opositor, que le imponen un respeto discipular a la doctrina recibida. A la hora de tomar partido sobre la teoría del objeto del proceso, Aragonese se ve en la necesidad de optar entre la tesis de Guasp y la mía. Aragonese (.¿cómo no?) tiene que manifestar clara repulsa ante mi crítica y ciega fe en la doctrina de Guasp, en la que operativamente no cree. Así, dice: “Lois critica la teoría que hace de la pretensión el objeto del proceso, porque la pretensión es un acto del proceso y no se comprende cómo pueda ser al mismo tiempo su objeto, ya que lo pretensión como acto, ha de tener, por su parte, causa y objeto, y entonces, en toda lógica, el objeto de la prehensión tiene que ser el proceso, y en seguida, afirma, salta la tautología. Por otra parte, señala, tal teoría es impredicativa, porque conduce inevitablemente a otra. Al investigar el significado de la decisión o satisfacción de pretensiones, comprobamos que es análogo al de dictar sentencias. Y estamos, con esto, ante algo sobremanera inexpresivo, ya que, una de dos, o io fundamental en el proceso es la resolución, o es la actividad previa investigadora. Si lo segundo, no podría tomarse la resolución como nota característica del proceso; si lo primero, resulta que la sentencia es lo esencial; es decir, el proceso, y en ese caso, el proceso sería el objeto del proceso.

Dejando a un lado lo confuso de la crítica de Lois Éstévez, quien baraja la satisfacción de pretensiones (fin inmediato del proceso), con la pretensión (objeto del mismo), para hacer deducciones sobre el primer elemento e imputárselas al segundo, la única afirmación de su crítica que puede parecer en principio fundada, es aquélla según la cual, si la pretensión es un acto del proceso, no puede atribuirse al mismo una configuración genérica de tal concepto. Guasp refuta tal objeción afirmando ...”Prescindamos por ahora de los argumentos de Guasp, pues

No es más acertada, por desgracia, la teoría de la situación jurídico-procesal, que incide en el mismo error metódico que la precedente y que, como ella, intenta resolver un problema ontológico con recursos de pura lógica jurídica. Por otra parte, dada la máxima generalidad del concepto de relación en el ámbito del Derecho, no son posibles situaciones jurídicas que no se subsuman en una relación de esa clase. La teoría, pues, de la situación jurídico-procesal precisa necesariamente de aquella otra para tener sentido (⁵³), por lo cual, invalidada la primera, resulta, de rechazo desfondada ésta, que la supone.

En general, ambas teorías acusan parejas deficiencias. Para demostrar constructivamente su inadecuación al objeto, nada mejor que poner de manifiesto con viveza como ninguna de ellas puede cumplir la función que se exige a la naturaleza jurídica.

Imaginemos, con este propósito, que un Legislador español, cansado de la vetusta Ley de

volveremos sobre ellos más adelante. Aragoneses califica mi crítica de “confusa”, que quiere decir, según el Diccionario, “mezclada, revuelta, oscura, dudosa, poco perceptible o difícil de distinguir”. El calificativo me divierte. Creo que si de algo pecó mi crítica, fue de paladinamente clara, y cara me costó. Pero, aunque hubiera sido oscura y difícil, la adjetivación sería intrascendente, puesto que lo único que hubiera importado decir era si respondía, o no, a la verdad, si era, o no, exacta. Esto, prudentemente, Aragoneses lo silencia. Da por hecho que Guasp ha refutado uno de mis argumentos; pero, ¿y los demás? ¿Y las réplicas que yo he formulado? ¡Ni mención le merecen! Y no obstante... El subconsciente le juega a uno a veces verdaderas malas pasadas... En mi trabajo criticado, queriendo poner orden, por primera vez, en un tema caótico, quise comenzar por una adecuada definición lógica de los términos. Y me expresé así:

“Conviene definir en el orden lógico las nociones tratadas, para eliminar toda vacilación u oscuridad terminológica. Se llama objeto de una acción al resultado que se consigue con ella. Se llama causa al estímulo que inspira la acción. Por último, se llama finalidad a la función genérica que desempeña la cosa producida. Refiriendo al proceso estas ideas, entenderemos por su objeto el resultado inmediato que produce o, en otras palabras, lo que se hace con el proceso. Causa habrá de ser el móvil que incita a cada parte actuante, que puede ser normal, si está de acuerdo con el objeto, o anormal (ilícita) en el caso contrario. Y finalidad será la función que desempeñe el proceso institucionalmente; esto es, la misión que se le encomienda en definitiva sobre la sociedad”. (ADC, II, 2, 1949, 601 ss.)

*Ésto decía yo, con mi proverbial obscuridad, y Aragoneses no debería ni atenderlo ni entenderlo. Por lo menos, no debería admitirlo, siguiendo, como sigue, las orientaciones de Guasp. Pero, para sorpresa mía, ha escrito en la pág. 214 de su extensa obra: “Si hemos estudiado “qué es” el proceso, así como “lo que se hace” en el proceso (referido al resultado inmediato que produce, esto es, al objeto) nos resta por examinar el “por qué” a que responde su existencia (o finalidad que desempeña el proceso institucionalmente), esto es, la misión que se le encomienda en definitiva por la sociedad...” De modo que, a la postre, salvo dos miopes modificaciones (lo que se hace en el proceso, en lugar de lo que se hace con el proceso —que revelan mala comprensión, pues el objeto de una cosa es lo que se hace **con** ella y **no** en ella— y “que se le encomienda en definitiva **por** la sociedad” en lugar de **sobre** la Sociedad, que enuncia lo accesorio y sobreentiende lo principal), Aragoneses termina por aceptar lo que ha desechado. Como veremos, Guasp intenta también hacer lo mismo, bien que sin éxito (vid. nota 68). La reacción de Aragoneses no se compagina mucho ni poco con los criterios que aparecen expuestos en la nota 819 (pág. 564) de su libro. Tales criterios, que comparto, con la excepción de su concepto de la mala Ciencia, que es muy pobre, no los aplica él a la hora de poner en la balanza dos teorías encontradas para enjuiciarlas con objetividad y justicia. La mía le parece confusa; la de Guasp, clara. Y una sola réplica de Guasp a uno solo de mis argumentos, le parece ya refutación de todos los que le opuse. Si yo fuera el Catedrático de la Central y Guasp un Catedrático “exorcizado”, como es mi caso, seguro estoy de que la actitud de Aragoneses, pese a las estupendas proclamaciones de principios que invoca **en su favor**, sería diametralmente la contraria. La prueba de que a él no le ha preocupado la verdad en todas las polémicas procesales planteadas en España es que en ninguna se ha molestado en aducir razones **por su cuenta**. Consigna las ya dadas, en sus textos literales, casi sin adición. Por eso, si hubiera puesto entre comillas los textos que se limita a reproducir, cualquier lector hubiera visto con qué criterio y bajo qué motivación latente se hizo la antología.*

⁵³ El concepto de situación jurídica resulta, así, una especie de corte transversal o, mejor aún, una fase aislada y detenida, una etapa en el proceso constitutivo de las relaciones jurídicas. De ahí que sin estas últimas, no sea posible concebir las situaciones en que se descomponen.

Enjuiciamiento que nos rige⁵⁴), intenta establecer una Ordenanza procesal más en consonancia con los requerimientos del siglo técnico en que vivimos. Ya que, puestos a imaginar, no tenemos motivo para moderar nuestras ambiciones, sigamos suponiendo que nuestro Legislador pretende ser fiel a un ideal científico. Ha leído en alguna parte que las Leyes deben acomodarse a la naturaleza de las instituciones que aspiran a regular y quiere ceñir su actuación a este postulado. Para ello, llama a los procesalistas a consulta y les pregunta sin rodeos cuál es la *naturaleza jurídica del proceso*. Prescindamos de su pasmo ante la multiplicidad de las respuestas sobre una cuestión que a él le parecería tan simple y crucial, y limitémonos a transcribir el posible diálogo:

Legislador: —Lamento muy sinceramente que Uds. no hayan llegado todavía a un acuerdo en una cuestión que a mí me parece tan fundamental; pero nadie puede exigir a la Ciencia algo que la Ciencia no ha logrado aún. Sin embargo, como bien pudiera ocurrir que algunos de Uds. hayan vislumbrado la verdad, pese a no haber conseguido demostrarla, voy a enjuiciar sucesivamente sus teorías como si fueran ciertas, para ver cuál puede prestarme alguna luz. La mayoría de Uds. está conforme en sostener que el proceso constituye, por su naturaleza, una relación jurídica, ¿tiene alguno la amabilidad de explicarme el significado de esta última expresión?

Procesalista: —Una relación jurídica, como la definió muy bien Savigny, no es más que “una relación entre una persona y otra persona determinada por una regla jurídica”. “La determinación por una regla jurídica consiste en que se indica a la voluntad individual un campo, en el cual ha de reinar con independencia de toda voluntad ajena”.

Legislador: —Bien; entiendo lo que Vds. quieren decir; pero me falta comprender de qué manera puede ayudarme esa doctrina. Vds. me enseñan que el proceso está constituido por relaciones entre personas, fijándose por normas jurídicas las posibilidades de acción de cada una de ellas. Pero esto a mí no me aclara nada. De acuerdo con su concepción, la relación jurídica depende de lo que yo instaure como norma. Es posterior a lo que decida yo. Y no puede, por tanto, serme útil para saber cómo deben ser las normas que yo elija. A mí se me ha prometido en la teoría de la naturaleza jurídica un criterio seguro de legislación. Su hipótesis acerca de la naturaleza del proceso no me lo proporciona. Luego, una de dos, o es errónea su concepción sobre la naturaleza del proceso o es falsa la presuposición teórica en que descansa la doctrina general respecto a la naturaleza jurídica. Por el momento, debo creer que es su hipótesis la que ha fallado.

Procesalista: —Su juicio me parece algo prematuro todavía. Conviene no olvidar que Savigny tuvo algo más que añadir a su anterior caracterización de la relación jurídica. “En cada relación jurídica —decía— podemos distinguir dos elementos: en primer lugar, una materia, o sea aquella relación en sí; y, en segundo lugar, la determinación jurídica de esta materia. Podemos designar al primer elemento como “elemento material” de las relaciones jurídicas o el mero hecho de ellas; y al segundo como “elemento formal” o sea aquel por el cual la relación fáctica es elevada a la forma jurídica”. Lo que a Vd. podrá suministrarle luz para la solución de su problema no será, seguramente, el elemento formal, que dependerá por completo de lo que Vd. disponga, sino el elemento material, que es previo. He ahí, pues, el lugar al que Vd. debe volver sus ojos.

Legislador: —Perdone Vd. que no me declare convencido. Su réplica entraña un cambio de posición. Ahora ya no me está Vd. diciendo que la naturaleza del proceso viene expresada por la relación jurídico-procesal, sino únicamente por el elemento material de ésta. Una relación no es lo mismo que uno de sus términos o elementos; por tanto, Vd. patrocina ya una nueva actitud. El elemento material podrá ser, si se quiere, un soporte pero, por definición, no es, en absoluto, la relación jurídica. Esta surgirá,

⁵⁴ *El hecho, aquí subrayado, no implica la creencia de que una codificación procesal consiga fácilmente un mejoramiento substancial de nuestra Administración de Justicia. Mala o buena, la Ley de Enjuiciamiento tiene la ventaja de que sus largos años de vigencia han permitido conocerla y suplir con expedientes prácticos muchos de sus defectos. Por otra parte, nació en un ambiente dominado por el principio de libre discusión, sin tener que supeditarse a priori a ninguna clase de ideologías. Y si hoy esgrimimos contra ella, como argumento supremo, el que a su advenimiento no había cristalizado aún en España la nueva Ciencia procesal, conviene no olvidar que esta pretenciosa denominación dista mucho de haberse merecido. El Derecho es, hasta el momento, una Ciencia “por analogía. Y, en último término, la eficacia de una Ley procesal depende, más que de sus preceptos, de la calidad de los Funcionarios que los apliquen.*

a lo sumo, con el proceso, desde que yo promulgue la serie de normas que lo implanten y subseguirá y no antecederá a mi obra. Las relaciones jurídicas son algo dependiente de mi actuación, algo que sólo existirá cuando esté concluido mi trabajo. En tales condiciones es evidente que la teoría de la relación jurídico-procesal no me puede proporcionar a mí ni la más mínima información. No cabe que sea tampoco la respuesta al problema de la naturaleza jurídica del proceso, porque dicha naturaleza es, por principio, un *prius* y no un *posterius*. Si yo ya tengo construido el proceso, de nada me sirve que Ud. me diga que he producido con él una vasta relación jurídica. Por otra parte, ¿cuál es el *elemento material* en la relación jurídico-procesal?

Procesalista: —¡Huy! Mucho me temo que mi respuesta presente le satisfaga menos que la anterior. Los procesalistas no se han ocupado debidamente de este asunto. A la verdad, no sabemos bien si dicho elemento material es la *res litigiosa* o la *res in indicio deducta*, si es el conflicto material de intereses o su peculiar *reproducción* procesal. Todavía andamos a la greña debatiendo esto.

Legislador: —No ha penetrado Vd. bien el alcance de mi pregunta. Mi malicia va mucho más allá de lo que Vd. se atreve a imaginar. Según la tesis de Savigny que Vd. acaba de exponerme, toda relación jurídica tiene un substrato material, un elemento de hecho que por la regulación normativa se eleva después al plano superior del Derecho. ¿Cuál es en el proceso este substrato material? No puede serlo la relación litigiosa por la sencilla razón de que el proceso no es la regulación jurídica de la misma, sino el camino para llegar a su eliminación. La regulación jurídica de las situaciones litigiosas es precisamente todo el Derecho. ¿Cómo vamos, pues, a atribuir por duplicado al proceso una función idéntica?

Procesalista: —Apunta Vd. a otro delicado problema. No falta quien cree que el proceso es una pura creación jurídica. Y en tal supuesto, el elemento material de la relación tendría que ser determinado junto con el formal. ¡Ninguno de los dos vendría dado a priori! En ambos casos, su fijación definitiva será cometido de Vd.

Legislador: —Perfectamente. Ahora estamos de acuerdo. Pero en esta hipótesis reconocerá Vd. que de su teoría favorita nada me queda que esperar. Aun reconduciendo el proceso a una relación jurídica, el problema de su naturaleza sigue sin esclarecer. Expóngame, por favor, alguna otra teoría que pretenda explicarlo.

Procesalista: —La otra gran teoría que se propone desentrañar la naturaleza del proceso invoca para ello la hipótesis de la *situación jurídico-procesal*. A su tenor, el proceso no es otra cosa que una *situación jurídica*. Esto quiere decir que en el proceso sólo se descubre un aspecto de la *relación*, no, en rigor, la totalidad de ésta. Siendo la relación el producto de actividades conjugadas, la situación es la etapa de tránsito, la consideración del movimiento hacia la relación, interrumpido antes de su término. Si las relaciones jurídicas -se integran de *propuestas* y *aceptaciones* ya coordinadas, las situaciones analizan el fenómeno en su dinamismo, con anterioridad a dicha coordinación. Y como el proceso muestra justamente esta estructura dinámica, quedando los derechos de cada parte indecisos hasta el final, sin que el vínculo jurídico se concrete en tanto; resulta entonces que el proceso hay que concebirlo como una situación, no como una relación jurídica. ¿Le satisface a Vd. este otro punto de vista?

Legislador: —Aunque esta visión del proceso es mucho más sugestiva y fértil que la anterior, también se me hace patente en ella un efecto de desenfoco. Tal vez permita una descripción pragmática del proceso que no carece de interés; pero a mí me resulta enteramente inútil, ya que no contesta al caso sobre el problema de la naturaleza jurídica. Mediante esa teoría yo no podré nunca tampoco resolver científicamente las cuestiones legislativas que tengo ante mí. La remisión al concepto de situación jurídico-procesal no me seduce poco ni mucho, puesto que dicha categoría, sobre ser *a posteriori* y vacua, no consiente el establecimiento de norma alguna *por deducción*. Lo que la teoría general de la naturaleza jurídica promete a los Legisladores es, justamente, convertir su tarea en mero trámite deductivo. Eso iba buscando yo al preguntarles a Uds. por la naturaleza del proceso; pero su réplica me decepciona por completo, pues no rima con el resultado que yo me proponía obtener. Si las leyes son relaciones necesarias susceptibles de ser derivadas de la naturaleza de las cosas, cuando la cosa es el proceso la caracterización de su *naturaleza* debe servir para la formulación de la ley. De otra manera, perderá toda justificación la teoría.

No es menester prolongar más largamente el diálogo. Las quejas del Legislador han quedado fundadas asaz. Lo peor es que no son las únicas que aparecen justificadas. De un modo muy

similar podrían manifestarse Jueces y Abogados. En general, todo práctico del Derecho tiene un serio reparo que oponer a las teorías sobre la naturaleza del proceso: que no le sirven para nada. Esta aseveración, todo lo escandalosa que se quiera para los procesalistas, es difícilmente recusable. Lo que al práctico le interesa de las teorías jurídicas es que le resuelvan los problemas interpretativos que están ante él. Por ejemplo: supongamos una norma dudosa o una laguna en el ámbito de una institución jurídica secundaria (es decir, no primaria o no primitiva), ¿cómo se ha de suplir razonablemente la deficiencia *sin salir del Derecho*? La teoría de la naturaleza jurídica nació, sobre todo, con el propósito de cumplir esta finalidad. Igual que cualquier número compuesto es expresable en función de algún número primo, cada institución jurídica secundaria se puede reducir a una primaria más fundamental. Es en ésta en donde el exégeta puede hallar el **complemento normativo** de la otra, para entenderla mejor y para ser capaz de reconstruirla. Cuando una norma no está clara, hemos de acudir a otras que nos faciliten su intelección. ¿A cuáles? La respuesta no se hace difícil. **A aquéllas precisamente de donde se tuvo que deducir** (⁵⁵). El intérprete deberá seguir la huella del Legislador, remontándose primero a su misma **f fuente informativa** para descender después, mediante análogas inferencias, desde su **razón de ser** hasta la norma insuficientemente comprendida. Como cada institución jurídica secundaria debe el ser a otra más primitiva, es lógico buscar en ésta inspiración para solventar las dificultades que pueda presentar aquélla. A esta motivación práctica obedeció la preocupación por el estudio de la naturaleza jurídica. A la misma motivación práctica debería, pues, seguir obedeciendo la pregunta por la naturaleza jurídica del proceso. Pero ¿son realmente capaces nuestras teorías sobre ese tema de resolver problemas hermenéuticos o llenar lagunas? Sólo un optimista incurable nos diría que sí. Si se nos configurara el proceso en términos de otra institución jurídica más primitiva (cosa imposible, **porque no la hay**), las normas de ésta podrían ser utilizadas para nuestro propósito; pero si cuando se nos habla de la naturaleza del proceso se nos quiere llevar, no a fuera sino **adentro** del mismo, nada cabe esperar. Ni la relación ni la situación jurídica son verdaderas instituciones o complejos normativos con posibilidad de ofrecer soluciones a casos litigiosos determinados. Son meras enteleguías de las cuales ninguna norma cabe desprender.

Y esto no es todo. El proceso no es una institución secundaria, derivada de otras más fundamentales que él. Es, por el contrario, una institución **primitiva**, irreductible. Es, pues, imposible expresarlo en función de otras más simples, porque no las hay. He ahí el verdadero «misterio» del proceso y la causa de la perplejidad de los tratadistas. La idea matriz del proceso no puede, en consecuencia, ser **jurídica** y mucho menos «procesal». Hay que ir más allá del Derecho para encontrarla.

