

EL DERECHO COMO CIENCIA EXACTA

*Nº de Registro: PO 92/65
Tip. FARO DE VIGO
Depósito Legal: VG 88-1965*

EL DERECHO COMO CIENCIA EXACTA

por

José Lois Estévez

1¹

La teoría empiriocrítica del Derecho abriga la pretensión, ambiciosa; pero ciertamente legítima, de convertir a la Ciencia jurídica en una Ciencia exacta. Recalco el adjetivo, porque, aun cuando inexactitud y Ciencia sean términos excluyentes, los juristas son de conciencia suficientemente laxa para no sentir la mínima preocupación cuando encubren un ingente contrabando ideológico bajo emblemas científicos. La verdad es que el Derecho sólo es aún una Ciencia por analogía. Y en lugar de reinar en su seno el rigor de los planteamientos objetivos e impersonales basados en experiencias intersubjetivas y comunicables, constituye un desolador ensayismo culturalista hecho inviable en fuerza de sus taras congénitas.

Cada uno es libre de reaccionar como quiera ante este hecho decepcionante. A mí particularmente su constatación, ya de antiguo, me ha llevado a estudiar minuciosamente las posibilidades que podría ofrecer el Derecho para una matematización, al nivel, cuando menos, de la Economía. Doce años de ininterrumpidas investigaciones me permiten hoy afirmar que no sólo es factible desde el punto de vista de una Lógica matemática, sino incluso más: que el problema jurídico de fondo es un problema cuantitativo, inabordable en absoluto con métodos que no sean estrictamente matemáticos. Más todavía,- como he de demostrar en esta misma disertación, un adecuado enfoque de la temática jurídica reduce, al menos, las cuestiones capitales de nuestra disciplina a problemas de cálculo de probabilidades. Y conste que no hablo en metáfora.

2

MOTIVOS Y FINES DE LA LEGISLACIÓN

El despliegue de toda actividad legislativa suscita indefectiblemente una cuestión previa a los juristas: *¿Qué es lo que se ha de hacer con la Ley?*

¹ (Conferencia pronunciada, en el Instituto Jurídico Español de Roma en 19-V-65).

Esta cuestión es ardua y equívoca para la teoría tradicional, que no puede ante ella otra cosa que perderse en distinguos. Mientras la voluntad del Legislador aparezca como factor decisivo en la elaboración de la Ley, los designios a que ésta pueda apuntar se esconden en la obscura intención determinante. ¡Puede una Ley servir de medio para tantas cosas! ¡El propósito de su autor será precisamente la explicación del contenido normativo! Según el fin que me proponga, así será la solución por la que yo me incline! Si lo que quiero es hacer demagogia, me cuidará de contentar a los más, no de hacer Justicia. Si quiero antes que nada perpetuarme en el Poder, el Ordenamiento que me sustente habrá de estar cautamente cerrado a la igualdad de oportunidades políticas. Crearé intereses en servirme distinguiendo con disimulo amigos y enemigos *en la distribución de premios y sanciones...*

Haré lo que me convenga, no lo que deba. Y si acaso consiguiese superar mi particular egoísmo, buscaría tal vez la conveniencia de mi Patria a la luz de mis particulares ideologías...

Frente a estas tachas, la teoría empiriocrítica de la legislación no tolera posibilidades anfibia. Según ella, la Ley es para hacer Derecho. Derecho a secas. Ni nada más ni nada menos. Ni nada más, porque !a Ley no tiene por qué moralizar ni tomar partidos. Ni nada menos, porque tampoco puede descender a la marrullería política.

Aunque lo parezca, no es decir poco decir que •la Ley es para hacer Derecho. Dista de la perogrullada hasta ser un ideal remoto, casi una utopía. Pero es un axioma formal, puesto que su substancia ha de ser aún captada y definida. Porque, ¿qué es hacer Derecho?

No contestemos, de momento, a la pregunta, pues sería imposible abstenerse de prejuicios filosóficos o de ideologías. Limitémonos a decir, un poco vagamente por ahora, que si la Ley debe contribuir a hacer Derecho, debe servir desde su esfera el fin o los fines jurídicos. Con esta aclaración no añadimos mucho, a la verdad, a lo que sabemos de antemano,- pero sí lo que basta a nuestros propósitos. Porque ni siquiera tenemos que decidir al instante si el Derecho se endereza a una única finalidad, y en qué consista, o si a varias, y cuáles sean. Por lo de pronto, cumple saber que, objetivado el fin o los fines jurídicos, existe ya un criterio capaz de permitir una selección entre los posibles contenidos normativos.

MODELOS JURÍDICOS

En efecto,- el fin o fines determinan *modelos jurídicos* y sugieren *pautas de acción* muy concretas para el Legislador consecuente que quiera seguirlas. Imaginemos, por ejemplo, que preconizamos la doctrina del fin unitario, sin precisar todavía en qué pueda estribar. Nos cabrá entonces tomar cada posibilidad como determinante de modelo y proceder en consecuencia. Podremos suponer, así, sucesivamente, que ©I fin jurídico resida en a) la paz; b) la libertad; c) el orden,- d) la solidaridad; e) la seguridad; f) el bienestar,- g)...,-y n) la Justicia. Y tendríamos entonces una correspondiente serie de modelos, a saber: *modelo sobre paz*, modelo sobre libertad, modelo sobre orden, modelo sobre bienestar, etc.

La regla de juego o de operación lógica implica, en la hipótesis precedente, que no se podrá argüir para fijar los contenidos normativos, sino desde el horizonte de motivaciones consentidas por el modelo. Si esto no es posible para el Ordenamiento completo, queda en evidencia que dicho modelo decae, habiéndose invalidado a sí mismo. Como la Ciencia de la Legislación exige absoluta fidelidad a los modelos preestablecidos y tiene que dar ya construido un Ordenamiento

apto para funcionar en la práctica, resulta obvio que los modelos que habrán de disputarse la primacía no serán muchos. Pues no bastará propugnar un modelo para habilitarlo y merecer la atención, sino que será menester para lograr audiencia haber construido sobre él todo un Ordenamiento positivo.

Supongamos ahora que abrigamos la creencia de que el Derecho no puede ser esclavo de un fin único, sino que debe atender a varios fines. Estaremos, en ese caso, ante un **modelo pluralista**. Como el **axioma de previa construcción** en que se basa la Ciencia Legislativa hace necesario que los valores a realizar en el modelo sean en **numerus clausus**, su especificación concreta también, aunque más ampliamente, el horizonte de motivaciones consentidas desde tal modelo.

CLASES DE MODELOS

JURÍDICOS

Los modelos pluralistas pueden ser **jerárquicos** o **no jerárquicos** (que podrían llamarse asimismo **igualitarios**), según que los valores de que se compongan se mantengan siempre en pie de igualdad y perfectamente fungibles o sólo sean unos supletorios de los otros. En un modelo de esta última clase, por ejemplo, no cabe recurrir a un valor dado del modelo sino en el caso de que el valor superior de la escala establecida no permita decidir unívocamente entre los posibles contenidos normativos. En un modelo igualitario, contrariamente, sería lícito decidir a la luz de cualquiera de los valores del modelo, sea el que sea, aun cuando se pudiera también decidir desde los otros. Ni que decir tiene que un modelo pluralista igualitario no posee la fuerza de convicción del jerárquico, pues no está, como aquél, herméticamente cerrado a la arbitrariedad.

Un modelo pluralista jerárquico puede desembocar, por su propia naturaleza, en un modelo unitario de su valor supremo. Esto demuestra, sin más, que únicamente en el caso de insuficiencia demostrada de los modelos unitarios será legítimo construir modelos jerárquicos pluralistas.

LA ELECCIÓN DE MODELO

Por otra parte, como los modelos pluralistas igualitarios trabajan con valores que difieren entre sí, cabe esperar que la ulterior derivación normativa produzca normas no compatibles. En tal supuesto, dicho modelo igualitario se vería imposibilitado a priori para dirimir sin invalidarse la contradicción que lo tiene en jaque. Más aún. Como los diferentes valores de un modelo son otras tantas reglas operativas y modos de ordenación de la conducta, no va a ser fácil saltar de un valor a otro irregularmente sin llegar alguna vez a resultados antagónicos. En otras palabras, -un modelo pluralista igualitario es sumamente improbable que resulte coherente. Además, como menos económico en sus elementos conceptuales que el modelo unitario, construido éste, aquél, por aplicación de la -navaja de Occam, está llamado a decaer.