Al lado de estas teorías, por decirlo así, «clásicas», se ha ido abriendo paso últimamente otra concepción que cuenta con cierto número de prosélitos en España. Según este punto de vista, la categoría jurídica en donde mejor se acomoda el proceso es la de **institución**. No en el sentido en que hemos estado utilizando nosotros el vocablo, sino con el que le atribuye la moderna corriente institucionalista de Hauriou (⁵⁶). Según el sentir del genial tratadista francés, «una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social

⁵⁵ Cfr. Apéndice, pág.

⁵⁶ Sobre la teoría de la institución puede -verse, entre nosotros, MEDINA ECHEVARRÍA: *Situación presente de la Filosofía jurídica*, 1935, 144 ss. CORTE: G. Renard y su teoría de la institución, *Rev. D. Pub.* 1934, 97 ss. RUIZ JIMÉNEZ: *La Concepción institucional del Derecho*, 1946. Pese a su extensión, esta última obra, que podría haber llenado un hueco sensible en nuestra bibliografía, se ha frustrado en el propósito por no haberse aventurado el autor a actualizar la teoría.

por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas»⁽⁵⁷⁾... «La idea objetiva —nos aclara enseguida Hauriou— no recluta sólo secuaces cuyo asentimiento y cuya confianza aseguran la existencia social de la institución. Recluta también agentes o funcionarios, cuyas voluntades subordinadas van a ponerse al servicio de la institución para asegurar su funcionamiento»... «El resultado de esta recluta es constituir el personal de agentes, de órganos o de funcionarios que obran en nombre de la institución y que, por diversos conceptos, la representa»...⁽⁵⁸⁾. Matizando posteriormente su pensamiento concretó aún Hauriou: «Hay dos tipos de instituciones, las que se personifican y las que no se personifican. En las primeras, que forman la categoría de las instituciones-personas o de las corporaciones constituidas (Estados, asociaciones, sindicatos, etc.), el poder organizado y las manifestaciones de comunión, de los miembros del grupo se interiorizan en el marco de la idea a realizar: después de haber sido el objeto de la institución corporativa, la idea se hace el sujeto de la persona moral que se desenvuelve en la corporación constituida. En las instituciones de la segunda categoría, que pueden denominarse instituciones-cosas, el elemento de poder organizado y de manifestaciones de comunión entre los miembros del grupo no se interiorizan en el marco de la idea a realizar, existen sin embargo en el medio social, pero permanecen extraños a la idea; la regla de derecho establecida socialmente es una institución de este segundo tipo, porque, en cuanto idea, se propaga y vive en el medio social; pero visiblemente no engendra una corporación que le sea propia; vive en el cuerpo social, por ejemplo el Estado, usufructuándole su poder constrictivo y aprovechándose de las manifestaciones de comunión que se producen en él»...⁽⁵⁹⁾.

Completando el pensamiento de Hauriou y desarrollándolo filosóficamente Renard ha dedicado a la teoría de la institución vastas e importantes obras⁽⁶⁰⁾. Tal vez por ello haya perjudicado su causa, ya que en este siglo nuestro, tan poco propicio a los conceptos profusos, el de institución, con ser simple, aparenta una complejidad laberíntica y nadie que no tenga el convencimiento apriorístico de su fecundidad se siente dispuesto a consagrarle el tiempo que tales obras demandan. Hoy, como antes, más valen quintaesencias que fárragos.

Pese, sin embargo, a la amplitud de sus trabajos, Renard ha sabido también condensar en expresivos pasajes su concepto sintético de *institución*, mucho más explícito, por otra parte, que el de su maestro. Así, Renard es indudablemente preciso cuando escribe:

“En su acepción común, la institución es un fenómeno secundario que se adosa a un fenómeno primario preexistente o, por lo menos, coexistente con ella. Cuando se habla de las instituciones de un Estado, se atiende a los órganos que constituyen su *modo de ser* político, administrativo, económico, social..., el *modo de ser* que adopta en su forma monárquica o republicana, en su organización de los servicios públicos, en el estado de su legislación aduanera o laboral. En suma, las instituciones son el *modo de ser* de... alguien o de... cualquier cosa... que es necesariamente... un ser... puesto que tiene un *modo de ser*”.

Tras este *modo de ser* institucional, hay, pues, un ser: un ser que no es una persona humana; pero que desempeña, sin embargo, su papel en la vida social... Las instituciones, en el sentido vulgar de la palabra, son el signo revelador de un ser que, al lado del hombre y como él (pero no necesariamente en el mismo grado que él), es capaz de poseer,

⁵⁷ HATTIOTT: *Principios de Derecho Público y Constitucional* (RUIZ DEL CASTILLO), 1927, 84.

⁵⁸ *Op. cit.* 88.

⁵⁹ HAURIUO: *La théorie de l'institution et de la fondation, en La cité moderne et les transformations du Droit*, 1925, 2 ss. y esp. 10 ss.

⁶⁰ *L'institution. Fondement d'une renouation de l'ordre social*, 1933. *La Théorie de l'institution, Esai d'ontologie juridique*, 1930.

de obrar, de enriquecerse, de gastar, de otorgar contratos, de incurrir en responsabilidades, en una palabra, de participar en el comercio jurídico...”

Es este ser, manifestado al exterior por *las instituciones*, el denominado por mí institución, contentándome yo con transferir *jurídicamente* a su *ser* el término que designa *vulgarmente* su *modo de ser*. La *institución*, en el sentido jurídico de la palabra, es el ser que soporta las instituciones, en el *sentido vulgar* del término...” (61).

A la vista de estas dos caracterizaciones, uno se pregunta qué milagro de incompreensión ha hecho posible el intento de traspasar al *proceso* ese concepto entitativo de *institución*, tan manifiestamente inadecuado. ¡La explicación la da el «espíritu de antología» que aqueja a nuestra «literatura» jurídica, por obra y gracia del sistema de Oposiciones. Infectamos nuestra mente con fórmulas ambiciosas, atropelladamente confeccionadas, y después preferimos inconscientemente al propio original la mala copia resumida con que nos lo han falseado. Igual que en el caso de la «relación jurídico-procesal» fue menester ahora diluir y enrarecer a fondo la idea de institución para que diera cabida sin repugnancia al proceso. A decir verdad, Guasp, que sugirió el primero la reconducción del proceso a la teoría institucional (62), no fue el responsable de la desvirtualización previa de este teoría, que otros habían operado ya en España (63). Guasp creía serle fiel, o, por lo menos, no hizo protesta de transformarla. Se proponía «buscar una determinación más afinada de la naturaleza jurídica del proceso»... «a base de aplicar una idea hoy ya conocida y admitida en el cuadro de las categorías generales del mundo del derecho: la idea de la institución» (64). Pero ¿a qué había venido a parar esa idea *ya conocida y admitida* de institución tal como Guasp la usaba? Dejemos que nos lo diga él mismo:

“Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendentes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de la institución al proceso: la idea objetiva común que en él se aparece es la actuación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también” (65).

Salta a la vista la labor de volatilización a que fue preciso someter la teoría institucional para que diera cobijo al proceso sin demasiado aparente violencia. Según la doctrina francesa, la

⁶¹ *Op. ult. cit. I, 97 ss.*

⁶² *GUASP: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil, 1943, 22 ss.*

⁶³ *Cid., p. e., GARCÍA LABELLA: Nociones de Derecho Político y Legislación Administrativa (Obra ajustada al Programa para las Oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado), 1935, en cuya página 9 se lee: “Importa indicar que, como tránsito entre la consideración objetiva y subjetiva, debe citarse la doctrina que concibe el Estado como Institución, en el significado que a la doctrina de la misma ha dado Hauriou. Este autor considera la sociedad como integrada al mismo tiempo por elementos subjetivos y objetivos. Si se la compara con un tejido, la urdimbre del mismo representa el elemento del orden y está formado por las ideas objetivas, en tanto la trama, que representa los elementos del poder y la libertad, está formada por la voluntad y las pasiones de los hombres. La traducción de las ideas objetivas a la realidad social tiene lugar mediante las instituciones, definidas como ideas objetivas, transformadas en obra social por la voluntad de un fundador y mantenidas por las adhesiones que recluta en el medio social, sujetando a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas. El Estado pertenece a este orden de conceptos, y no sería en uno de sus aspectos, más que una Institución de Instituciones”.*

⁶⁴ *GUASP: Op. cit. et loc.*

⁶⁵ *GUASP: Comentarios, cit. 22.*

institución es, ante todo, algo sobremanera **concreto**. Lo que cuenta en ella preferentemente es el substrato sociológico entitativo (óntico) que la capacita para exigir desde fuera el reconocimiento del Derecho. Las instituciones son **fuerzas sociales** que, por eso, tienen proyecciones jurídicas. Según la versión de Guasp, en cambio, el organismo social, previo al Derecho, **ha tenido que hacerse desaparecer** para que no se advierta su falta en el proceso. Aunque Guasp profesa la creencia de que el proceso cuenta con el correspondiente antecedente sociológico (⁶⁶), esta apreciación se encuentra desmentida aquí, ya que se echa de menos la institución social paralela.

Otra idea esencial en la teoría de la institución es la de **fundación**, y también en el proceso se la desvirtúa. Es verdad que cabría decir, en descargo, que el proceso es una fundación **jurídica**; pero, entonces, una de dos, o todo lo jurídico está en el mismo caso — y en esa hipótesis no habría otra cosa que instituciones en el Derecho y la teoría, por predicar demasiado, sería inútil— o sólo lo están las entidades de pura creación jurídica —y en este otro supuesto, además de contradecir la propia tesis, que dota al proceso de base sociológica, se cambiaría totalmente de signo a la teoría institucional que, concebida para los organismos sociológicos capaces de independencia, vendría a reducirse, por el contrario, al ámbito de los exclusivamente jurídicos.

No menos se alquilara la doctrina de la institución en su transferencia al proceso cuando se hace referencia a las **adhesiones** que la idea constitutiva recluta. La adhesión que se presta a la idea institucional no es meramente formularia, preterintencional, en los sujetos: es una entrega, más o menos plena; pero entrega, al fin: establece una verdadera **comunidad** entre los interesados. «En el contrato —escribe Renard— no se da la integración en una idea: hay simplemente encuentro de dos voluntades que siguen cada una su idea... En la institución, la idea es un tema para la colaboración; es objeto de voliciones comunes; es el término de una aspiración compartida... Fundadores y adheridos comulgan en la misma idea; dicha idea establece entre ellos un vínculo interior; es su bien común; ellos se conyugan en una cierta representación mental, conjugan su actividad al servicio de una tarea. Es esta interioridad de la «forma» institucional en los miembros de la institución la que hace de ella realmente un «ser jurídico» distinto de aquéllos, por más que en sus personalidades se sostenga tal ser» (⁶⁷). Estas palabras del jurista francés son suficientes para demostrar la disparidad de supuestos. No es necesario ya enunciar la pregunta apremiante que cualquier lector se habrá propuesto ahora: ¿Se adhieren acaso las partes a la idea sobre la que se organiza el proceso? ¿Saben cuál es siquiera? Por desgracia, es éste un asunto sobre el que aún debaten los procesalistas (⁶⁸). Lo positivamente cierto es que cada parte va sólo

⁶⁶ GUASP: *La pretensión procesal*, ADC, V, Enero-Marzo 1952, 22 ss.

⁶⁷ RENARD *Op. cit.* 258, 259.

⁶⁸ El problema crítico sobre el que es menester insistir estriba —volvemos a repetirlo— en cuál pueda ser **el objeto del proceso**. Desde *Proceso y Forma*, 1947, he venido sosteniendo que **el objeto del proceso reside en la discriminación de una interferencia**; es decir, en resolver el impedimento que resulta de la incompatibilidad material entre una **pretensión** y un **equivalente jurídico**, o, lo que es lo mismo, un título (*op. cit.* 79). Para evocar más fácilmente estas últimas expresiones que eran tecnicismos propios, utilicé en aquel mencionado libro una locución substitutiva aproximada, la de “estado de hecho protegido”. La sinonimia no era perfecta y provocó quizá ciertas incomprendiones. De todas suertes, pese a esta atenuante, la verdad es que los críticos de la teoría no se han distinguido precisamente por su objetividad y por su justicia. Abrió la marcha Guasp, en su reseña ya citada (*Rev. Der. Proc.* 1948, núm. 1, 190 s), afirmando que “la idea de la discriminación de una interferencia se acerca mucho a la idea de la composición de la litis que es para Carnelutti... un conflicto de intereses calificado por la existencia de una pretensión resistida, sin que las variantes que el autor se esfuerza por dar a su concepción la aparten del núcleo esencial que Carnelutti le ha proporcionado magistralmente”. Le siguió Alcalá Zamora (*Rev.*

Der. Procesal Argentina, 1952, 268 ss.) quien afirma: “Salvo el singular modo de definirla, la tal interferencia no es, a fin de cuentas, sino el **litigio**, según lo entiende Carnelutti”. Y luego, en nota (283) agrega: “Lois reemplaza, con notoria desventaja, “resistencia” por “estado de hecho protegido por la ley”, con olvido de que la tutela jurídica no corresponde **a priori** a una de las posiciones litigantes, sino a cualquiera de ellas, es decir, a la que tenga razón, y de que en la realidad forense la pretensión del actor prevalece más veces que la resistencia del demandado”. Tengo para mí como inconcuso, desde que leí el estudio de Alcalá Zamora, que este autor no manejó directamente mi trabajo, sino que sólo tuvo en cuenta la reseña de Guasp sobre el mismo. Únicamente así es explicable su incompreensión de todos mis conceptos fundamentales. No sé si ya, con las aclaraciones que preceden —y las que seguirán—, habrá visto nuestro ilustre procesalista la trascendencia que tiene el concepto de **equivalente jurídico o título**.. que no es un mero sucedáneo de la noción de **resistencia** carneluttiana, sino toda una pieza esencial en la concepción empiriocrítica del Derecho. La idea de **resistencia** en Carnelutti podría ser reemplazada por las de **lesión** y **contra-pretensión**, por lo cual el conflicto de intereses carneluttiano no difiere, en el fondo, con uno de los aspectos del **conflicto** de Mortarao de la **controversia** de Plósz, y no es concebible en los procesos con absolucón y sin demandado, que quedarían sin objeto, al igual que todos los denominados procesos sin litis. La noción de título o de equivalente jurídico, por el contrario, alude a una situación impersonal, a un estado protegido **a priori**, en virtud de su evidencia empírica, que no se puede extraprocesalmente combatir, porque, en principio, se considera legítimo y se prohíbe atentar a él mientras la presunción que entraña no se destruya en un proceso mediante títulos preferentes. Que este concepto, de alcance iusfilosófico, nada tiene que ver con la **resistencia** carneluttiana es obvio a cualquiera que haya reflexionado sobre los dos. Basta el distinto partido que los dos autores hemos hecho jugar a nuestras respectivas construcciones. La idea de resistencia ha sido inerte en Carnelutti. La idea de **título** ha servido para montar toda una teoría científica sobre el Derecho y dista aún mucho de estar completamente explorada. Los que preguntaron un día —hace ya años— como Guasp y, después, Carnelutti, por los **resultados** nuevos que se derivaran de mis puntos de vista tienen hoy una respuesta categórica, tras el silencio discreto e irónico que mantuve prudente mientras se desenvolvía la investigación. Los resultados ahí están a la vista: en la primera concepción del Derecho como una Ciencia de probabilidad. Si esta perspectiva es fecunda, no yo, sino el tiempo y la historia han de decirlo.

La absoluta desidentidad de supuestos entre **título** y **resistencia** no era la única razón diferencial entre la **litis** carneluttiana y mi **interferencia**, puesto que su otro sendo elemento, la **pretensión**, no era coincidente tampoco sino en su mera denominación, ya que ambos la definíamos en forma muy distinta. Por otra parte, tampoco **discriminación** y “**justa composición** de la **litis**” tienen la menor semejanza. Discriminar es “**dirimir juzgando**”, lo cual se puede conseguir aun cuando la sentencia no sea justa.

Esta falta de vinculación entre mi teoría y la de Carnelutti no quiere decir que, a la hora de elaborar la mía, no haya tenido en cuenta la posición carneluttiana y las justas críticas que se le hicieron. Si, como hipótesis, la concepción carneluttiana no tenía en cuenta la totalidad de los hechos empíricos ya inventariados por los procesalistas, a todos nos apremiaba el deber de sustituirla completándola, para ser fieles al criterio científico de proceder por aproximaciones sucesivas. Si yo corregí los defectos de la hipótesis carneluttiana (y si no, que se declaren los en que incurro), tanto monta que mi fórmula pudiera parecerse a la suya: siempre tendría a su favor el suponer un grado más elevado de conocimiento científico. ¿Era, pues, el de mis contradictores un método justo de enjuiciarme?

Sin embargo, no contento aún con esta incompreensión, Alcalá Zamora procura incurrir en otras varias. Arremete, así, casi con saña, contra mi definición de proceso, que en ninguno de sus términos parece encontrar satisfactoria. Que hable yo de una “serie compleja de actos superpuestos” le parece mal, pues opina que caben formas **extraexpeditivas** de justicia (n. 281) o conformidad en los hechos. Se me ocurre preguntar ingenuamente: ¿y eso qué tiene que ver con lo que digo? Yo no uso la palabra **complejo** como una cabala, ni con hábitos psicoanalíticos, ni siquiera como sinónimo de complicado. El significado que le doy es mucho más sencillo; tanto, que por eso no me he molestado en definirlo. A mi entender, una serie (de actos o de cosas) es **compleja** cuando está integrada por objetos de diferentes clases. Por eso, añadido el término que desagradó a Alcalá Zamora a la palabra serie, que por sí sola significaría casi lo mismo. La serie de los actos procesales es compleja, porque tales actos provienen de personas distintas, cada vez en circunstancias algo diferentes, cada vez con objetivos que no se confunden. Por muy expeditiva que sea la forma de hacer justicia, para que merezca el nombre de proceso tiene que respetar precisamente esta característica y conjugar los actos de tres personas (por lo menos **potencialmente**, por oportunidad de contradecir) en una oposición con cierta libertad. Ni el allanamiento ni la conformidad en los hechos pueden excluir, según eso, el carácter complejo o heterogéneo de los actos.

Otra expresión mía que se le atraganta a nuestro procesalista es la de “reproducción” de la interferencia. Sin haberse advertido de la especial intensidad que yo doy al vocablo, me dice con increíble candidez que la interferencia “se evoca”; pero que no se “reproduce”. **En mi teoría** (¿o me niega el derecho a formularla el Dr.

Alcalá Zamora?) lo que ocurre es, justo, todo lo contrario: la interferencia se **reproduce**, no “se evoca”. La interferencia **real**, que tuvo lugar fuera del proceso, fue un hecho histórico, y ha pasado ya, sin dejar huella alguna **propia** de su presencia. Por eso, dada la intervención del Juez, ajeno, en absoluto, a los hechos, es menester, para que el proceso tenga sentido y posibilidad, que la interferencia se **reproduzca**; es decir, se la haga vivir, como de nuevo, ante él. Por eso repito innumerables veces en mi obra que la interferencia que cuenta es la **procesal**; esto es, la que resulta, de **hecho**, en el proceso entre la pretensión que se formula por el actor y el **equivalente jurídico** que ampara la situación del demandado (no necesariamente a éste). Incluso he repetido a menudo en mi obra que la interferencia material **pudo no existir**. No creo incurrir en irreverencia si explico mi tesis al Prof. Alcalá Zamora extrayendo un ejemplo de la Teología católica. Como sabe mi ilustre objetante, la Misa es para los creyentes una “reproducción” del sacrificio del Calvario; no una evocación del mismo. Pues el proceso, a mi entender, es otro tanto en relación a la **interferencia**. Para mi teoría también el cambio de la palabra “reproducción” por “evocación” suena forzosamente a herético.

También me reprocha Alcalá Zamora la “decapitación” que yo hago de la sentencia, al afirmar que el fallo propiamente tal no forma, en rigor, parte de la misma. A mi juicio “la labor del Juez y del proceso termina verdaderamente al identificar la interferencia en el supuesto hipotético de una ley” (**Proceso y Forma**, cit. 92). Este punto de vista no debiera, en verdad, escandalizar a Alcalá Zamora, pues no es ms que una aplicación consecuente del viejo principio: “**Jurisdictio in sola notione consistit**”. La justificación de mi tesis en “**Teoría de la expropiación procesal**”, en **Grandes problemas del Derecho Procesal**, 159 ss. y en **Pretensión, acción y tutela formal provisoria**, en *Id.* 87 ss. Mi teoría actual sobre las fuentes del Derecho, contenida en el capítulo segundo de este mismo libro, precisa el sentido en que ha de entenderse la referencia a la hipótesis de la ley.

A continuación de **Proceso y Forma** volví aún otras dos veces a ocuparme, en breves monografías, de la teoría del objeto del proceso (vid. **Grandes Problemas**, cit. 25 ss. 57 ss.). Fue la primera de ellas la que motivó con su crítica la réplica de Guasp a que se hace referencia en la nota 52 de este mismo capítulo. Como es sabido, Guasp había sostenido primero que el objeto del proceso quedaba cifrado en la **actuación, realización o puesta en práctica de una pretensión fundada** (**Comentarios**, cit. 8 ss.). No había definido, sin embargo, el concepto de **actuación**, que se limitó a recoger de la doctrina precedente, la cual, consciente o no, había operado con el significado aristotélico-escolástico del término (potencia que se actúa). El desacuerdo era evidente, pues la pretensión, en su acepción procesal, es actual siempre, no así como la voluntad de la ley o el derecho subjetivo, que no son más que potencias. Al lado de esta deficiencia, fácilmente subsanable con una definición diferente del término, Guasp había incurrido en otra mucho más grave: **Había roto toda comunicación entre el Derecho material y el proceso; peor aún, había privado al proceso de todo antecedente facticio, llegando, incluso, a definir la pretensión sin asignarle un cometido concreto extrínseco**. Por eso, ya en **Proceso y Forma**, argüía Guasp que su concepto de proceso planteaba “en seguida la cuestión de determinar el fin propio a que la actuación de la pretensión se encamina. Se podrá señalar entonces como fin del proceso “la paz social”, como ya el reputado tratadista declara; pero es que éste es el fin último del proceso, o, mejor dicho, el fin de la institución procesal, que sólo mediatamente se realiza en cada proceso concreto; luego hay que precisar, además, un fin próximo que ha sido la causa eficiente de la pretensión y que, por ello, es su destino inmediato”. (77-78).

Movido probablemente por estas críticas y por otras que Gordillo le dirigió, Guasp decidió rectificar su primitiva tesis pero, en lugar de revisar a fondo la teoría, se contentó con aplicarle un tratamiento ortopédico superficial. Aprovechó para ello la ocasión de un estudio sobre **Los límites temporales de la cosa juzgada** (ADC, I, II, 1948, 435 ss.), que venía pintiparado para su propósito, y reemplazó actuación por **satisfacción** de pretensiones; con la ventaja de que esta vez sí definió el término. Quedaba satisfecha una pretensión (en sentido **jurídico**, no **psicológico**) “cuando era recogida, **examinada y resuelta por un órgano del Poder público dotado de imparcialidad**”, Pero, a su vez, la resolución podría conducir a dos conclusiones distintas: a actuar la pretensión, si fundada, o a **desestimarla**, si infundada (op. cit. 439). De esta suerte, llegaba Guasp a la conclusión de que la cosa juzgada podría explicarse fácilmente por la **satisfacción de la pretensión**, pues examinada y resuelta ésta, la **reproducción del litigio** (¿por qué del litigio y no de la pretensión?) carecería de **causa jurídica**. Por inconcebible que resulte, lo cierto es que Guasp no se advirtió de la tremenda petición de principio que encierra toda su doctrina. No captó lo **impredicativo** de su fórmula, ni aún después de haberle llamado yo la atención acerca de este extremo. Y, sin embargo, la tautología está bien a la vista. ¿En qué consiste el proceso sino en **recoger, examinar y resolver** pretensiones? ¿Es que acaso cuando se mencionan estas tres actividades no se está efectuando una descripción de las tareas que se cumplen en el proceso? Pues si bajo el símbolo verbal de “satisfacción” se evocan estas tres ideas, la conclusión es manifiesta: cuando se hable de satisfacción se sigue describiendo el proceso. No se puede decir, pues, que el objeto del proceso estriba en satisfacer pretensiones, porque tanto vale decir que el proceso es el objeto del proceso, Más aún. Dado el concepto de pretensión que propugnaba Guasp al tiempo de publicarse su artículo, el desenlace feliz o desdichado del proceso sería incomprensible, por el divorcio definitivo e irreparable que

patrocinaba el tratadista entre proceso y Derecho material. Por último, la supuesta explicación de la cosa juzgada venía a parar en otro círculo vicioso, como se patentiza con solo preguntar “cuándo hay cosa juzgada”. La contestación “**hay cosa juzgada cuando la pretensión es irreproducible**”, resulta vacua, pues volviendo a inquirir “**cuándo la pretensión es irreproducible**” la réplica nos lleva otra vez al punto de partida: “**cuando hay cosa juzgada**”. Por eso, lo primero que tenía que plantear Guasp para tratar debidamente su problema era **si hay cosa juzgada porque la pretensión es irreproducible o si la pretensión es irreproducible porque hay cosa juzgada**. Este interesante dilema, pretemático en Guasp, fue ya propuesto por mí al tiempo de la publicación de su trabajo “*hoy recogido en **Grandes Problemas**, cit. 159 ss. esp. pág. 177).*

A esa nueva teoría de Guasp sobre el objeto del proceso fue a la que yo me referí en el estudio citado por Aragoneses (vid. nota 52) y en otro, que no parece conocer, publicado años más tarde. Mi crítica, tachada de confusa por Aragoneses, fue antes calificada por Guasp de “totalmente descentrada”, lo cual no le impidió, por cierto, reconocer que una de las objeciones que le oponía era trascendental. Fuera cual fuera el valor de mis alegatos, el caso es que, como consecuencia de ellos, el reputado procesalista se vio forzado a un nuevo cambio de posición, no por inconfesado menos evidente. Pero ahora rectificó en dos puntos de suma importancia: en su propia definición de pretensión y en su vano empeño de procesalismo autárquico. Es verdad que Guasp no recurre aquí todavía paladinamente a presupuestos de Derecho material, aunque sí en forma tácita; pero, por lo menos, convencido ya de la inviabilidad de un Derecho Procesal “insularizado”, busca fuera de él una realidad que lo fundamente. Lo malo es que yerra la pista. El cree que el fenómeno procesal de “satisfacción de pretensiones” tiene en el acto social de protestar y quejarse el necesario correlato sociológico que el Derecho se limita después a conformar. La hipótesis es insostenible. El proceso es pura creación jurídica (vid. **Grandes Problemas**, 9, ss. y 17) Cualquier fenómeno procesal que pueda parecersele, difiere, con todo, radical y esencialmente de él. Unos (autodefensa, guerra), porque son su antítesis; otros, porque parten de una voluntariedad de que el proceso prescinde en absoluto (composición, arreglos, etc.). Como fuerza jurídicamente legitimada, el proceso no puede tener paralelo social **extrajurídico**. La composición y el arreglo, por ejemplo, como hechos sociales, tienen su forma jurídica en ciertos contratos de Derecho privado. Pero el proceso, no. Como prueba el presente capítulo de este mismo libro, el proceso es una forma lógica que se hizo Derecho: un método jurídicamente consagrado para superar la última etapa en el ciclo de integración normativa.

Al ocuparse de la teoría del objeto del proceso, Guasp entra en materia nada menos que con el aserto siguiente: “El objeto del proceso tiene que ser, por ello, una relación, naturalmente de carácter ideal, puesto que el proceso no pertenece a la esfera de los entes tangiblemente reales, que sirven como centro de referencia de las diversas categorías procesales” (ADC, 1952, I, 39. Aquí no se sabe que admirar más, si la identificación “objeto-relación”, si la afirmación sorprendente de que “el proceso no pertenece a la esfera de los entes tangiblemente reales”, que sólo sería admisible en quien profesara una filosofía idealista (aunque entonces no habría necesidad de contraponer a lo ideal lo real—por eso cabría afirmar que el “idealismo” es una forma singular de realismo, un realismo quintaesenciado y virtual—) y que se estrella con la **teoría de la institución**, que dice profesar el propio Guasp, gobernada por un “realismo” insobornable. Si lo que Guasp quiere decir es que el proceso consiste en una **relación**, podríamos, en cierto modo, pasar por ello, aunque entonces visualizaríamos **no tanto el hacer humano que lo produce cuanto sus directivas lógicas**. Y entonces el propugnador de la teoría del proceso como institución, vendría a hacer imprescindible la teoría de la **relación jurídico-procesal**. De todas suertes, el proceso sería una relación entre actividades humanas **en presente**, tan reales y empíricas como la conducta humana **in fieri**. Nada importaría en tal supuesto que el proceso fuese una **relación** para que otro tanto se pudiera predicar de su objeto. Si el objeto es el **resultado, lo que se hace con el proceso**, nada importaría resaltar con preferencia su posible aspecto de **relación** para no reconocer en su producto un resultado empírico, nunca ideal. Colocarse, como Guasp hace, en el **topos Uranos** de los objetos ideales es ya ponerse al margen de toda experiencia y convertir una Ciencia de lo real (como la del Derecho) en puro logicismo. ¿A qué viene entonces la remisión sociológica inicial de que Guasp se ufana?

Hagamos gracia a Guasp de estas inconsistentes premisas y pasemos a examinar la “refutación” de la objeción que le hice. “En todo acto—escribe—hay en primer término, una mutación de realidad o modificación de un cierto existir que, cuando se contempla inmediatamente, se agota, en efecto, en un instante de tiempo determinado y no puede aspirar a fundamentar una consideración total de una realidad que alcance momentos temporales más amplios: a esto podemos llamarlo acción en sentido estricto, ya que se contempla el acaecimiento por el que se pone en existencia la modificación de la realidad en que el acto consiste. Pero en todo acto hay también otro aspecto a considerar: aquel que consiste en la nueva fisonomía que asume la realidad en virtud del acto mismo, es decir, la modificación de la realidad contemplada, no en el momento que se produce, sino en el momento o momentos en que ya se ha producido como resultado final del acto mismo, evento, si se quiere llamarlo así, que ya no se agota en un simple instante cronológico sino que perdura o puede perdurar a través de una serie de ellos, por lo cual

a lo suyo, con la misma motivación personalista o mayor incluso que los contratantes. Es verdad —todo hay que decirlo— que Guasp ha tenido buen cuidado de señalar cómo las partes se adhieren a la idea objetiva que preside el proceso *aunque no sea esa su finalidad específica*.

justifica el que se amplíe su poder de acción a sectores más extensos que el anteriormente considerado: a esto cabría llamar acto en sentido estricto, pues el acto no es la acción, sino el resultado de la acción misma. Es facilísimo observar que en cualquier figura jurídica que se define como un acto o serie de actos se dan siempre estas dos facetas de su esencial: la mutación estricta de realidad en el momento en que se produce y la realidad modificada en los momentos en que la mutación ya se ha producido; sólo así se explica que entidades unánimemente caracterizadas como actos o complejos de actos puedan constituir el objeto de relaciones jurídicas permanentes, o por lo menos que no se agotan instantáneamente; así, cuando se dice del matrimonio que es un acto o cuando se dice del contrato que consiste en una cierta actividad: ¿cómo cabría, en efecto, hacer del objeto de una convención las distintas prestaciones que las partes prometen, si estas prestaciones no fueran más que puras actividades efímeras, imposibles de aprehender para construir con ellas el elemento constante de una entidad de derecho? Por la misma razón la pretensión procesal puede ser un acto y, sin embargo, salvarse el escollo que representa para su configuración como objeto del proceso su mera calificación ¿orno estricta actividad. La pretensión procesal es, pues, un acto procesal y al mismo tiempo el objeto del proceso, integrando este objeto, no en cuanto acción que se realiza en un cierto momento, sino en cuanto acto ya realizado que, por este mismo carácter de estado que imprime a la realidad una vez que ha influido sobre ella, hace girar en torno a sí misma el resto de los elementos que aparecen en la institución procesal” (La pretensión, cit. 39-40).

Para hacer inteligibles al lector estos razonamientos, debo recordar primero el punto concreto que se discute. Guasp sostiene que la pretensión es el objeto del proceso; pero la define también como acto procesal. Ahora bien, ¿es posible que lo que es parte de una cosa sea, a la vez, el objeto de la misma? La respuesta tiene que ser negativa. Todo producto cultural responde a una necesidad anterior a él y extrínseca. Es contradictorio suponer que la meta de algo venga ya dada en una porción o elemento de ello, llámese ese algo “reloj”, “automóvil” o “proceso”. Decir que el acto inicial del proceso puede ser si objeto de esta institución, equivale a decir que el objeto del reloj

235

puede ser el péndulo, o el del automóvil el embrague. En tal hipótesis, ¿qué sentido tendrían las demás piezas? Si la pretensión fuera el objeto del proceso, ¿a qué vendría continuar a la busca de algo que tendríamos desde el principio?

Es, pues, evidente que ni en el proceso ni en nada un acto o una parte cualquiera no podrían jamás lograr la categoría de objetos. Cuando Guasp intenta tal demostración no hace otra cosa que perseguir un imposible. Su dialéctica tiene que venir a parar a meros sofismas. Y así es, en efecto, como vamos a ver analizando sus argucias.

Comienza Guasp haciendo, trabajosa y opacamente, una distinción que ya estaba hecha por otros con mucha mayor claridad y rigor: La distinción entre acción y resultado (es la clara distinción Cossiana entre objetos mundanales y egológicos, ya que éstos son la conducta humana viviente y aquéllos la conducta humana objetivada; o la que yo mismo he establecido en sede jurídica entre la conducta y los títulos). Y cree que tiene resuelto su problema con referirse a la pretensión en este segundo sentido; es decir, como resultado, como producto objetivo de la actuación humana. Así, dura en el tiempo, pervive después del proceso y le parece que ya podría servirle de objeto. Pero esta “salida” —determinada también por mi concepción del objeto como resultado— no lleva a parte alguna. Si el objeto del proceso se cifrara en la pretensión, no tendrían sentido las restantes actuaciones procesales; porque la pretensión, tanto como acto cuanto como resultado, es algo que se tiene desde el principio y huelga ir más allá en su persecución. Por otra parte, la pretensión tiene como objeto el proceso (pues tal es el resultado a que tiende), ¿cómo, pues, va a ser posible sostener congruentemente que también el proceso tiene por objeto la pretensión?

Más fácil le hubiera sido a Guasp salvar este escollo en que naufragó insistiendo, no en la pretensión, sino en la satisfacción como objeto. Con tal de definir la satisfacción de otro modo, sin realudir y recaer una vez más tautológicamente en el proceso, hubiera conseguido liberarse de la tremenda e invencible dificultad en que se debate. Siempre, claro está, de no romper la necesaria conexión entre el proceso y el Derecho material antecedente. En esta vía ya comenzó a introducirse Guasp con su nueva definición de pretensión como “declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acacimientos de hecho que expresamente se señalen” (La pretensión procesal, cit pág. 51). En esta definición, pese a las proclamaciones en contrario que hace su autor, ya está implícitamente imbricado el Derecho material, en ese bien de la vida que se reclama en petición fundada. Si satisfacer una pretensión se entendiera como “adjudicación definitiva del bien postulado”, la doctrina de Guasp, aunque viniese a disolverse en otra, por lo menos ya no sería tautológica.

Pero la teoría de la institución se esfuerza por resaltar no esa forma de adhesión virtual, sino la que brota del convencimiento. En otro caso, no tendría sentido contraponer las instituciones a los contratos, pues es patente que la finalidad objetiva del contrato puede cumplirse tal cual, aún a pesar de atenerse a la suya propia cada uno de los interesados.

Amén de todo esto, la objeción más dura que se opone al intento de extender al proceso la concepción institucionalista es la que finca en el carácter *consorcial* de la cooperación a la idea. En la institución los adherentes se hacen *miembros*: una suerte común o un mismo riesgo los une. En el proceso sucede lo contrario. Lo que mejor distingue entre sí a las partes es justo el riesgo completamente diferente que están corriendo: cuando una gana, pierde la otra ⁽⁶⁹⁾.

Por lo demás, al aplicar la teoría de la institución al proceso se ha pasado por alto algo enormemente substancial. Se ha olvidado que las instituciones son centros de actividad autónoma; que pueden moverse con cierta libertad transpersonal; que tienen —por decirlo con palabras de Renard— *vocación a la personalidad jurídica* ⁽⁷⁰⁾.

Quizá pudiera creerse que esta última objeción no es perentoria, puesto que siempre cabría escapar a ella incluyendo el proceso entre las *instituciones-cosas*, que son, por definición, *las que no se personifican*. Pero, en el fondo, las instituciones-cosas, como Renard ha visto sagazmente, tienen muy poco en común con las verdaderas instituciones, hasta el punto de que él prefiere «reservar el nombre de institución al tipo corporativo» ⁽⁷¹⁾. Y, por otra parte, es aún más difícil encajar el proceso entre las instituciones-cosas que entre las instituciones-personas. Es demasiado poco corporativo para integrarse entre las primeras. En la institución-cosa falta un elemento personal protagonista; lo que sobresale es un elemento material, que sostiene la idea y cumple la función, en tanto que las personas que hacen esto posible actúan en forma episódica, secundaria, pasiva, como a remolque, permaneciendo ajenas a la idea —que ni les va ni les viene— y siendo sólo causas ocasionales del resultado. En el proceso la persona es todavía lo fundamental; los elementos materiales del mismo son lo secundario. Por eso se dice que el proceso es el hacer conjunto de tres personas: *processus est actus trium per sonar um...*

Todos los argumentos anteriores, buenos para probar que los supuestos de la teoría de la institución no consienten hacer extensible tal categoría al proceso, no serían bastantes para invalidar una concepción institucionalista que arrancase de postulados diferentes. Para demostrar, en general, el fallo de cualquier intento de este género para esclarecer la naturaleza del proceso hay que seguir una orientación muy similar a la que hemos adoptado hace momentos para refutar las teorías de la relación y de la situación jurídico-procesales. Es menester acreditar que la inclusión del proceso en la categoría de las instituciones jurídicas no constituye una respuesta congruente a la cuestión de cuál sea su *naturaleza*. Y, en efecto, la disparidad entre lo que se inquiere y lo que se aduce como réplica resulta de este hecho: la teoría de Guasp pretende informar, a lo sumo, sobre *qué es o cómo* es el proceso; en cambio, cuando se pregunta por la *naturaleza* de ese fenómeno jurídico *se quiere pasar más allá de él*; se trata de ir hasta la *idea matriz* que lo explica, hasta la *ratio essendi* que lo soporta.