Los razonamientos precedentes hacen aconsejar, -ble fundar la tarea científico-legislativa sobre modelos unitarios, hasta el límite de lo posible. Sólo en el caso de que la utilización de un único

valor se acusara en déficit; es decir, condujera a un callejón sin salida, estaría justificada la introducción sucesiva de valores nuevos. Estaríamos, así, ante un **modelo a valores únicos**. Dejando para la Ciencia Legislativa otras reglas sobre la preferencia entre modelos, vamos a efectuar nuestra opción de acuerdo con los criterios de selección que consideramos más firmes. Este modo de proceder no merma en un ápice la fuerza de convicción de nuestra teoría, en virtud de las dos razones siguientes: 1ª). Porque la elección de modelo no será aquí arbitraria, sino que tendrá una justificación objetiva. Y 2ª), porque no cabiendo opción entre modelos no construidos, la primera condición para impugnar el nuestro alegando la preferencia de otro tendrá que ser haberlo construido ya. También aquí, por ende, **prior tempore, potior iure**.

3

OBJETO Y FIN DEL DERECHO

El hombre es un ser capaz de hacer proyectos y de servirse de la Naturaleza como de medio o instrumento para facilitar su ejecución. Hace incesantemente cosas para algo. Cuando usa, pues, las cosas que hace para aquello a que las ha destinado, cumplen ellas su cometido. Lo que se hace con las cosas en su uso propio,- es decir, el resultado inmediato que produce el empleo normal de las cosas es el **fin próximo u objeto** de las mismas. Como todo proyecto es perfectible y toda obra humana susceptible de mejoría, cualquier resultado obtenido es insatisfactorio y el hombre aspira a superarlo corrigiendo sus deficiencias. La idea-límite que condensa el proyecto humano cabal y absolutamente perfecto señala, como horizonte huidizo, pero de constante presencia, el fin de la cosa. Así considerado, el **fin** no es sino **el objeto ideal**.

Supongamos, por ejemplo, que posamos los ojos sobre una obra humana cualquiera. He ahí, ante mí, un reloj, por ejemplo. Su objeto, es decir, lo que se hace con él, estriba en medir el tiempo y lo efectúa con mayor o menor precisión,- pero siempre de una manera imperfecta. El fin, es decir, el objeto ideal del reloj, consiste en efectuar la medición del tiempo **sin error alguno**. Cualquiera comprende que el fin, cabalmente por ser ideal, es inasequible, proyectivo. Pero aunque así sea, la noción de fin es operante y activa, como que proporciona, nada menos, que **la ley de substitución de modelos** y determina la decadencia de unos y la prevalencia de otros.

Ahora que sabemos distinguir el objeto y el fin de un producto cultural cualquiera, estamos en condiciones de aplicar al Derecho ambas nociones. Preguntémonos, pues, cuál es el objeto del Derecho, o, de otra manera, **qué es lo que se hace con el Derecho**. Aunque son muchedumbre los bienes que se derivan para la humanidad del Derecho, tienen el carácter de aprovechamientos secundarios y a veces pueden faltar. El bien que, caso a caso, no falla nunca cuando funciona el Derecho, ése y sólo ese es su objeto. Y en tal supuesto sólo está **la paz**. El Derecho empieza siempre como paz, lograda espontáneamente por la compatibilización de pretensiones encontradas, y se encamina, como a su fin, a la consecución del máximo de paz posible. Lo que hace el Derecho en la vida, que es evitar que todos andemos a la greña, entregados a ley del más fuerte,- es decir, una auténtica pacificación, se convierte en fin al idealizarla en esa aspiración inasequible que es la paz plena y sin reservas. A esta meta no cabe llegar; pero como al funcionar diversos sistemas jurídicos están más cerca o más lejos del ideal, éste nos presta el servicio

inapreciable de valer como criterio indefectible para la selección y substitución de modelos. Y es ya bastante.

Las consideraciones anticipadas condicionan nuestra elección de modelo, induciéndonos a elegir uno a valor único y a tomar como tal la paz. Justificada, así, nuestra elección, tenemos que seguir inquiriendo: ¿Cómo hay que hacer la Ley? Todavía la pregunta se revela como prematura, en vista de que ignoramos aún cómo se efectuará la aplicación del modelo,- pero unas palabras son suficientes para aclarar la cuestión.