La calificación del proceso como institución no es ni siquiera coherente con el concepto de naturaleza jurídica que Guasp parece profesar. A su juicio, el problema de la naturaleza jurídica

⁶⁹ Cfr. *Proceso y Forma*, cit. 124 ss.

⁷⁰ *Op. cit.* 91, nota.

⁷¹ *Op. cit.* 223, nota.

supone la determinación de la categoría jurídica general a que el proceso pertenece; es decir, la inserción del proceso dentro del cuadro común de figuras que el Derecho reconoce⁽⁷²⁾. Haciendo gracia de ciertas ambigüedades a que se presta la expresión, parece evidente que Guasp intenta cifrar la naturaleza jurídica en el género próximo del concepto. Por eso se sugiere para buscarlo remontarse a la categoría general; esto es, al género inmediato superior, aunque la inseguridad terminológica haría posible, incluso, suponer que lo que se trata de indagar aquí es el género supremo en que es subsumible el fenómeno procesal. Como esta interpretación es contraria a las más elementales condiciones de contexto, la damos por excluida sin más y nos atenemos a la otra.

Ahora bien, el género próximo no es más que una parte de la esencia, y precisamente aquella por la que el objeto entronca con una clase más amplia y menos desenvuelta o inferior. Frente al género próximo, la diferencia específica introduce —negando— la razón de diferenciación. La definición del objeto viene a decir, en rigor, que si éste tiene algo en común con los elementos de la clase que le precede, los trasciende, sin embargo, de tal manera, en virtud de su módulo diferencial, que se hace imprescindible ponerlo aparte, como algo substancialmente distinto. La última diferencia niega, pues, la homogeneidad de un objeto con una clase y afirma la necesidad de emanciparlo de ella. Establece, así, una como prohibición de analogía. ¿Qué sentido podrá tener, pues, el afanarse en discutir con ahínco sobre si el proceso es esto o lo otro si a la hora de su definición vamos a negar de una manera radical que lo sea, configurándolo como algo esencialmente diverso? Acaso con un ejemplo más intuitivo percibamos mejor la incongruencia que aquí se pretende. Supongamos durante un momento que en lugar de inquirir por la naturaleza del proceso estuviéramos cuestionando sobre la naturaleza del hombre. ¿Nos atreveríamos a sostener que la «naturaleza» del hombre es su género próximo! Si tal dijéramos, estaríamos proponiendo como tal la animalidad. Y una de dos, o profesábamos una doctrina materialista, y entonces tendría sentido nuestro aserto, pero la «animalidad» no sería ya el género próximo del «hombre», sino su misma esencia; o, creyendo en lo espiritual, afirmábamos la «racionalidad» como carácter distintivo, y entonces, disponiendo en la definición del concepto auténtico de hombre, la retrogradación al estrato inferior sería extemporánea y de ninguna utilidad.

Por otra parte, si la función de la teoría sobre la naturaleza jurídica es suministrar o suplir normas positivos ¿no resulta inconsecuente recurrir con este propósito a una categoría meramente doctrinal, sin valor de fuente litisdecisoria, sin base óptica anterior a su instauración o, por lo menos, sin la calidad de modelo o axioma para la integración deductiva de preceptos jurídicos?⁽⁷³⁾.

Si se hiciera de la «naturaleza jurídica» un mero trámite lógico para arribar a la definición esencial de cada instituto, podría tener algún sentido concebirla como «género próximo»; pero en ese supuesto sería antieconómica la nueva denominación y, sobre la dudosa legitimidad del cambio, haríamos tabla rasa de los propósitos y miras con que la expresión «naturaleza» fue introducida en el Derecho. No existe, pues, soporte para la concepción institucionalista del proceso, ni positivo ni filosófico.

⁷² GUASP: *Comentario, cit.*, 17 ss. *Derecho procesal civil*, 1956, 19.

⁷³ *Cfr. Apéndice. Estudios, cit.* 231 ss.

VI

Despejado, así, doblemente el camino por el esclarecimiento temático y la crítica de las doctrinas, es hora ya de emprender una nueva investigación que, aleccionada por los fracasos anteriores y asumiendo muy distintas perspectivas metódicas, permita llegar a una franca solución del problema.

Cuando los sabios griegos comenzaron a preocuparse por la «naturaleza de las cosas» hicieron recaer sucesivamente su atención sobre dos aspectos muy diferentes del Universo. En un principio, atrajo su curiosidad la cuestión de cuáles podrían ser los ingredientes o elementos últimos del Cosmos. Precisamente la tendencia racionalista helénica preconizó siempre la hipótesis de que, tras la inquieta diversidad de las apariencias fenoménicas, debería haber uno o unos pocos constituyentes simples. De ahí sus primeras respuestas al tema físico primordial: la teoría de los «elementos» y la teoría «atómica». Más adelante, por el inevitable estancamiento de estas especulaciones, que aún no podían ser decididas mediante experimentos, se ensayaron otras respuestas más ambiciosas, de verdadero sesgo metafísico. No se trataba ya de desentrañar la *materia prima* constituyente del mundo, sino de acertar con la «intencionalidad» latente en todas las cosas. El fondo de uniformidad entrevisto bajo la multiplicidad caleidoscópica de manifestaciones cambiantes, llevó a los más grandes filósofos helénicos a concebir el Universo como el producto de un plan meticulosamente premeditado. Esto daba pie para proyectar sobre los entes materiales las obras humanas. La «forma» o diseño ejemplar fue adquiriendo así preeminencia sobre la materia (⁷⁴). Lo que importaba, sobre todo, indagar para obtener un conocimiento profundo del Universo era lo que estaban llamadas a ser las cosas. Y esto, en los entes reales, podría descubrirse en la etapa final del ciclo evolutivo, en el destino de cada ser; en los productos de la actuación humana vendría dado en la *idea matriz* sintetizadora de la obra, o, más radicalmente, en la *necesidad* vital a cuya satisfacción se habría de enderezar.

El desenvolvimiento posterior de la Ciencia trajo consigo un cambio profundo en este modo de ver con relación a los entes reales. Las consideraciones teleológicas cedieron su lugar a las indagaciones sobre la materia y las causas. De este modo, la Ciencia natural se pregunta hoy no por la «función cósmica» que pueda tener cada uno de los fenómenos a cuyo esclarecimiento se consagra, sino sólo por el «cómo» de las conexiones interfenoménicas. No obstante, el criterio intencional siguió y sigue siendo decisivo para la plena inteligibilidad de los productos culturales. A él debemos acudir todavía para llegar a comprender adecuadamente el proceso como fenómeno de la vida social humana.

La máxima dificultad que nos sale al paso en la presente indagación es de carácter metodológico. Escribe en resolver de qué modo habrá que abordar el proceso para dar con la idea matriz que ha servido para organizarlo.

¿Cuál ha de ser —nos corresponde preguntar ahora— la dirección de ataque capaz de suministrar la justa perspectiva metódica que permita la resolución del problema?

Excluyamos, en primer lugar, algunas hipótesis. Por lo de pronto, necesitamos desentendernos de la vía meramente inductiva. Cuando una obra humana está sometida a las fluctuaciones históricas más variadas no cabe buscar su principio inspirador en ninguna de las manifestaciones concretas que pueda asumir en un tiempo y espacio determinados. Lo que es así aquí y ahora

⁷⁴ Cfr. CORNFORD: *Op. cit.* 18 s.

acaso revista otro aspecto muy diferente en diversas coordenadas topo-cronológicas. El proceso ha sufrido muchas vicisitudes y no es de creer que su configuración actual resulte tampoco definitiva. De ahí, lo temerario que sería vincular una concepción que aspira a la más absoluta generalidad, como la teoría de la naturaleza jurídica, a cualquier sistema procesal en boga en un momento dado ⁽⁷⁵⁾.

Otra tentación fácil que también se impone desechar nace con la idea de que el fondo de **naturaleza** oculto en el proceso habría de buscarse en el substrato sociológico que ha servido originariamente para efectuar la regulación jurídica del instituto. Pero el proceso carece precisamente de semejante substrato: es una creación jurídica sin antecedente social que le haya servido de germen, una **pura fórmula lógica**, matizada por la finalidad que se persigue con ella o, dicho más brevemente, una forma lógico-jurídica determinada sólo bajo la presión de un necesidad inconfundible ⁽⁷⁶⁾.

Pese a todas las apariencias, el resultado de la exploración de estas hipótesis no es meramente negativo y desalentador. Al percatarnos de que el proceso es una pura forma lógico-jurídica; es decir, una forma lógica utilizada por el Derecho para sus fines, llegamos a saber algo de suma importancia para nuestra pesquisa. Llegamos a saber cabalmente qué es lo que tiene el proceso de «universal» e, incluso, cuál es el terreno en que, en adelante, deberemos situarnos para investigar su naturaleza. Todo se reducirá ya desde ahora a preguntar por la **ratio essendi** «lógica» del proceso. Deberemos tratar de saber cuál es la idea inspiradora que, consciente o inconscientemente, habrá tenido que servir para organizarlo, **por la sencilla razón de ser el correlato lógico de ese magno conjunto de actividades**. Si el proceso no tiene otro antecedente que el «lógico», es patente que su interpretación y explicación sólo puede ser posible dentro de este campo.

Así las cosas, la orientación de nuestras indagaciones queda ya en claro. Lo que nos interesa cuestionar no es cómo se nos aparezca el proceso en una coyuntura determinada ni con qué otras figuras jurídicas pueda semejar emparentarse. Lo que importa de verdad examinar y resolver es **por qué** existe el proceso como un conjunto de trámites exigidos con rigor antes del fallo, o sea, qué algo tan esencial se cifra en las actuaciones previas a la resolución que sin ellas el Derecho considera a ésta como mero acto ilícito, sin preocuparse de si es o no acertada. Lo más profundamente significativo en el proceso —por más que la casi totalidad de las definiciones lo desatiendan ⁽⁷⁷⁾— está en servir de condición jurídica **sine qua non** a la racionalidad de la sentencia. Si podemos hablar de **proceso** es porque la decisión judicial no se emite **porque sí**, en un acto único (que siempre tendría que ser un acto arbitrario), sino después de ciertas audiencias y comprobaciones insoslayables. Sólo, pues, por su designio lógico y su aspiración a la racionalidad es el proceso inteligiblemente lo que es.

A estas alturas, los pasos necesarios para desentrañar la naturaleza de las actividades procesales se nos presentan con plena evidencia y nitidez. Estriban en remontarnos desde la esencia del proceso hasta el concepto lógico en que éste se enraíza. Ahora bien, ¿cuál es la esencia del proceso? Según la definición que en otra ocasión hemos formulado, el proceso es «la

⁷⁵ Cfr. DEL VECCHIO: *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho* (MARIANO CASTAÑO), 1908, 149 ss.

⁷⁶ Vid. más adelante los conceptos de *método* y de *Lógica jurídica*.

⁷⁷ ¡Una prueba más del valor lógico de la mía! Vid. *Proceso y Forma*, cit. 92.

reproducción jurídica de una interferencia para su eficaz discriminación legal»⁽⁷⁸⁾. Pero, ¿qué significa realmente esta serie de tecnicismos? Pese a la obscuridad que, si se toman los vocablos en su acepción vulgar, parece envolverlos, todos los términos empleados han sido cuidadosamente esclarecidos por un previo deslinde y ninguno evoca regiones semánticas nebulosas o indefinidas⁽⁷⁹⁾. Una interferencia, por ejemplo, no es más que cualquier incompatibilidad actual entre una *pretensión* y un *equivalente jurídico*, o, más brevemente, entre una pretensión y un *título*⁽⁸⁰⁾. Cuando alguien que se cree legitimado para comportarse de una cierta manera se enfrenta con un estado de hecho protegido que se lo impide, entonces la libertad jurídica de dos sujetos sufre una crisis y una contradicción amenaza la congruencia del Ordenamiento, pues el propio Derecho torna ilícito algo que, en principio, debiera permitir. ¡Hay una zona de obligada inacción, a pesar del axioma de la libertad, y se desconoce por un tiempo si una conducta determinada está permitida o prohibida!⁽⁸¹⁾. En tales circunstancias es obvio que *inter nolentes* sólo el recurso a la vía judicial puede ofrecer una solución plausible. Ahora bien, si el Juez debe dirimir *racionalmente* la interferencia, cuya génesis e incidencias ignora, precisa que las cuestiones litigiosas que encierra la misma se le hagan de algún modo presentes. Al tiempo de iniciarse el proceso ya se han desvanecido en el pasado los hechos que le dieron origen. Directamente sobre ellos es imposible contender. El Juez les es ajeno; y como las afirmaciones contradictorias de las partes, por su esencial igualdad *a-priori*, deben valer lo mismo, el Derecho tiene que convertir toda controversia sobre hechos en una disputa sobre *títulos*. Las normas tienden, así, a establecer su *orden de prelación abstracto* y el proceso a zanjar en concreto una cuestionada preferencia entre algunos de dichos títulos. *Reproducir una interferencia* es, entonces, hacerla ingresar en el mundo de la existencia jurídica mediante alguno de esos *signos sensibles dotados de evidencia social y de valor jurídico*⁽⁸²⁾ sin los cuales el conocimiento «imparcial» en el Derecho sería imposible⁽⁸³⁾. En resumidas cuentas, la razón de ser del proceso es puramente epistemológica. El proceso ha sido concebido en todos los Ordenamientos como la condición necesaria y suficiente para el conocimiento impersonalizado en el campo jurídico⁽⁸⁴⁾; es el *camino* para hacer llegar coherentemente el Derecho a un sector de la sociedad en que su ausencia se delata en ciertas conductas interferidas. El proceso resulta subsumido, así, bajo la noción de *método: es la* expresión del *método jurídico*⁽⁸⁵⁾, el camino al

⁷⁸ *Op. et loc. cit.*

⁷⁹ *Estudios, cit. 109 ss.*

⁸⁰ *Grandes Problemas, cit. 224 ss.*

⁸¹ *Estudios, cit. 210 ss.*

⁸² *Estudios, cit. 50 ss.*

⁸³ *Introducción, cit. 328 ss.*

⁸⁴ *Id. 121 ss.*

⁸⁵ Esta teoría, atisbada ya en *Proceso y Forma* (*loc. cit.*), fue explícitamente sentada en *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal*, 1951, 118 s. y mantenida desde entonces abiertamente en las explicaciones de Cátedra y aún en oposiciones. Con posterioridad e independientemente, a lo que parece, ha llegado a idéntica conclusión Sartorio en su trabajo “¿Qué es el proceso? Ensayo de una definición fenomenológica”, en *Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Soc.*, Buenos Aires, n.º 37, 1954, 138 ss. Siento viva satisfacción al constatar la coincidencia, y más, dada la heterogeneidad de los procedimientos con que ambos hemos llegado al mismo resultado. Sólo he de lamentar que ningún procesalista europeo se haya ocupado, que yo

que el Derecho cifra el hallazgo de la verdad, el único camino, por lo tanto, que pueden los Jueces transitar con Justicia.

sepa, de enjuiciar el artículo de Sartorio.

APÉNDICES

SOBRE EL CONCEPTO DE NATURALEZA JURÍDICA *

*Publicado en AFD, IV, 1956, 159 n.

I. PROPOSICIÓN DEL PROBLEMA

La Ciencia jurídica es singularmente propicia a las paradojas. Si alguien aspira a convencerse de ello no tiene más que pasar revista a ciertos hechos desconcertantes. En concreto, el tema que vamos a tratar se presta sobremanera a reflexiones y extrañezas. Es fácil comprobarlo.

Si consultamos un Tratado de cualquier disciplina jurídica y nos preocupamos de inventariar cuáles son las cuestiones más discutidas y más insistentemente replanteadas, llegaremos pronto a la persuasión de que el problema que más a menudo enfrenta a los juristas es el de la *naturaleza* de las instituciones investigadas. Vemos, así, al civilista preguntarse por la naturaleza jurídica de la posesión de la hipoteca, de la aparcería, de los cuasi-contratos...; al administrativista indagar la naturaleza del dominio público, de la concesión administrativa, de la relación entre el funcionario y el Estado...; al procesalista le causa inquietud la naturaleza jurídica del proceso como al mercantilista la naturaleza de la relación cambiaria, del seguro o de la avería. En general, cada vez que un jurista se enfrenta con un concepto peculiar a la Ciencia que cultiva, se ve obligado, por virtud de una tradición varias veces secular, a tomar posición en ese espinoso problema de la *naturaleza jurídica*. Nadie, que yo sepa, se ha preguntado hasta ahora, con el interés que el caso requiere, *por qué* deba uno proceder así; es decir, en virtud de qué necesidad de índole práctica o teórica se hace indispensable el estudio de una cuestión tan abstracta y embarazosa como ésta. Sólo la habituación producida por una ciega rutina es capaz de explicar el curioso fenómeno de que, sin más ni más, se hayan empleado tanto tiempo y tantas energías en la investigación de un tema cuya razón de ser y cuya trascendencia se desconocen. Lo cierto es que los juristas están continuamente intentando desentrañar la naturaleza de multitud de instituciones antes de haber resuelto qué hay que entender por *naturaleza jurídica* y de qué forma puede ésta ser adecuadamente descifrada.

Tal estado de cosas justifica, sin duda, el reproche que hemos dirigido a los juristas, quienes se han conducido en este asunto con una ingenuidad infantil. Sin embargo, tampoco hay que desconocer que los especialistas en disciplinas particulares pueden alegar a su favor una atenuante muy cualificada. Pueden decir, no sin razón, que el tema de la naturaleza jurídica desborda su competencia, pues por su carácter general entra de lleno en el ámbito jurisdiccional del filósofo. Y el filósofo del Derecho, a quien, en efecto, correspondería estudiar esta materia, no tendría más remedio que rendirse a la inculpación, puesto que tampoco ha consagrado su atención al problema.

La ausencia de estudio sistemático en una cuestión de tan excepcional importancia basta para probar la necesidad de una investigación iusfilosófica tendente a esclarecerla. Lo que no es dado hacer con sagacidad a los juristas positivos compete, y es un deber inexcusable, a los filósofos del Derecho.

II. EL CONCEPTO DE NATURALEZA JURÍDICA SEGÚN LOS JURISTAS POSITIVOS

¿Qué suelen entender los autores bajo la designación común de «naturaleza jurídica»? Un examen atento de diversos tratados jurídicos conduce a una apreciación equívoca.

En efecto, explícita o implícitamente, al plantearse el problema o sin plantearse incluso, muestran los tratadistas cuatro actitudes fundamentales en torno a ese concepto. Helas aquí:

a) Rutinarismo ingenuo. — Con entera justicia se puede calificar así la actitud de aquellos jurista; que, sin conciencia clara del fondo de las investigaciones que emprenden, siguen una inveterada costumbre sin experimentar siquiera la inquietud de preguntarse a qué necesidad responde. Con tal modo de proceder, no es extraño que falte un criterio fijo y que unas veces parezca que entienden por naturaleza jurídica una cosa y en otros momentos otra muy distinta (¹). Dada la total ausencia de seriedad científica en esta forma de conducirse es innecesario hacerla blanco de nuestras críticas.

b) La naturaleza jurídica como «esencia». — Una gran parte de los autores que han Reflexionado algo sobre esta cuestión parecen apadrinar la creencia de que los términos «esencia» y «naturaleza» son enteramente sinónimos (²). Una opinión tal vez muy de acuerdo con la tradición de las Escuelas medievales y modernas que fraguaron el alborar de la Ciencia jurídica. Tiene también cierta raigambre clásica, que le da sabor y valimiento (³).