APLICACIÓN DEL MODELO

ELEGIDO

Supongamos una relación interhumana de naturaleza polémica, vale decir, una *interferencia* que el Legislador toma como hipótesis. Ante ella, como problema jurídico, cabe preguntar cuál será la forma resolutive más conveniente. Al tratarse de una relación intersubjetiva, queda presupuesto un conflicto potencial entre dos personas cuando menos. Y, por tanto, un mínimo de dos soluciones extremas será siempre posible. E incluso, en la inmensa mayoría de las veces, cabrá también alguna solución intermedia. Hay, pues, para el Legislador un cierto campo de posibilidades hipotéticas entre las cuales ha de decidir el desenlace normativo. Pues bien, aplicar un modelo quiere decir fundar en él y sólo en él la preferencia de una hipótesis resolutive sobre todas las demás posibles. Es decir, si, por ejemplo, se da por válido nuestro modelo en tema paz, no podrá existir en lo sucesivo argumento alguno utilizarle legítimamente para justificar la exclusión o adopción de un cierto desenlace normativo que la invocación de un *máximum de paz*. Simbólicamente:

$$I \left\{ \begin{array}{l} a \\ b \\ c \\ \cdot N = n \quad , \quad n > \dots > c > b > a \\ \cdot \\ \cdot \\ n \end{array} \right.$$

siendo **I** = interferencia, **H** = solución normativa adoptada, = a condición de, y > indicativo de mayor pacificación.

¿CÓMO SE DEBE HACER

UNA LEY?

Pertrechados ya con estos conceptos aclaratorios, podemos regresar al tema capital y preguntarnos nuevamente *cómo se debe hacer una Ley*. En el fondo, nuestra respuesta ha sido ya dada-. Se cifra implícitamente en el esquema expuesto antes. Lo único que falta, de momento, es desarrollar la tesis con cierta amplitud, ejemplificarla y hacerla intuible.

Observemos, en primer lugar, con este propósito, cómo el Legislador actúa siempre dentro de un Ordenamiento jurídico preexistente. El caos jurídico primitivo hace milenios que se ha quedado atrás. Cada norma que hoy se instaure tiene, así, un precedente más o menos directo y franco, más o menos evolucionado o germinal. Como la acción pacificadora del Derecho se hace llegar inexcusablemente a cualquier caso litigioso con significación jurídica, por obra y gracia del deber indeficiente de fallar que se impone al Juez, no hay vacíos en el Derecho y, por ende, *antes de cualquier nueva norma había ya otra norma anterior*. ¿Cómo se justifica, entonces, para la teoría que sustentamos, la implantación de una nueva regulación legal fatalmente llamada a alterar el equilibrio preexistente y a romper con el orden lógico de los precedentes establecidos? La respuesta otra vez es fácil: ¡Sólo se justifica cuando el introducirla supone el logro de más paz!

Como la demostración de este aserto es la seguridad para la Ciencia Legislativa, sería temerario rehusarla, de modo que, aun a trueque de incurrir en otra dilatoria expositiva, será forzoso reflexionar despacio sobre el tema. De paso, haremos algunas precisiones de importancia sobre la naturaleza de las normas jurídicas.

4

ESENCIA DE LA NORMATIVIDAD

Nadie podrá sufrir escándalo ciertamente de que se afirme que quien hace una norma debe saber la clase de cosa que está haciendo. Lo que quizá, en cambio, resulte, con razón, escandaloso es anunciar que, pese a cuatro milenios largos de Derecho escrito, haciendo uso constante de las normas, los juristas recién empiezan a saber ahora en qué consisten. Antes, obnubilados por la ingenua creencia de que el Derecho, al igual que la moral, cristalizaba en imperativos, no alcanzaban a ver en la normatividad un auténtico contenido preposicional asertórico, susceptible de verdad o de falsedad. El error era grave, porque hacía absolutamente imposible una Ciencia Legislativa, dado que los imperativos no pueden ser *verdaderos* ni *falsos*, sino *cumplidos* o *incumplidos*. Y donde no cabe *verdad—falsedad* tampoco ha lugar al conocimiento científico.