El término «naturaleza» es, como todo el mundo sabe, de uso constante en la Filosofía aristotélico-escolástica y en Teología. Resulta, pues, de franca verosimilitud que los filósofos lo hayan exportado al campo jurídico. El mismo hecho de que los juristas lo hayan utilizado constantemente sin recurrir a clarificaciones complementarias parece probar, por sí mismo, que fuera como valor entendido para todos. Esto, por lo menos, no permite abrigar serias dudas. Lo que ya es problemático, en cambio, es por qué hayan tenido que echar mano a esa noción los juristas. ¿Qué ventajas podrían esperar de su empleo? El eclipse de la Escolástica desde la Edad Moderna hace difícil para nosotros el formular de sopetón una respuesta, pues debemos reconocer sinceramente que se ha perdido en el tiempo la compenetración con las grandes sutilezas terminológicas propias de aquel sistema filosófico. No obstante, vamos a procurar, a través de las definiciones escolásticas, conjeturar de algún modo cuál pueda haber sido la intención inspiradora de los juristas. Con esa finalidad trataremos de hacer revivir en nosotros las concepciones escolásticas mediante la magistral exposición de un autor contemporáneo que es tal vez su portavoz más fiel y autorizado. Nos referimos al Cardenal MERCIER, cuya disertación inmediatamente transcribiremos:

«Considerada aparte de su existencia —escribe—, la cosa se llama esencia. El ser se denomina *existencial* o actual, considerado como existente; se le llama *real* abstracción de la existencia».

La *esencia* o el ser *real* es, pues, con relación a la *existencia* o al ser actual, lo que *id quod* es con relación a *id quo*: el sujeto indeterminado, incompleto, imperfecto, con relación al acto que

¹ Referencias particulares son, a este respecto, innecesarias. Basta consultar algunos Tratados de las diversas Ciencias jurídicas para adquirir bien pronto la convicción de cuan oscilante son los criterios.

² Vid., p. e., POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, 1839, I, 245 ss. II, 1841, 7 ss. IV, 1845, 7 ss. DOMAT: *Las leyes civiles en su orden natural*, I, 1841, 122 ss.; 147 ss. 193 ss.; 201 ss.; 219 ss.; II, 95 ss.; 228 ss.; III, 256 ss. GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, 1909, 258 ss.; 401 ss. III, 1910, 169 ss.; VII, 1912, 345 ss. SCIALOJA: *Negocios jurídicos* (PELSMAEKER), 1942, 80 ss. RTRGGIERO: *Instituciones de Derecho civil* (SERRANO SUÑER-SANTA CRUZ TELJEIRO), 289 ss.; 347 ss.; 705 ss. ROIONDI: *Istituzioni di Diritto Privato*, 1952; 168 ss.; 290 ss. ENNECCERTJS-KIP y WOLFF: *Tratado de Derecho Civil* (PÉREZ ALGUER), I, 1934, 293 ss.; 434 ss.

³ Vid. sobre esto MASCHI; *La concezioni naturalística del diritto e degli istituti giuridici romani*, 1937, espec. 73 ss., T. HEINIMANN- *Nomos und Physis*, 1945.

lo determina, lo colma, le procura su última perfección.

La esencia presenta tres aspectos que responden a la triple función en que se emplea cuando estudiamos atentamente la realidad.

Nuestra primera y constante aspiración es saber lo que son las cosas, por lo cual nos preguntamos a propósito de todo aquello que nos ofrece la experiencia: ¿Qué es? Lo que responde a este interrogante es la **definición** de la cosa.

Ahora bien, nos es imposible discernir súbitamente lo que una cosa es, mediante un acto de aprehensión único; porque el término de nuestra primera aprehensión es vago, defectuoso, indeterminado, por lo que precisa nos esforcemos reiteradamente con el fin de precisar los contornos de nuestro primer concepto, llenar los vacíos, determinar los caracteres; la razón humana va acumulando aprehensiones, «ratio humana **venatur rerum essentias**», dicen algunas veces los escolásticos; a los actos sucesivos de aprehensión de la inteligencia responden razones objetivas, múltiples y variadas. Precisa clasifiquemos estas razones objetivas, asignando a cada una el papel que le corresponde en la expresión de la realidad total. Aquella que consideramos como primera, el primer fondo consecutivo del ser, la denominamos **esencia**, en el preciso sentido de esta voz; la esencia es lo que hace, ante todo, que la cosa sea lo que es, el **constituyente primordial de una cosa**.

Decir lo que una cosa es equivale, indirectamente y por lo mismo, a decir lo que no es, aquello que la **diferencia** de las otras. La esencia es, pues, también aquello por lo que una cosa es radicalmente distinta a toda otra cosa, lo que la clasifica en la escala de los seres, la **característica primordial de una cosa**.

Finalmente, como la esencia es lo que consideramos como primer fondo de realidad de un ser, las perfecciones ulteriores, que el ser es susceptible de recibir o capaz de adquirir, serán los complementos o la manifestación de su perfección esencial, lo que equivale a decir que la esencia es el **manantial original** de todas las perfecciones de un ser.

El pensamiento humano es abstractivo; cuando las cosas existentes se nos ofrecen, no son comprendidas por nosotros, en un principio, en toda la realidad que poseen; la inteligencia comienza por tomar de ella caracteres aplicables a un género o a una especie; ulteriormente colma la indeterminación de sus primeros conceptos, consiguiendo entonces discernir diferentes sujetos individuales en los límites de una misma especie.

A estas esencias abstractas se refiere Santo Tomás cuando escribe: «La esencia es lo que constituye la cosa desde el punto de vista de su género propio o de su especie y que designamos mediante definición de esta cosa, respondiendo a la interrogante: ¿Qué es esto?».

Por lo tanto, la esencia tiene doble significado para nosotros: La esencia abstracta, el tipo **genérico o específico** y la **esencia concreta**, el **individuo** o la **persona**...

El ser está hecho para obrar. Por ello no está fuera de lugar que se consideren las esencias desde el punto de vista de su realidad y desde el punto de vista de la acción que están destinadas a efectuar.

Las apelaciones que hemos enumerado hasta este momento se han originado en el primer punto de vista; la apelación de **naturaleza**, «*physis*», proviene del segundo. «La naturaleza —escribe Aristóteles— es la esencia de los seres que poseen en sí mismos principio de actividad». Sin embargo, no hay que creer que el empleo de la voz **naturaleza** quede limitado a los casos en que el pensamiento se dirija explícitamente sobre la acción; de hecho, los vocablos **quiddidad**,

esencia, naturaleza, se emplean *indiferentemente*. «En su acepción ordinaria —escribe Santo Tomás—, *naturaleza* designa aquello que significa la definición; ahora bien, esta última indica lo que una cosa es; de donde se deduce que en su acepción ordinaria esta misma naturaleza se llama *esencia* o *quiddidad*.»⁽⁴⁾.

Identificada con la esencia, y definida, por tanto, con rigor, la expresión «naturaleza jurídica» parece que debiera quedar ya completamente perfilada, mostrando diáfana todo su contenido. No obstante, veremos pronto que no es así. Antes de nada, como ha puntualizado Collinet, el concepto de naturaleza se resiente de vaguedad, como los de esencia o de sustancia; el sesgo metafísico de estas nociones rehuye la concreción y la fijeza⁽⁵⁾. Hablar de «constituyente primordial», de «característica predominante», o de «manantial original de toda perfección» puede ser una briosa generalización metafórica, un verdadero desafío a la potencia adivinadora de la intuición; pero no la descripción exacta de algo. Entre las brumas del tropo se pierde inevitablemente la nitidez de trazos que una Filosofía científica demanda.

Por otra parte, el examen objetivo de lo que los juristas dan por naturaleza jurídica de un instituto, y su modo de conducir las investigaciones bastan para probar que lo que buscan no es precisamente la esencia. La esencia de una cosa se expresa en la definición —así lo reconocen los autores al unísono— y en los tratados jurídicos siempre se la formula *antes* o con *independencia* del debate sobre la naturaleza atribuible a la institución. ¡Pues menguados estaríamos si para definir tuviéramos que ver aclarado con anterioridad el enigma de la naturaleza jurídica! ¡Probablemente no hubiéramos logrado definir aún ni una sola de las instituciones jurídicas capitales! No es, pues, la esencia, sino algo distinto, lo que se intenta desentrañar cuando se propone el problema de la naturaleza de cualquier instituto.

⁴ MERCIER: *Ontología*, 1, 1935 (GALLACH PALÉS), 35 ss. Sobre la significación originaria del vocablo griego *physis*, de donde *natura* proviene, es sumamente agudo y aleccionador lo que escribe HEIDEGGER en su *Introducción a la Metafísica* (Estiú), 1956, 49 ss. Son tan incitantes sus palabras que no vacilamos en transcribirlas. Dice así: "En la época del primero y decisivo despliegue de la filosofía occidental, es decir, entre los griegos—en quienes la pregunta por el ente como tal y en su totalidad tuvo verdadero comienzo—, al ente se le llamó *physis*. Esta fundamental palabra griega, que designa al ente, se suele traducir con el vocablo "naturaleza". Se emplea la traducción latina "natura" que, en sentido propio, significa "ser nacido", "nacimiento". Pero ya con esta traducción latina se extorsionó el contenido originario de la palabra griega *physis* y se destruyó la fuerza nominal, propiamente filosófica, de dicho término. Tal cosa no sólo rige para la traducción latina de esta palabra, sino para todas las demás versiones del lenguaje filosófico de Grecia al de Roma. El procedimiento de semejante traducción de lo griego a lo romano no es arbitrario ni inofensivo, sino que señala la primera sección de un proceso que se cerraba y tornaba extraño a la esencia originaria de la filosofía griega. La traducción latina fue decisiva para el Cristianismo y la Edad Media cristiana, que la transmitió a la filosofía moderna, la cual se movió dentro del mundo conceptual de la Edad Media, creando luego aquellas ideas y definiciones corrientes, que aún hoy hacen inteligible el comienzo de la filosofía occidental. Este comienzo tiene el valor de tal: la actualidad consistiría en la supuesta superación de lo que desde hace mucho tiempo se ha dejado atrás.

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

⁵ COLLINET: *La nature des actions, des interdits et des exceptions des l'ouvre de Justinien* 1947, 29 ss.

c) *La naturaleza jurídica como «estructura»*. — Aspirando, tal vez, a dar mayor rigor y precisión a la concepción esencialista de la naturaleza jurídica, algún autor ha querido, mediante esta ligera variante terminológica, reflejar de algún modo el momento de *organización* que aquella idea comporta. En un estudio de gran calidad sobre «la concepción naturalística del Derecho y de las instituciones jurídicas romanas», Maschi se ha expresado así:

«El concepto y el término *naturaleza* se encuentran utilizados a menudo por la jurisprudencia clásica haciendo referencia a instituciones jurídicas singulares. Del mismo modo que hay una *natura hominis, animalis, rei*, etc., así hay también una naturaleza jurídica de cada una de las instituciones.

Naturaleza significa siempre esencia, peculiaridad, normalidad. Estamos siempre en el ámbito de los mismos conceptos. Sin embargo, mientras que en los casos examinados hasta ahora la Ley toma la naturaleza como aquello que existe materialmente o como aquello que es concebido de hecho en la valoración social, aquí, por tratarse de institutos jurídicos, es la misma ley la que construye para cada uno una peculiar estructura, la cual se reproduce y perfila en la doctrina bajo el concepto de *naturaleza* de la institución. Sin embargo, la estructura del instituto se apoya, sobre todo, en los elementos que la realidad le suministra. Aunque sea siempre el derecho el que reconozca tal realidad, por cuya razón es posible hablar de naturaleza de un instituto en el sentido de estructura del mismo; es decir, modo como es configurado por obra del derecho.»⁽⁶⁾.

No sería justo desconocer que esta concepción supone un progreso auténtico respecto a la amorfa interpretación usual. Pero, de todos modos, es insuficiente. Decir *naturaleza jurídica* o decir *configuración jurídica* es, poco más o menos, lo mismo. Por lo demás, el perfil de cualquier institución jurídica, es decir, su estructura, habrá de venir determinada por el conjunto de las normas jurídicas que la regulan. Repetir estas normas, a título de exteriorizar su esencia, no tendría objeto: sería una banalidad sin sentido. Resumirlas podría tener cierto interés; pero resultaría redundante una vez que la definición haya sido emitida, pues ¿qué va a ser la definición sino la síntesis esencial del instituto?

Como se ve, tampoco esta manera de ver consigue dar una explicación congruente de la función que la naturaleza jurídica está llamada a desempeñar. Ni puede estimarse aclaración bastante de un concepto angular sobre el que continuamente se investiga y discute. Todavía, después de leer a Maschi, seguimos cuestionando con asombro qué razones hayan podido mover a los juristas a estudiar con tanto empeño un problema que tales complejidades y recovecos encierra.

d) *La naturaleza jurídica como «categoría», «tipo» o «género»*. — Ante la actitud inhibicionista de los autores, que rehúsan tomar partido respecto a la cuestión, no es nada fácil concretar, a través de pálidos indicios, cuál podrá ser la orientación precisa que hayan patrocinado realmente. Incluso es posible —y aún probable— que, comprendidas en el mismo epígrafe, aparezcan recogidas comentarios doctrinales sin el menor punto de contacto. Que ciertos autores quieran ver detrás de la naturaleza jurídica el *género próximo* de una institución mientras que otros piensen más bien en el género *supremo*, es harto verosímil para que no resulte arriesgado ocultarlo. Desde luego, faltando una declaración explícita sobre el asunto, no es cosa sencilla llegar a vislumbrar la intención oculta de cada tratadista. Tomemos alguno que se haya explicado sobre el particular y oigamos lo que dice: «Toda institución, cualquiera que sea, lo mismo da que pertenezca al» Derecho público o al Derecho privado, reposa sobre una idea general de la que es aplicación y desenvolvimiento. Tal idea es un principio rector, y la reglamentación que se le

⁶ MASCHI: *Op. cit.*, 73 ss.

confiere consiste sólo en las consecuencias que se deducen de aquel principio...»

«La naturaleza jurídica de una institución estriba en los procedimientos técnicos, en las categorías jurídicas por cuya mediación el Derecho realiza y sanciona la idea general que a esa institución sirve de principio.»⁽⁷⁾.

Cuando los procesalistas, pongo por caso, se preocupan de la naturaleza jurídica del proceso o de la acción, buscan también la categoría jurídica en que el uno o la otra puedan subsumirse; de lo contrario no tendría sentido hablar, en la primera hipótesis, de cuasi contrato, de relación o de situación jurídica; en la segunda, de Derecho subjetivo polémico, o potestativo autónomo o mero acto de pretensión. Pero es sumamente probable que tengan de la naturaleza jurídica una noción muy distinta de la propugnada por Esmein. Por lo menos hay sobrados indicios para creer que sus investigaciones tienden a lograr la aprehensión de un género próximo. De no ser así, no podrían los procesalistas mencionar una sola categoría conceptual, sino que tendrían necesidad de echar mano a ulteriores determinaciones. Y lo cierto es que todo lo que tienen que decir para revelar esa misteriosa naturaleza que subyace al proceso o a la acción lo formulan con sólo recurrir a un único concepto. ¡Prueba palmaria de que, aun pensando en que todo el problema gira en torno a la delimitación de las categorías jurídicas, se opera en el vacío mientras no se aclare decisivamente el sentido de esta última expresión!

Sea como quiera, lo paradójico y lo inconsecuente de este modo de proceder estriba en que reemplaza una imprecisión por otra enteramente semejante. Decir que la expresión *naturaleza jurídica* es equivalente a otras expresiones no bien definidas no aporta luz alguna al problema real planteado. Somos dueños de establecer todas las tablas de equivalencia que nos plazca; pero no podemos olvidar que todos los términos que manejemos son meros símbolos, y los símbolos no se esclarecen con nuevas simbolizaciones análogas, sino mediante remisión a instituciones primarias o a conceptos con los que ya estemos previamente familiarizados. Sería muy natural, y sumamente lógico, pretender aclarar cada una de las nociones que van haciendo su aparición en una Ciencia, a medida que ésta progresa, subsumiéndolas en el cuadro categorial que les es atribuible; pero esta justa pretensión habrá que considerarla frustránea mientras no se disponga de un completo cuadro categorial y mientras la Ciencia no haya alcanzado su formulación axiomática. Por desgracia, la Ciencia del Derecho no ha logrado, por el momento, ninguno de estos dos objetivos.

III. INDAGACIONES PRELIMINARES TENDENTES A LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Las observaciones anteriores han puesto en evidencia cómo los juristas ignoran en definitiva el significado preciso que deba concederse a la expresión «naturaleza jurídica». Por raro que pueda parecer el hecho, no hay más remedio que reconocerlo. Siempre una franca confesión es la primera condición de la enmienda.

Sea como quiera, el desconcierto de los juristas en esta cuestión capital nos enfrenta con un

⁷ ESMEIN: *Le droit comparé et l'enseignement du droit, en "NRH", XXIV, 1900., 492 ss. Cfr. DU PASQUIER: Introduction á la théorie générale et d la philosophie du Droit, 1942, 150 ss.*

interrogante insoslayable. No es posible rehusar una explicación al extraño caso del origen que haya podido tener la costumbre de estudiar esa tan zarandeada naturaleza jurídica. Ciertamente cabe la poco satisfactoria hipótesis de que dicha costumbre sea el producto de una evolución gradual que, por fuerza de su misma lentitud, se haya hecho imperceptible. La vida social cuenta con abundantes ejemplos de transformaciones solapadas (en la Gramática histórica, v. gr.) para que esta suposición pueda ser rechazada de plano. De todos modos, parece obligado admitir que la introducción de ese misterioso concepto no haya resultado de un capricho del azar, sino de una razón grave, de índole práctica o teórica. Por escaso que sea el respeto que se guarde a los juriconsultos clásicos, es de elemental justicia hacerles gracia de esta mínima fe en su competencia. Así, pues, nos creemos autorizados para imaginar que detrás del problema de la naturaleza jurídica existe un motivo, ya poderoso, ya fútil, que ha inducido a los juristas a echar sobre sí la incómoda decisión de abordarlo. Veremos, más tarde, una vez que hayamos logrado descubrir el motivo, si procede tratar este embrollo con la navaja de Ockham y, si no, con la espada de Alejandro, o si, por el contrario, sea tan importante resolverlo que valga la pena consagrarle todos los esfuerzos que se le han dedicado hasta ahora. De momento, lo que interesa es, lisa y llanamente, descender al *por qué* de las naturalezas jurídicas.

Como a cualquiera se le ocurre, el camino indicado para solucionar una cuestión de «origen» es el de la investigación histórica. Lo malo es que en el caso actual esta investigación tropieza con dos obstáculos difícilmente superables. Por una parte, los historiadores del Derecho, absortos en los trascendentalísimos problemas que plantea la exhumación de momias jurídicas, no disponen del tiempo excedente necesario para seguir el curso a las grandes corrientes doctrinales que inspiran toda Política del Derecho, y, en consecuencia, la historia de las ideas jurídicas que han animado a cada sistema legislativo está todavía por escribir. Si, pues, alguien quiere determinar la génesis histórica de un puro concepto jurídico no le queda otro recurso que aventurarse en una exploración para la cual, si no es historiador, ostensiblemente no está preparado.

Por otra parte, resulta, por desgracia, demasiado probable que la bruma del tiempo haya oscurecido para siempre las primitivas causas que indujeron a los juristas a iniciar una costumbre tan reiteradísima desde entonces. Cuáles hayan podido ser no es fácil decidirlo, faltos como estamos de los más mínimos indicios. Si un día se supo con algún rigor en qué estriba y para qué se cuestiona la naturaleza jurídica, no parece prudente confiar la solución de este importantísimo problema a nuestra insegura reconstrucción del pasado.

Ante estos argumentos parece aconsejable, en lugar de arriesgarse en una investigación histórica, hacer frente al asunto en su proyección filosófica y tratar de esclarecerlo en sí mismo. Un análisis a fondo de los problemas inherentes a las instituciones jurídicas debe ser bastante para poner de manifiesto si una actitud cerradamente legalista permite resolverlos todos o si es menester acudir a veces a un criterio superior, extranormativo y sintético, que dé sentido y razón de ser a la propia disciplina jurídica del instituto. Al solventar esta cuestión habremos ya decidido, de paso, si el examen de la naturaleza jurídica viene impuesto por alguna causa fundamental o si es un entretenimiento para ociosos. En la primera hipótesis habríamos conseguido reunir los datos precisos para despejar nuestra incógnita. En el otro supuesto, la liberación de una labor tan penosa como estéril.

IV. PROBLEMÁTICA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

El ordenamiento positivo, considerado externamente, se compone de una serie de proposiciones, articuladas unas en otras. Como todo el sistema jurídico es un organismo unitario, cada proposición aislada no puede tener un sentido completo, autárquico, sino que ha de depender y deberse al conjunto. Existe, pues, una coordinación general entre todas las normas jurídicas. Ahora bien, con independencia de esa correlación internormativa general, se da en el seno del ordenamiento otra mucho más concreta y visible. Ciertas proposiciones jurídicas forman conjuntos planetarios con manifiesta unidad convergiendo en torno a un común centro gravitatorio. Son partes dotadas de individualidad propia, perfectamente diferenciadas de las restantes en su consistencia, en su función y en su finalidad. Tomadas en bloque, tienen un sentido cabal; constituyen una unidad significativa nítidamente deslindada, plenamente inteligible; pero ya insusceptible de división. Verdaderas partículas-límite de la fenomenología jurídica, no es posible trascenderlas, en un intento de escisión ulterior, sin perder, de un modo irreparable, sus más íntimas calidades valiosas.

Pues bien, a ese *plexo normativo, que tipifica y disciplina una clase de relaciones interhumanas reconocible*, es a lo que denominamos *institución jurídica*.

A pesar del uso reciente, más restringido y especializado, del vocablo *institución*, hecho pieza capital de toda una concepción jurídica⁽⁸⁾, nos sentimos legitimados para devolver a ese término su acepción primitiva y común, pues la lógica jurídica no puede pasarse sin ella.

De acuerdo con nuestro punto de vista, son instituciones jurídicas: *la ocupación, el matrimonio, la posesión, el embargo, la prescripción*, etc. En principio, cada especie de relaciones humanas tipificada *sub nomine iuris* se conceptúa, por lo general, como una institución jurídica.

Con estas aclaraciones por delante, estamos en condiciones de penetrar a fondo en el tema que directamente nos interesa.

¿Qué problemas, teóricos o prácticos, presentan indistintamente al jurisconsulto las diversas instituciones jurídicas? En otras palabras, ¿qué problemas, que no sean privativos de una institución jurídica concreta, ofrece el estudio científico —o, si se quiere, práctico—, de cualquier instituto jurídico? Veámoslo sumariamente.

1. Imaginemos que se nos plantea un caso litigioso cualquiera y que tenemos que hacer llegar a él la acción pacificadora del Derecho. Lo primero que hay que realizar es una *calificación jurídica*, cuando menos *aproximativa*, del supuesto facticio que suministra en bruto la experiencia. No es concebible operación alguna de aplicación jurídica sin esta previa calificación de los hechos, ya que sólo mediante ella cabe separar las circunstancias irrelevantes de lo que es jurídicamente significativo. Ahora bien, la calificación jurídica la hace el jurisconsulto valiéndose del conocimiento de los *conceptos jurídicos* que por anticipado posee. Estos conceptos expresan sintéticamente la esencia de las instituciones; en cuanto que señalan las notas que individualizan y distinguen una institución jurídica de todas las otras, son indudablemente

⁸ Sobre la teoría de la institución vid.: HAURIUO: *La théorie de l'Institution*, 1930; CORTS: *George Renard y su doctrina de la institución*, 1934; LISSARRAGUE: *El concepto de institución en el Derecho público de Hauriou*, "Rev. Fac. Der.", Madrid, 1941, 197 ss.; RUIZ GIMÉNEZ: *La concepción institucional del Derecho*, 1944.

definiciones, por más que como alguien se ha cuidado de puntualizar ⁽⁹⁾, la verdadera definición de un instituto jurídico consista en la totalidad de su regulación positiva. Es claro que esta última definición desborda las posibilidades humanas y no tiene interés para el jurista. Este no puede abarcar jamás, en forma completa y absoluta, ninguna institución jurídica —entre otras razones porque las normas positivas son imperfectas y su interpretación es un hervidero de problemas interminables—. Por consiguiente, la definición esencial, sintética, que proporciona una representación abreviada y simplificada de las instituciones jurídicas, resulta algo fatal e imprescindible para el jurista. Al problema práctico de la calificación jurídica de un supuesto litigioso cualquiera corresponde, pues, en el orden teórico, el de la definición científica del instituto. De todos modos, ambas cuestiones quedan subsumidas en la rúbrica, más general, de la formación de los conceptos jurídicos y no se confunden con el problema, mucho más complicado de la naturaleza jurídica de un determinado instituto.

2. Íntimamente relacionada con la cuestión de la calificación jurídica e implícita en ella está la del *deslinde de las instituciones limítrofes*, sobre todo cuando las proposiciones normativas son incompletas y dejan regiones intermedias con valor de verdad ambiguo ⁽¹⁰⁾. Muy a menudo preocupan a los juristas problemas de esta índole; pero su resolución no requiere tampoco una remisión previa a ese tema enigmático de la naturaleza jurídica.

3. Siempre, en cualquier actividad que ejecute, el jurista tendrá que enfrentar innumerables cuestiones de interpretación normativa. Antes de definir cualquier institución —y acaso como trámite indispensable para definirla— necesita interpretar e integrar múltiples proposiciones jurídicas. Para aplicar una ley, interpreta, en doble perspectiva, los hechos y la norma. Para seguir el método jurídico de investigación de los hechos, interpreta nuevamente normas probatorias. Y más tarde, para formar su convicción con acierto, volverá a verse forzado a recurrir a otros varios procesos interpretativos. Sin el concurso de la interpretación no puede, por consiguiente, el jurista dar ni un solo paso. Sin embargo, si exceptuamos ciertas circunstancias de notoria singularidad, el exégeta puede prescindir, sin comprometer su tarea, de la naturaleza jurídica de las instituciones sujetas a examen.

4. Pero supongamos que, ante una laguna de la ley, el jurista quiere efectuar una movilización expansiva del ordenamiento jurídico tendente a subsanarla y suplirla. Para salvar la omisión del legislador y llenar él «claro» hay que «estirar» y hacer dar de sí otras normas distintas. Más ¿cuáles? Es patente que, repugnando el Derecho toda arbitrariedad, la elección no puede quedar entregada al capricho. Alguna regla deberá darse para poner a cubierto la cordura y la coherencia lógica del ordenamiento positivo: esto se comprende sin dificultad; pero el caso es descubrir dicha regla. Aunque la intuición, impaciente, anticipa ya que las normas más adecuadas para suplir las deficiencias de otras normas habrán de ser las más afines a las mismas, la razón, más escéptica, arguye, por su parte, que tal criterio resulta totalmente inválido si no se da a un tiempo algún *canon de afinidad*, alguna unidad invariable que sirva para graduar con fijeza el más o menos próximo parentesco internormativo. He ahí para lo que vale la determinación de la naturaleza jurídica de cada instituto, la razón por la que se estudia este problema.

5. Para enfocar aún más de cerca el asunto, imaginemos todavía que un jurista teórico se pregunta, llevado de un deseo, muy natural, de economía sistemática, cuál es el *mínimo de instituciones irreductibles* que se necesita, hoy por hoy, para dar cuenta de todos los fenómenos

⁹ ENRIQUES: *Problemas de la Lógica* (SCHEINKESTEL), 1947, 172 ss.

¹⁰ LOIS: *Estudios sobre los fundamentos de una nueva ciencia jurídica*, 1954, 62 ss.

jurídicos. Es decir, ¿qué instituciones tienen auténtica individualidad y cuáles, por el contrario, no son más que casos particulares de otras instituciones en las que pueden ser disueltos perfectamente? La respuesta a este interrogante es de importancia vertebral para la Ciencia del Derecho, porque tanto la Lógica como la Política jurídica tienen ahí su más sólido apoyo. Así, pues, no constituye una mera cuestión bizantina la que implica la justa solución a temas de tal envergadura, sino que, al revés, hay que considerar por equidad elemental que la introducción otrora del concepto de naturaleza jurídica haya sido una intuición afortunada, un acierto genial de los jurisconsultos clásicos, cuyo alcance la inercia y la rutina después frustrasen.

En efecto, supongamos que, tomando como material empírico una institución jurídica cualquiera (v. gr. la posesión), probamos a reducirla a otras instituciones jurídicas. Si resultara posible subsumirla en ellas por completo de suerte que, dadas como premisas las normas reguladoras de las mismas, se infiriese lógicamente, como corolario, la disciplina jurídica de la posesión, entonces se haría obvio que este instituto no tendría verdadera autonomía jurídica, ni precisaría, por tanto, estar dotado de una regulación jurídica independiente. Ahora bien, por verificación experimental se demuestra en forma indiscutible que tanto la posesión ⁽¹¹⁾ como otras instituciones jurídicas ⁽¹²⁾ no son tipos jurídicos verdaderamente individuados, con fisonomía y caracteres propios, sino efectos de espejismo, consecuencias insoslayables, relaciones lógicamente necesarias de otros institutos jurídicos. Por ende, tras esta obra depuradora de reducción y simplificación institucional, será posible catalogar un día las formas puras de instituciones jurídicas realmente autónomas, para construir después sobre ellas, por simples inferencias lógicas, la totalidad del ordenamiento positivo.

Puestas las investigaciones en este punto, se adivina ya lo que puede haber tras el concepto de naturaleza jurídica. No obstante, la definitiva aclaración del problema en el modo más intuitivo aconseja posponer la solución hasta haberla vivenciado empíricamente en algunos casos ejemplares o que la práctica del Derecho suscita.

V. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA PROYECTADO DESDE LA EXPERIENCIA

El art. 45 de la ley de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946 —que concuerda con el art. 32 del texto ahora vigente— establecía una serie de requisitos para dar estado legal a un derecho de traspaso en favor del arrendatario. Añadía, además, que «el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos facultaría al arrendador a no reconocer el traspaso». Interpretando este artículo (y otros conjugados), el Tribunal Supremo había sentado, en reiterada y consecuente jurisprudencia, que, fuera cual fuera la forma jurídica en que la transmisión a terceros del local de negocios se efectuase (subarriendo, cesión o traspaso ilícito), cabría al propietario ejercitar la acción de desahucio: sentencias de 20, 29 de enero y 6 de febrero de 1948; 10 de julio de 1950; 30 de octubre de 1951; 3 de julio y 20 de noviembre de 1952; 10 de febrero y 30 de marzo de 1953; 6 de febrero y 10 de abril de 1954, etc.

¹¹ LOIS: *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico, en “ADC”, abril-junio 1953, 441 ss.*

¹² LOIS: *Op. cit.*, 449; *Id.: Acción, pretensión y tutela formal provisoria, separata de “Foro Gallego”, 3 ss.*

En relación con estos principios legales y jurisprudenciales se planteó muy pronto ante los Tribunales la cuestión de si la constitución de una sociedad, civil o mercantil, de la que formase parte el arrendatario, implicaría la existencia de un traspaso encubierto e ilícito. El Tribunal Supremo acogió la tesis afirmativa. En rigor, tomando otro camino más correcto y seguro, podría haber considerado la intromisión de terceros, so capa de un acuerdo social, como un simple caso de *fraude*, pues, de dar validez al acto complejo de integración en sociedad, el art. 45 de la ley de Arrendamientos urbanos quedaría rendido a discreción ante el arrendatario y potencialmente reducido a la nada, ya que bastaría la simulación de un pacto social para desvirtuarlo. No obstante, el Tribunal Supremo, que parece profesar un reverencioso temor a la teoría del *fraude a la Ley*, a la cual casi nunca recurre, fraguó una hábil, pero peligrosa doctrina. Sostuvo que «la introducción en el local arrendado de una tercera persona, individual o jurídica, en connivencia con el arrendatario, es suficiente para la resolución del contrato de arrendamiento, porque la ley, fuera de los casos en que expresamente lo establece, no consiente que el inmueble arrendado por una persona sea ocupado por otra, llámese cesión, subarriendo o traspaso tal ocupación, siendo indudable que tal fenómeno se produce en el caso de constitución de una sociedad mercantil, por más que el arrendatario forme parte de ella y la entidad continúe explotando el mismo negocio o industria, pues en buena técnica jurídica, dada la concepción de la sociedad como una personalidad independiente de los miembros que la integran y con vida propia, es indudable que se opera un cambio en la titularidad y en el goce de la cosa arrendada»¹³).

El punto crítico y el soporte dialéctico de la tesis jurisprudencial estriba en la afirmación dogmática de que toda sociedad regular ostenta una personalidad jurídica autónoma. El Tribunal Supremo, al sentar esta doctrina, no hizo más que recibir sin crítica la irreflexiva afirmación de nuestros legisladores (Código civil, 1.669; Código de comercio, 116; ley de Sociedades anónimas, 6) de que las sociedades regulares tienen, sin más, personalidad jurídica. El legislador, al expresarse así, pretería elementales máximas de prudencia. El Tribunal Supremo, aceptando servilmente una declaración utópica e ineficaz, olvidaba, por su parte, el obvio distingo interpretativo entre lo que el legislador dice a son de ciencia o en pretensión de existencia y lo que el ordenamiento efectivamente estatuye y realiza: que una cosa es la letra de los preceptos legales y otra muy distinta la *realidad jurídica*. El legislador español —y tras él el Tribunal Supremo— dio espaldas al problema de la *naturaleza de la personalidad jurídica* y, con eso, se colocó automáticamente fuera de la realidad del Derecho y en flagrante contradicción con sus propios dogmas fundamentales. En consecuencia, el criterio adoptado da lugar a incongruencias, a llamativas paradojas y a francas injusticias. Pronto hemos de verlo.

Preguntémonos ahora, antes de nada, *qué es una persona jurídica*. Indudablemente, esta cuestión es susceptible de tres respuestas diferentes. Cabe, en primer término, formular una definición de la persona jurídica según los procedimientos al uso; es decir, referirse, con tautología manifiesta, a una «agrupación humana a que el Derecho reconoce capacidad jurídica»¹³. Tal definición, aunque no dice nada, tampoco compromete a nada. De ella no cabe deducir cosa alguna; pero, por eso mismo, no hay que preocuparse de que engendre contradicciones: es una mera síntesis, ambigua e inútil, del conjunto de preceptos jurídicos que regulan ese misterioso fenómeno a que el nombre se aplica. En efecto, el legislador afirma en realidad lo siguiente: Las formas de agrupación social interhumana que dentro de las condiciones A, B, C... observen los requisitos X, Y, Z..., tendrán globalmente los derechos d, e, /... y las obligaciones o, p, q..., cuya definitiva adjudicación individual se hará a tenor de los preceptos estatuarlos o,

¹³ Vid. algunos ejemplos de definiciones en CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 1952, tomo I, vol. II, 265 ss.

en su defecto, por las normas N. M, Ñ...» A esto se reduce, simbólicamente, el cúmulo de prescripciones legislativas que aluden a la personalidad jurídica. Ahora bien, la definición doctrinal no es más que otra manera, más breve y equívoca, de enunciar las mismas generalidades ociosas. Se habla de «ciertas» agrupaciones humanas; pero no se dice cuáles ni se da un criterio de identificación por fuera del «catálogo» normativo. Se habla de «capacidad jurídica», si bien tomando este concepto como una *variable inacotada*, cuyo alcance no hay forma de conocer sin otra nueva remisión a los textos legislativos. En resumen, la pretendida definición no es más que una función proporcional ⁽¹⁴⁾ en sí ni verdadera ni falsa.

En segundo lugar es posible, en vez de intentar una respuesta a la cuestión considerándola como de *fondo*, tomarla como una mera fórmula vacía, un *nomen iuris* con que designar, sin prejuicio alguno, «eso» que resulta al conjugarse los correspondientes preceptos legales. Ahora bien, en este caso la persona jurídica no se asimila a ninguna otra institución jurídica ni, por consiguiente, a la personalidad individual. Las normas positivas que le conciernen habrán de aplicarse, entonces, *tal como vienen dadas por el legislador*, sin que, salvo el axioma de la libertad residual ⁽¹⁵⁾, exista medio alguno extrínseco para interpretarlas o suplir sus lagunas. Esta actitud es, a la larga, insostenible, pues implicaría la inhibición de la ley ante el albedrío individual en materias de excepcional gravedad e importancia. Por otra parte, semejante modo de ver no consentiría, de ninguna manera, dar a las corporaciones el trato de personas individuales, ya que entre el fenómeno asociativo y la personalidad humana, si prescindimos del alcance metafórico de la designación, no existe paridad legal. Si la hubiera, la regulación específica sería redundante. El legislador se limitaría a decir: «Las formas asociativas con pacto público serán equiparadas en todo a la persona individual». Tal cosa, aunque los legisladores no suelen pecar de timoratos y se atreven a mucho, no ha sucedido todavía ni es de esperar que ocurra, aunque ni que decir tiene que la declaración en contrario del legislador no cambiaría la realidad de las cosas ni realizaría imposibles: que también existen los imposibles jurídicos y éste es uno de ellos. Es cierto que nuestras leyes dicen expresamente que las sociedades regulares tienen *personalidad jurídica*; pero no olvidemos que, si partimos de la hipótesis de que la persona jurídica es un *nomen iuris*, lo único que puede significar la frase es que esas sociedades se regirán por las normas colocadas bajo tal rúbrica. También es verdad que los entes sociales con personalidad jurídica «pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución (Código civil, 38); pero este hecho carece de valor decisivo a efectos de asunción de personalidad, puesto que otros entes sociales a los que se niega personalidad jurídica, como las sociedades irregulares y comunidades de todas clases pueden, asimismo, dentro de sus modos peculiares, adquirir, poseer, contraer obligaciones y ejercitar acciones; ¡todo es cuestión de grados y de simples mecanismos formales! Supongamos dos sociedades colectivas de idénticas prescripciones estatutarias, una con pactos públicos, otra con pactos secretos: ¿existe entre ambas alguna diferencia cualitativa apreciable? Salvo en el orden procesal —que no es entitativo—, ¿qué hay en una que no haya en la otra? Responder que *persona jurídica* no pasa de argucia verbalista si tras la expresión no hay una realidad concreta que trascienda las palabras de la ley.

Queda aún una tercera actitud. Cabe ensayar una respuesta, no a base de huesos y disgregados textos legales, sino tras una investigación orgánica de la verdadera experiencia jurídica. Claro

¹⁴ LOIS: *Estudios cit.*, 222 ss.

¹⁵ LOIS: *Estudios cit.*, 210 ss.

que entonces lo que el legislador diga se recibe a beneficio de inventario y se acepta o no según sea verdadero o falso.

Desde este punto de vista, la solución al problema de qué sea la *persona jurídica* se presenta al final de investigaciones mucho más complejas. El jurista debe hacer, ante todo, indagación de las causas por las cuales se llegó a la regulación actual de la personalidad jurídica. ¿Fue por mero capricho del legislador, o por imperativos de consecuencia lógica con otras instituciones, o por imposición absoluta de las realidades sociales? De otra manera: la persona jurídica, ¿es contingente o necesaria? Hay una forma cómoda de saberlo. Se parte de la suposición de que no existen en el ordenamiento positivo los preceptos relativos a la personalidad jurídica y se inquiere simplemente qué influencia ejercería ese hecho sobre el Derecho real. Si las cosas siguieran igual que ahora, no sería necesaria ninguna prueba adicional para dar por demostrado que el fenómeno de la personalidad jurídica está sustraído a la voluntad del legislador. Pues bien, tal es el caso. Aunque extirpáramos de nuestros cuerpos legales todos los artículos alusivos a las personas jurídicas, no habríamos eliminado, sin más, el fenómeno real que con este término se designa. La experiencia jurídica no acusaría ningún efecto constatable.

Por virtud del principio de libertad contractual, siempre sería lícito a un grupo de personas pactar entre sí la constitución de una sociedad, ligarse a la consecución de un fin y establecer una forma de vinculación objetiva para tomar decisiones conjuntas. Las estipulaciones estatutarias podrían recibir publicidad por cualquiera de los medios que conoce el derecho o comunicarse expresamente, acreditándose así, a cuantos contratasen con la entidad en esa forma constituida. En gracia a estos dos acuerdos, el ente social funcionaría entonces como funciona hoy la persona jurídica. Incluso la limitación de responsabilidad —jurídicamente discutible— podría conseguirse *de hecho*, con plena eficacia, pues bastaría con ir estableciéndola explícitamente caso por caso, con lo que resultaría general, sin que de tal pudiera tachársela.

La conclusión de estos razonamientos es de incontrovertible evidencia. La persona jurídica no es una institución jurídica irreductible, sino una resultante de otras instituciones, un efecto de otras causas, *una consecuencia lógica del hecho de ser el Derecho como es*.

Si ahora preguntamos qué debe entenderse, en general, por «naturaleza jurídica», la réplica fluye de suyo. No *la esencia*, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el *género próximo*, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la *ratio essendi*; el porqué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; *las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce*. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que *es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica*. Comprensión que se logra *demonstrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva*.

En concreto, la persona jurídica surge como secuela de una «comunidad de riesgo estable en que una agrupación humana se pone ante el Derecho». Y en esa «comunidad de riesgo estable» estriba su naturaleza jurídica. En cambio, la definición esencial de la persona corporativa habrá que formularla del modo siguiente: «ente social con poder de autodeterminación independiente y una efectiva comunidad de riesgo jurídico».

Llegados a este punto estamos en condiciones de recapitular y de anudar todos los cabos sueltos. Ahora ya suenan como aporías afirmaciones como ésta: «la sociedad constituye una personalidad independiente de los miembros que la integran y con vida propia», que incurre en la sofística personificación de una metáfora. Nuestro legislador dice, sí, que las sociedades con pactos

públicas están dotadas de personalidad jurídica; *pero sobreentiende, por ser obvio* (¡huelga apuntarlo!), *que ellas, de por sí, sean susceptibles de adquirir esa condición*. No es así persona jurídica la *sociedad de un solo socio*, por más que cualquier legislación positiva diera base a esta incongruencia⁽¹⁶⁾; ni la sociedad anónima cuando la mayoría de las acciones está retenida en una sola mano, que daría lugar, en la realidad jurídica, a una participación en beneficios con apariencia de sociedad anónima; ni las sociedades cerradas, que no contratan con terceros, sino que todas sus relaciones discurren entre socios, etcétera.

Salvada la buena doctrina mediante las aclaraciones precedentes, veamos las inconsecuencias o injusticias a que da lugar el empeño de mantener en la práctica lucubraciones teóricas inconciliables con ella.

¿A dónde conduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al traspaso? Algunos supuestos litigiosos nos pueden aleccionar sobre este punto, y muy elocuentemente por cierto.

Supongamos que A y B, arrendatarios en común de un local de negocio, tanto da que sea formando sociedad, como ligados por cualquier otro contrato sin personalidad jurídica, constituyen una sociedad mercantil o dan publicidad a la ya existente. A tenor de la doctrina jurisprudencial, si no observan las formalidades del traspaso, han cometido éste y están incurso en causa de desahucio. El absurdo que envuelve semejante exageración del formalismo es bien patente. Con sociedad o sin ella, resalta aquí que *los titulares reales del arrendamiento siguen siendo los mismos*; no obstante, movido por la fascinación de una metáfora, el Tribunal Supremo viene a proclamar con su teoría que ha habido auténtico traspaso. ¿Que puede operarse más tarde por ampliación de la sociedad a terceros en el contrato? Bueno; entonces será la hora de decretar la existencia del traspaso.

Si se quiere todavía apurar la argumentación, basta con retocar ligeramente la hipótesis. Imaginemos sencillamente que A y B, con la mira puesta en la constitución de una sociedad regular toman en arrendamiento un local de negocios. Hasta es dado pensar que sea éste tan esencial para la sociedad que sin él no tenga objeto constituirla, por lo cual han de esperar precisamente a que les sea arrendado. Como es natural, ambos de consuno suscriben el contrato arrendaticio, pues carecen de personalidad jurídica entonces. Muy poco después regularizan la sociedad y adquieren persona jurídica. ¡Qué desgracia! ¡Todas sus esperanzas en el aire, como en la fábula de la lechera! Han incurrido en traspaso ilegal y se irán a la calle. . . A no ser que la «resultancia» de los «considerandos» aquéllos delate toda su iniquidad y los Tribunales, prefiriendo hacer Justicia a conservar una teoría, rectifiquen a tiempo su criterio.

Para reafirmar nuestro convencimiento, veamos aún el reverso de la medalla. Supongamos una sociedad anónima que ejerce su negocio en un local arrendado. Un día se le presenta una buena perspectiva de traspaso. Se acuerda y se efectúa... Pero con cautelas, de suerte que sea *un traspaso sin traspaso*. (No hay motivos para alarmarse, pues en este Derecho paradójico todo es factible, hasta lo contradictorio.) El modo de proceder es fácil. Se entregan todas las acciones —si no son al portador, se hacen— al interesado en el traspaso y a su esposa. Después, la «sociedad» acuerda unánime mente en junta general de accionistas transformarse en compañía

¹⁶ Si bien la ley de Sociedades Anónimas exige para la constitución de la sociedad un número mínimo de tres socios, no menciona como causa de disolución la concentración de las acciones en una sola mano. Esto ha sido interpretado como significativo indicio de permisión. La cuestión es muy discutible, sin embargo. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1955 manteniendo un punto de vista contrario al que aquí se propugna. Cfr. VICENTE y CELLA; *Curso de Derecho mercantil comparado*, I, 1944, 167 ss. GARRIGUES-URÍA: *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, I, 1952, 395 ss.

colectiva —la transformación no implica cambio de personalidad jurídica—. Y hecho esto, asunto concluido. Hay un traspaso realmente; pero como no lo hay formalmente, según aseveración jurisprudencial. . .

Todavía podemos proponer —es sensible que esta vez no sea también «imaginar»— otra curiosa hipótesis. Sea el caso de un padre de familia que tiene un próspero negocio en marcha; pero que teme por la suerte que pueda correr en el futuro en el caso de su fallecimiento. El negocio, en su unidad, puede permitir una decorosa sustentación a su mujer y a sus dos hijos. El capital, repartido, no significa nada. En previsión y remedio a este posible y desastroso evento, organiza el padre una sociedad anónima a la que incorpora a su esposa e hijos. Las acciones son 50, todas *nominativas e intransferibles*. De momento, el padre se reserva 31, poniendo 15 a disposición de su esposa y dos a la de cada hijo. Actuando así consigue, sin merma de los derechos de los hijos, garantizar prácticamente el control social a su cónyuge y asegurar el porvenir a unos y otros. ¡Ya está la pesadilla de la disolución alejada! El «diligente» padre de familia se siente ahora tranquilo. De pronto surge en el horizonte una nubécula sombría, que va creciendo con pavorosa amenaza. El diligente padre de familia no sabe Derecho. ¡Y ha resultado que la constitución de esa sociedad —que ahora es una sociedad de opereta, pues el padre lo es todo y lo puede todo en ella, ya que no hay más voluntad allí que la suya— da lugar nada menos que a un traspaso ilícito. ¡Pero si ningún extraño ha tenido acceso a la entidad! ¡Pero si las acciones son nominativas e intransferibles! ¡Pero si el negocio pertenece realmente a la familia —y si no, ¿qué son las legítimas?— y continúa enmarcado dentro del ámbito familiar!— ¡No importa! ¡El negocio se ha traspasado a una persona jurídica ilegalmente y hay causa bastante para el desahucio! Incomprensible para el profano; ¿verdad para el jurista? ¡Quién sabe! ¡Todo depende de lo que se entienda por persona jurídica; todo depende de la naturaleza que se asigne a esta institución! Entonces, cabe todavía una esperanza.

¿Amamos el absurdo, la paradoja nociva? Entonces pronunciémonos por el traspaso y observemos lo que sucede.

El art. 55 de la L. A. U. de diciembre de 1946 —y en modo similar el 31 de la actual— disponía: «La asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario de local de negocio, que hubiere fallecido, no se reputará traspaso mientras subsista». ¿Y si la constituyen en vida de su padre, sí? ¡Oh, extraña lógica jurídica que atribuye a los hijos herederos un derecho que no estaba en el patrimonio de su causahabiente! Se entabla el proceso de desahucio; si vive el padre al tiempo de recaer sentencia inimpugnable, pierde el pleito; si muere antes, sólo por este hecho, que nada tiene que ver con el litigio, la situación se hace favorable a los hijos y el arrendamiento debe subsistir. ¡Circunstancias ajenas al supuesto litigioso tienen fuerza bastante para alterar el resultado del proceso!

VI. CONCLUSIONES

La calificación de la *naturaleza jurídica* como forma primitiva de valor suscita consecuencias de tan extraordinaria importancia para la Ciencia del Derecho que no es hiperbólico sostener que son como el descubrimiento de una verdadera tierra de promisión. La Lógica jurídica se concibe ya como la deducción de todo un ordenamiento normativo a partir de esas pocas instituciones irreductibles en que se cifran los valores jurídicos primarios. La Política del Derecho encuentra

aquí ocasión para constituirse como Ciencia autónoma y para verse libre del opresivo arbitrio que la sofoca. Gracias al concurso de estas dos nuevas disciplinas científicas, el Derecho experimentará un verdadero rescate de su cautiverio político. No será ya el capricho o la improvisación de legisladores impreparados lo que decida la suerte de la Justicia. El ordenamiento jurídico se integrará científicamente, tras investigaciones desapasionadas e imparciales, y poco a poco, sobre las tinieblas de la prisión que hoy padece, la Verdad del Derecho justo colocará su indeficiente estrella.

**LA LEY DE 24-XII-1962 SOBRE USO Y
CIRCULACIÓN
DE VEHÍCULOS A MOTOR
Y LA NUEVA CIENCIA LEGISLATIVA**

I

Al promulgarse una nueva ley, todo jurista responsable no puede menos que plantearse el problema de la legitimidad originaria de la misma. Pero para quien piensa en términos de la concepción empiriocrítica del Derecho, este problema adquiere carácter apremiante y se hace insoslayable y capital. La razón es que el empiriocriticismo jurídico niega radicalmente legitimidad a toda legislación fundada en poder y afirma tajante que la única justificación válida de las normas jurídicas estriba sólo en su verdad. La creencia en que el poder tiene la virtud de convertir en Derecho cualquier decisión arbitraria, no pasa de ser una superchería que corresponde a estados ya superados del conocimiento jurídico, a una prehistoria del Derecho. Si a nosotros, por desgracia, nos ha tocado vivir aún bajo el signo de una obediencia a la ley sin otra motivación que el haber sido *impuesta*, adviene ya el tiempo en que esta idea escandalizará gravemente a cualquier jurista o a cualquier hombre medianamente alfabetizado, pues el progreso de la Ciencia jurídica hará pronto imposible la opinión de que el Derecho puede consentir alguna asociación o contaminación con la fuerza.

La rendición incondicional de que hacen gala todavía la inmensidad de los juristas ante la Ley ya impuesta resulta, así, para quien profesa la concepción empiriocrítica del Derecho, la más absoluta renegación de su tarea. El jurista no puede ser reducido a la misérrima condición de un exégeta inoperante de los preceptos positivos, que sería ser un *don nadie* entre un Legislador y un Juez que se han repartido *de facto* todos los poderes jurídicos. El jurista debe aspirar a ser *hombre de Ciencia* y a no admitir intermediario alguno entre él y la Verdad que neutralmente investigue. Ahora que en el gobierno de los pueblos empiezan a tener los técnicos su correspondiente alícuota participación, ¿vamos a soportar impasibles los juristas que olímpicamente se nos haga a un lado en el proceso de creación legal? Mientras los economistas, los hacendistas, los técnicos de la organización van teniendo cada vez un papel más activo en la dirección política, los juristas, en cambio, ¿hemos de presenciar fríamente el hecho insólito de que a medida que se complica la vida social y se hace más delicada y difícil la obra legislativa, más apresuradamente se legisle, aumente la tendencia a la improvisación y al arbitrio y en mayor grado se prescindiera de nuestro concurso?

Ante la publicación de la Ley de 24 de Diciembre de 1962 sobre circulación de vehículos a motor todas estas impresiones no pueden menos que aflorar a la mente de cualquier jurista consciente de su ocio. La Ley regula, en efecto, relaciones interhumanas de importancia realmente excepcional, interferencias cuyo índice de frecuencia es la prueba más patente de la necesidad que existe de hacer preceder a su reglamentación un estudio científico del máximo rigor posible. Y, sin embargo, este estudio no sólo no se ha llevado a cabo sino que el Legislador, haciendo uso omnímodo de su facultad de arbitrio, ha roto, sin causa suficiente, con una madura tradición jurídica sin oponer a ella otra cosa que una decisión voluntarista apoyada en apreciaciones, totalmente discutibles, de las conveniencias del momento. La prueba está en que los principios cardinales de la Ley son todos *contingentes*, oportunistas; no encuentran una *ratio essendi* al exterior; no vienen exigidos por realidades extrínsecas al Derecho, capaces de condicionarlo desde fuera, sino que obedecen a la sola razón de haber sido así establecidos. Cada precepto de la presente Ley no ha de valer ya *quia verum est, sino quia jussum*. En una palabra: al Legislador no le ha preocupado en lo más mínimo la investigación de la verdad. Ha creído dogmáticamente que toda verdad se encierra en su designio; que le basta querer para acertar y que nada importa qué cosa sea querida.

Demostrar cumplidamente las afirmaciones anteriores no es difícil. Es suficiente para ello con un examen —que ni necesita siquiera ser profundo— de los artículos clave de la Ley. Su simple lectura evidencia cuanto decimos.

Sirva de ejemplo, en primer lugar, el introductorio, cuyo impropio lenguaje y terminología no pueden achacarse a otra cosa que a una elaboración precipitada y cuya presencia en la Ley sólo cabe explicar por ausencia de una depuración crítica. ¿A qué viene exhibir tan en vago las finalidades que persigue la regulación legal? O éstas resultan claramente del articulado, y entonces se hace ocioso el precepto, o no es dado conjeturarlas por el análisis del texto legal, con la consecuencia inevitable de quedar frustrada la posibilidad de una interpretación convincente de la misma. En este caso tendría sentido una norma general de interpretación; pero ya no podría formularse en términos vagos e implícitos, puesto que en tal hipótesis dicha norma contendría la clave, la cifra indispensable para traducir a términos inteligibles el lenguaje cabalístico del Legislador. En la actualidad, éste no es el supuesto. El artículo primero huelga, pues su supresión no dañaría un ápice a la Ley ni su inclusión en el texto la ha beneficiado en lo más mínimo. Decir que «la presente Ley protege la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes» es olvidar que gramaticalmente tal forma de expresión hace referencia imprecisa a la seguridad de las personas y de los bienes, en general, no a la puesta en peligro por el tráfico. Indicar que se «sanciona determinadas conductas relacionadas con la circulación de los vehículos de motor por carretera, otras vías públicas y demás lugares transitables» es remontarse sin objeto a las cimas de la ambigüedad y manejar el idioma sin el menor sentimiento estético.

El artículo segundo no es, a la verdad, más afortunado. «El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto e inminente peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad o sus bienes, será castigado con la pena de multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de dos meses y a un año». Tal es la fórmula inicial, tan poco feliz, que constituye el centro de gravedad de la regulación penal substantiva. Bajo la inofensiva apariencia de los términos utilizados por el Legislador laten, como hemos de ver, serlos problemas jurídicos de los que no se ha tomado conciencia y va implícita una inadmisibles actitud de franca preterición de importantes verdades enunciadas por la Ciencia jurídica en nuestro tiempo. Se ha desconocido prácticamente, por ejemplo, la necesidad que tiene el Legislador penal de evitar las proposiciones incompletas o las funciones proposicionales enmascaradas acotando conceptualmente las expresiones de que se sirva. Por haber omitido esta precaución el artículo segundo constituye una típica proposición incompleta, de sentido imposible de fijar, que plantea problemas de aplicación sumamente graves. No hace falta gran esfuerzo imaginativo para comprender el carácter utópico —devolviendo a este vocablo su significación originaria— de expresiones como «temeridad manifiesta», «seguridad de la circulación», «concreto e inminente peligro». Todas estas fórmulas son verbalmente muy familiares para nosotros. Tanto que nos engañan a primera vista, haciéndonos creer que conocemos perfectamente su significado. Pero al analizarlas semánticamente para preguntarnos qué representaciones empíricas concretas evocan, nos daremos cuenta de que se pierde en lo indeterminado su intencionalidad. ¿Qué quiere decir, v. g., *manifiesta temeridad*? Gramaticalmente, sabemos, sí, lo que significa cada una de las dos palabras, y si no lo supiéramos nos lo diría el Diccionario. Una acción peca de temeridad cuando es imprudente, irreflexiva, sin ponderación de los peligros que entraña. La temeridad será manifiesta cuando es clara, patente, se hace notoria a cualquier observador imparcial. Parece pues, que sabemos fácilmente en qué consistirá la temeridad manifiesta. Existirá cuando se trate de acciones a todas luces imprudentes, irreflexivas y que entrañen peligro. ¡Qué sencillo parece todo! ¿Quién no se dará cuenta de lo que ha querido decir el Legislador? ¿Quién podrá declararse

insatisfecho? Pero dejémosnos de arañar en la superficie y vayamos al fondo de las cosas, con auténtica mentalidad de jurista. ¿Cuándo, a los ojos de la Ley, una conducta humana se podrá calificar de *temeraria*? Suena a perogrullada afirmar que lo será cuando resulte imprudente, irreflexiva, y entrañe peligro, pues sigue en pie el problema de calificar el carácter imprudente o irreflexivo de una determinada conducta. ¿Alguien habrá que sepa *a-priori* qué conductas deben ser calificadas de imprudentes y cuáles no? ¿Con qué criterio emite este juicio? Si lo tiene, fórmúlelo en seguida para facilitarnos la clave que descifre el pensamiento del Legislador. Por desgracia, no habrá nadie que esté en posesión de tal criterio. ¡Una conducta sólo será imprudente o manifiestamente temeraria cuando se la califique posteriormente de tal! ¡El Legislador ha dejado su misión incumplida! Su deber era poner en evidencia concretamente las conductas prohibidas, pues, sin más, tendrían que resultar jurídicamente permitidas las restantes; pero, ¿qué ha hecho, por el contrario? ¡Ha utilizado una fórmula eidética, elástica, imprecisa, propicia a la inseguridad, que juega una auténtica mala pasada al gran principio que consagra el *nullum crimen sine praevia lege*! ¡Se ha creado una engañosa apariencia de prohibición que sancionará o no las conductas humanas por lo que se decida *a-posteriori*!

Imaginemos un conductor de buena fe que conduce en el tráfico de una ciudad moderna. De pronto se le representa una acción que puede físicamente realizar. ¿Podrá —se pregunta—ejecutarla con licitud jurídica? Su respuesta dependerá de que sea concebida o no como manifiestamente temeraria; de modo que, en último término, el conductor de vehículos que quiera obrar sobre seguro debe de antemano saber lo que es *conducir con temeridad manifiesta*. ¿Pero puede saberlo en realidad? ¡En realidad carece de toda información al respecto! ¡No se la ha brindado el Legislador, omitiendo su deber fundamental, por haber supuesto falsamente que era innecesaria! ¡Es posible, en cambio, que se la proporcione más adelante el Juez; pero obvio es que semejante información le llegará entonces demasiado tarde! Por otra parte, si el Juez, *a-posteriori*, me notifica un deber del cual no tenía yo noticia antecedente por la Ley y me sanciona por su incumplimiento, ¿no queda con eso malparado el principio de legalidad? Si ninguna conducta puede ser penalmente sancionada sin que previamente haya sido calificada como ilícita, ¿cómo dicha calificación podrá, sin contradicción, sobrevenir al hecho dudoso? Y el caso es que, pese a la hipotética familiaridad del concepto de *temeridad manifiesta*, habrán de presentarse en la práctica muchas conductas en el caso límite, cuya sanción, contra el principio de legalidad, quedará entregada al absoluto arbitrario del Tribunal sentenciador. ¿Por qué ocurre esto? Por la razón obvia de que la Comisión legislativa se ha lanzado por el fácil camino de la generalización abstracta, en lugar de proceder con arreglo a los métodos empiriocríticos propios de la indagación científica.

Con parecidos argumentos y deducciones análogas podríamos seguir preguntando qué se entiende por «seguridad de la circulación» —concepto aún más difícil—y por «poner en peligro concreto e inminente dicha seguridad o la vida de las personas, su integridad o sus bienes». Seguiríamos recibiendo réplicas abstractas y *a-priori*; no saldríamos de lo inconcretable. El legislador ha soslayado la dificultad tratando una inseguridad mediante la creación de otra inseguridad y eludiendo el esfuerzo que reclama una Legislación científica. En el fondo, se ha evadido de los problemas: las soluciones que propugna no son conclusiones de un análisis de la cuestión sino meras opciones voluntaristas. ¿Por qué esa multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas y no cualquier otra? ¿Por qué la privación del permiso de conducir durará precisamente de dos meses a un año? ¡Meras determinaciones contingentes y *ad libitum*! ¡Negación, en último término, de la posibilidad de integrar científicamente el Derecho!

II

Tal vez sea mejor que montar un catálogo prácticamente interminable de deficiencias atacar la raíz del mal —el voluntarismo jurídico— mediante los procedimientos constructivos propios de una concepción intelectualista. La pregunta realmente trascendente que se plantea a los juristas con la promulgación de la nueva Ley es «*como hubiera debido ser hecha*». Al contestar a esta cuestión, la mejor crítica posible de la Ley habrá tomado cuerpo en la experiencia.

Una teoría que hemos venido desarrollando a lo largo de muchos años enseña que el proceso de creación legal debe ser concebido como una obra de indagación científica. El jurista ha de investigar las leyes que deben gobernar, para un máximo de paz, la convivencia humana con la misma objetividad con que el físico inquiere las leyes naturales que presiden los movimientos cósmicos. Las Leyes no pueden ser actos arbitrarios, por la sencilla razón de que expresan medios para fines. Buscando un máximo de paz, no existe ni puede existir indiferencia de medios. Hay, así, verdad y jerarquía. El Legislador encuentra siempre ante sí *fuentes de información jurídica* originarias en cuyo respeto estriba la Verdad; es decir, la Justicia. Tiene, pues, el deber de plegarse a ellas, por lo que su indagación es la clave de la Ciencia legislativa. Ahora bien, puestos en el caso concreto que plantea el artículo segundo de la Ley de 24-XII-62, ¿a qué fuente originaria de información habría que acudir para mantenerse en el suelo firme de la experiencia concreta y liberarse de formulaciones verbalistas como las utilizadas por el Legislador?

No debemos olvidar que, a tenor de la doctrina empiriocrítica, existen dos sectores bien diferentes en el Ordenamiento. El sector de las normas que tienen un precedente sociológico, en cuanto que su materia bruta se encuentra directamente en la experiencia y la actuación legislativa queda reducida a una reorganización, y el sector de las normas de pura creación jurídica, en que no es dable acreditar antecedentes sociológicos materiales. En el primer sector, el hecho social básico suministra la primera fuente informativa, pues al lado de las conductas indeseables que oponen obstáculos a la paz se habrán tenido que dar, ya que la sociedad subsiste, regularidades de conducta compatibilizada que ejemplifican una espontánea actuación jurídica. En el segundo sector, a falta de datos sociales previos, los juicios lógicos y metódicos deciden *a-priori* y la experiencia comparativa preproyectada dictará el veredicto definitivo.

Esto supuesto, imaginemos que —al igual que nuestro Legislador— quisiéramos definir científicamente las conductas que deben ser objeto de sanción jurídica bajo la rúbrica de *temerarias*. Para evitar el astruismo que hemos reprochado al art. 2.9 de la Ley, deberíamos definir la temeridad en la experiencia. Para ello, a dicho artículo debería seguir una proposición instrumental definitoria, concebida, más o menos, en los siguientes términos: Se entenderá que conducen temerariamente los que se encuentren en algunos de estos casos... Y aquí seguiría una enumeración inducida de un amplísimo repertorio jurisprudencial. En resumen; la temeridad manifiesta constituiría un *nomen juris* para un conjunto de hipótesis perfectamente circunscritas extraído de un examen *a-posteriori* de sucesos que integran ya nuestra experiencia jurídica. La sanción penal al hecho tipificado no sería ya un prejuicio, en fraude al principio de legalidad, ni una opción a la ventura, sino la cristalización de la experiencia recogida, contrastada y racionalizada, que es la base del saber científico.

Más aún. Incluso en el supuesto de que la jurisprudencia no hubiera permitido configurar empíricamente la colección de sucesos que habrían de denotarse bajo la categoría típica de un «conducir con manifiesta temeridad», los recursos disponibles para excusar lo arbitrario y

objetivar el conocimiento jurídico estarían lejos de haberse agotado todavía. El Legislador podría echar mano, con estos propósitos, al *método de encuesta*. Imaginaría, así, casos, más o menos dudosos, de guía je temerario y los sometería a un régimen de encuesta por muestreo para averiguar de este modo las valoraciones dominantes en el medio social y atemperarse a ellas, pues sería altamente injusto que una forma de conducir no interpretada socialmente como manifiestamente temeraria llegara a ser objeto de sanción penal al amparo de la apreciación subjetiva de un Juez único o de un Tribunal incluso. En países donde un Jurado popular se ha reservado la decisión sobre el hecho, la valoración social dominante juega de algún modo en el fallo; pero donde, como entre nosotros, la institución del Jurado es desconocida, la estimación racionalista de un Juez técnico puede implicar, e implicará muchas veces, una flagrante violación al principio de legalidad.

La teoría empiriocrítica del Derecho tampoco puede admitir que el legislador imponga la pena de un modo arbitrario. Una estimación al albur de la sanción que debe aparejarse a un hecho delictivo, por fuerza tiene que resultar nociva, ya que es sumamente improbable acertar así con la justa penalidad del delito. Y una de dos, o tendrá que padecer merma la libertad, contra fuero, pues la licitud de la represión está jurídicamente condicionada a que se imponga realmente el mínimo sacrificio a la libertad; o la vida social sufrirá quebranto, como consecuencia de haberse aplicado sanciones insuficientes para inhibir los estímulos delictuosos. Otra vez aquí es indispensable el estudio estadístico mediante las técnicas adecuadas de indagación social, y, en último término, mediante un recurso objetivo a sistemas sociales de gradación de las penas según tendencias íntimas de valoración comparativa y libre.

III

La misma concepción voluntarista del Derecho inspira la actitud despectiva del Legislador hacia la tradición jurídica y su escaso respeto por la terminología habitual. Bajo la idea tremendamente errónea de que el lenguaje de la Ley debe ser popular y accesible, antes que técnico, se han eludido a veces conceptos jurídicos de bien probada fecundidad, cuidadosamente elaborados tras un enjuiciamiento multiseccular en constante contacto con la experiencia, y se los ha sustituido precipitadamente por fórmulas opacas del lenguaje vulgar que jamás podrán gozar de auténtico prestigio forense.

Brilla, así, por su ausencia en la nueva Ley la noción de delito doloso, ¡como si su comisión no fuera posible utilizando vehículos a motor como instrumento! Es verdad que en semejante hipótesis habría que aplicar la legislación penal común; pero la imprevisión en que se dejan las situaciones concomitantes o dudosas constituye una sensible laguna que puede dar lugar a espinosos problemas. En cambio, la acotación repentina y disidente, en el seno de un Ordenamiento estructurado sobre una concepción intencional de la responsabilidad, de la teoría que hace valer exclusivamente el resultado, contrasta con viveza con las más arraigadas convicciones de una sociedad como la española, formada en la creencia de que la responsabilidad moral y jurídica es compañera inseparable de algún grado, por mínimo que sea, de culpabilidad.

La volatilización de términos consagrados alcanza su máximo en el pobre sucedáneo que parece brindar el Legislador a la culpa con infracción de reglamentos. Por lo que cabe conjeturar en

función del epígrafe antepuesto, la culpa tiene todas las apariencias de ser evocada en la presente Ley como «omisión del debido cuidado». Otra vez podríamos inquirir cuál es el *cuidado debido*, con análogas consideraciones a las que esgrimimos al tratar de la temeridad manifiesta. Pero basta con argüir: ¿Cuál es el cuidado *debido*? ¿El exigido por las disposiciones concernientes a la circulación, sea cualquiera su clase? Pero entonces, ¿qué añadiría esa locución al concepto de infracción de reglamentos? Una «culpable infracción de las ordenanzas del tráfico» tiene sentido, al poner como condición a la pena un cierto grado de conciencia y voluntariedad en el agente. En cambio, no cabe rigurosamente decir otro tanto en relación con la fórmula legal. ¿O acaso el primer cuidado debido por un conductor no es la puntual observancia de las reglas referentes a la circulación?

También podría pensarse que el *cuidado debido* es el que suele tener el hombre medio. No obstante, esta interpretación deja asimismo bastante que desear, ya que la noción de hombre medio es una estimación estadística que el Legislador debiera haber suministrado al Juez por anticipado. En otro caso, los Tribunales de Justicia inventarán como hombre medio «ideal» el hombre que conocen en sí mismos. ¡Mala medida para evaluar el comportamiento de una inmensa mayoría de la población!

El arbitrio de que adolece la Ley arrastra consigo, además, la consecuencia de hacer dudosa su *practicabilidad*. El Legislador ha ignorado el hecho de que las normas precisan ser bien acogidas para subsistir. Fiel a su creencia de que en poder político es suficiente para legislar, ha echado en olvido la posible reacción de los súbditos, capaz, oponiéndose a sus propósitos, de generar resistencias invencibles que ninguna fuerza puede doblar. Cegándose a las realidades psicológicas del pueblo español y pasando por alto el procedimiento de selección que se utiliza para la provisión de cargos judiciales, la Ley ha trazado un cuadro ideal de justicia equitativa y rápida. Ha reforzado los poderes de la Magistratura en la dirección del procedimiento y en la adopción de providencias; ha ensanchado el arbitrio; ha admitido, incluso, la acomodación de la pena a las circunstancias personales del inculpado, hasta un extremo que difícilmente dejará de crear cierta efectiva desigualdad ante la Ley. Y a todo esto, un jurista no puede menos de preguntarse si en la nueva norma legislativa va a darse de hecho la puntual observancia de los plazos perentorios establecidos o si, por el contrario, como tantas veces ha ocurrido ya entre nosotros, los buenos deseos del Legislador van a convertirse en ilusiones y papel mojado. Veamos algunos ejemplos en que la celeridad del procedimiento puede verse fácilmente entredicho. En el artículo 20, verbigracia, se habla de ciertos análisis que se efectuarán en el laboratorio «correspondiente» (¡la palabra no compromete a nada!), el cual, «en un plazo no superior a cinco días, enviará directamente el resultado a la Audiencia respectiva». Sin ser demasiado pesimista, ocurre preguntar: ¿Qué garantía hay de que el laboratorio «correspondiente» habrá de atenerse al plazo establecido? En otro lugar hemos enunciado la ley político - jurídica que podríamos denominar de *interesada actuación*, que prescribe: «Toda Ley que sin el estímulo de un interés (o el contraestímulo de una sanción) subordina su efectividad a un acto subjetivo, carecerá de aplicación práctica», que viene como a la medida, a esclarecer el caso actual. Sea oficial o privado el laboratorio a donde se remitan las muestras para el análisis, la observación de los plazos reglamentarlos habrá de supeditarse en definitiva a su propio régimen de trabajo, no a la presión de una obligación legal inexigible. Por otra parte, el tiempo que se concede para una investigación debe amoldarse a las dificultades que haya que vencer para llevarla a cabo, no a meras conveniencias administrativas.

Frente a todas estas precauciones, adoptadas para la aceleración del procedimiento, causan extrañeza ciertos descuidos que pueden entorpecerla. Así, por ejemplo, en el artículo 21, párrafo último, se prevé un dictamen fiscal para el que ningún plazo se señala. Lo mismo sucede en el

artículo 28 con el auto de apertura del juicio oral. Contrastando con estas omisiones, es excesivamente reducido el plazo que se otorga, indiferenciado, para ampliación de diligencias y calificación provisional. ¿Podrá respetarse en una Fiscalía agobiada de trabajo?

V

El verdadero centro de gravedad de todas las innovaciones intentadas aquí, está en la reforma del procedimiento. La actitud no es nueva ciertamente. Hace tiempo que la Ley de Enjuiciamiento civil cayó en desgracia a los ojos de nuestros legisladores. Siempre que se ha acometido la empresa de efectuar algún retoque sustancial en cualquier sector del Derecho privado, no se ha sabido resistir a la tentación de hacer a la vez profundas modificaciones en el procedimiento. Poco falta para que cada institución jurídica tenga su propio específico proceso. Ahora, por lo que parece, le toca el turno a la Ley de Enjuiciamiento criminal, una de las leyes más sagazmente construidas de nuestro Ordenamiento. ¿Qué decir de este crecimiento hipertrófico de lo procesal? ¡No puede estimarse digno de alabanza! ¡No es más que un hijo natural de la prisa nerviosa de nuestra época! Si la caótica complejidad y la parsimoniosa suma de trámites que aquejan a nuestros procedimientos deben simplificarse a fondo, santo y bueno: ¡Hágase el oportuno Código procesal, con las cautelas y la madurez que una Ciencia legislativa demanda! Pero no compliquemos más un Derecho que constituye ya un laberinto que ningún hilo de Ariadna logra desenredar! El proceso, en su naturaleza, no es más que un método, el método oficialmente consagrado para la investigación jurídica, y, por tanto, resulta absurdo hacerlo ininteligible a fuerza de excepciones y diversidad. Lo importante en él, es que opere como instrumento manejable, familiar, que no concentre sobre sí la atención que los Magistrados deben reservar a los problemas materiales que por su medio se ventilan. Si el principio de especialización profesional y de pureza metódica tienen algún sentido, está claro que postulan la reducción al mínimo de los procedimientos especiales. Más aún: lo ideal sería suprimirlos todos.

Resultaría interesante profundizar en las razones últimas que empujan a nuestros legisladores a proyectar mutaciones profundas en el procedimiento. No basta imaginar que obedecen a graves deficiencias en nuestra técnica procesal. Las malas leyes actúan' como buenas cuando buenos jueces se cuidan de aplicarlas bien. Por lo demás —según hemos afirmado en ocasión anterior— «hay Derechos cuerdos y Derechos locos»...

«El Derecho loco piensa en leyes y olvida los hombres. El Derecho cuerdo sabe que la ley es una pauta discriminativa, un modo prevenido para resolver la interferencia tipificada; pero sabe también, consecuentemente, que esa «hipóstasis de una profecía», tan agudamente acertada por Holmes, sólo tiene probabilidades de realización cuando la voluntad del Juez es decidida fidelidad al servicio del Orden jurídico. Sabe que el fracaso de un Juez que decide en última instancia anula de hecho las más sólidas teorías y las mayores verdades de la Jurisprudencia. Y llevado de esta convicción, hace de la Política judicial la inquietud más honda de su espíritu...». No es, pues, el problema de la Justicia española un problema de revisión del procedimiento, aunque esta tarea nos acucie también. Lo más urgente para nosotros es atacar a fondo el anacrónico método selectivo al que confiamos el ingreso en la Carrera judicial. Mientras el cargo de Juez dependa exclusivamente de la repetición memorística de unos temas aproblemáticos y

hueros y dé la espalda a las condiciones psíquicas y morales de los candidatos, la Justicia española no podrá nunca ser mejor de lo que es. Y, francamente, para nuestro desconsuelo, no es buena. No son apreciaciones particulares, más o menos desapasionadas. Son la simple consignación de datos estadísticos oficiales que tienen la elocuencia irresistible de la verdad. Desde el año 1952, hasta el año 1959 hay en España un promedio anual de 10.200 apelaciones (en números redondos) ante los Juzgados de 1.ª Instancia contra sentencias dictadas por Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz. Prescindiendo de unas 600, en que no llega a recaer sentencia, las total o parcialmente revocatorias hacen una media de unas 2.870. Las confirmatorias se aproximan a 6.740. En cifras relativas, esto significa que más de un 29% de sentencias son reputadas erróneas por el Tribunal Superior. De las apelaciones tramitadas en las Audiencias Territoriales desde 1954 hasta 1959 hay un balance parecido. El promedio de sentencias dictadas es en el año de unas 5.650. Entre ellas, revocan en todo o en parte el pronunciamiento unas 1.500, lo que equivale a un 26%. Esta cifra se elevaría un poco si hiciéramos ingresar en el cómputo las resoluciones revocatorias que se han emitido en forma de auto.

Me parece innecesario argüir más. Para quien ama sinceramente la justicia, un cinco por ciento de sentencias erróneas sería un motivo cierto de contrariedad. Si este número sobrepasa la cuarta parte, la preocupación obsesiva tiene que asaltar a cualquiera. ¿Quién acudiría de buena gana a un médico o cirujano a quien se le muriera una cuarta parte de los enfermos tratados?

La conclusión es simple. Dejémonos de practicar una ortopedia periférica a las vetustas Leyes procesales que aún nos rigen. Vayamos a la raíz del mal. Acometamos la reforma de la Magistratura rompiendo para siempre con el loco procedimiento selectivo que padecemos por rutina y cuyos frutos están ante los ojos.

*Esta obra: "La lucha por la Objetivación del Derecho"
de la que es autor J. Lois Estévez, se terminó de
imprimir en los Talleres de Faro de Vigo,
el día 1º de Marzo de 1965*