LA NORMA COMO ASERTO PROBABILITARIO, NO COMO IMPERATIVO

Ahora, por fin, vamos sabiendo, al menos, que las normas no son imperativas, sino *asertos probabilitarios*, como la propia denominación lo sugería ya. La norma es una *moda*, en el sentido que la Estadística confiere a este vocablo,- es decir, la más densa concentración de una distribución en torno a unos valores. Por eso se comienza a comprender también que el sentido jurídico de la norma no se encuentra en la enunciación que contiene, sino en *lo que es valor entendido en ella*, pues lo que en verdad hace a la norma ser norma es *un pronóstico tácito sobre un cierto incremento de la paz social*. Como en los icebergs, lo importante en las normas no es lo que exhiben, sino lo que reservan. Aquello cambia de una a otra; esto es una constante, que, a fuerza de su necesidad lógica, cabe sobreentender. El esquema general abstracto de la norma jurídica es el siguiente: "Si **A** implica **X** y **no A** implica **probablemente R**, entonces será el conjunto de conductas compatibilizadas \overline{CC} ".— Es decir, más simplemente, lo que toda norma enuncia es que de darse mayoritaria-mente la consecuencia jurídica como reacción social ante la hipótesis, entonces, resultará inhibida la tendencia de la libertad hacia ésta última y podrá reinar la paz. Más aún; si tenemos en cuenta que toda norma incide sobre un orden jurídico preexistente y reemplaza a otra anterior, expresa o tácita, es ya claro que el sentido de la nueva norma introducida no se cifra sólo en afirmar una mera consecución de paz, ya lograda por la precedente, sino que únicamente se justifica como aseveración de que por su medio ha de obtenerse un incremento de la paz reinante hasta el momento. Tomada la norma desde la perspectiva presente, salta a la vista de inmediato cómo no cabe concebirla como imperativo sino como una afirmación condicionada a un hecho,- es decir, como una auténtica proposición susceptible de *verdad* o de *falsedad* y siempre *empíricamente verificable*.

LA NORMA COMO PROPOSICIÓN VERIFICABLE

Esta propiedad de las normas jurídicas es la que hace posible una Ciencia de la Legislación. Y una Ciencia tan rigurosa como cualquiera otra. Si las normas fuesen imperativos, no podrían ser en ninguna forma verificables y sólo en razón de autoridad o de hecho podrían ser preferidas unas a otras, las órdenes, en efecto, como "haz esto" o "no hagas aquello" no aseveran nada y quedan fuera de la alternativa de verdad-falsedad. No puede haber, pues, Ciencia sobre ellas. Y a la hora de pronunciarse por una u otra, 'la elección tendrá que depender de motivaciones ideológicas, sentimentales o estéticas. La decisión política acerca de los desenlaces normativos se tendrá que convertir, así, en una *solución de emergencia*, cuando lo cierto es que tal solución recibe su legitimidad y se justifica únicamente en aquellos específicos problemas en que no cabe todavía zanjar la incertidumbre mediante métodos científicos. Pero una vez sabido que las leyes hacen pronósticos concretos sobre la paz y que prometen realizarla en mayor grado que anteriormente, se hará ya posible comprobar experimentalmente hasta qué punto es o no verosímil la profecía legislativa. El Derecho alcanza, así, el rango de una Ciencia exacta, al

amparo del cálculo estadístico.

5

Precisaremos en seguida hasta dónde han de llegar los servicios que la Matemática puede prestar al Derecho. Ahora nos urge acometer un problema previo: ¿Hay o no exigencias exteriores capaces de condicionar en algún modo la resolución de los diversos tipos de interferencias jurídicas? ¿Cualquier solución legal es estrictamente posible y capaz de efectividad? Según veremos, es inevitable responder afirmativamente a la primera interrogación y negativamente a la segunda.

El jurista o el legislador no deben olvidar nunca que la norma no es otra cosa que un *proyecto propuesto a seres libres*. Como la conducta de seres libres sólo estadísticamente puede ser predicha, la ley tiene que reducirse a un aserto probabilístico. Su suerte dependerá de una multitud de reacciones individuales, cada una de por sí imprevisible; pero vaticinabas en conjunto en función de índices de frecuencia ya elaborados. Cuando se trata de establecer una Ley, el Legislador no puede ignorar qué es lo que hace. El ser intencionalmente la ley “directriz de conductas para incremento de la paz” condiciona con el mayor apremio los métodos de creación legal desde resultados idóneos o inidóneos para su objeto: La Ley se acata o no se acata, pacifica o siembra discordias, aumenta o disminuye el bienestar... La gama de reacciones ante la Ley depende por entero de estos factores y su amplitud —que es el hecho fundamental al decidir sobre la eficacia pacificadora— es en gran medida previsible, esto es, conjeturable por anticipado. El problema consiste, en última instancia, en establecer un *índice ponderado de probabilidad* de acomodación a la ley a través de un cálculo de resistencias esperadas por contraposición a los *vectores favorables*.

La mera exhibición de esta problemática basta para resaltar la importancia de los planteamientos y para comprender hasta qué punto el Legislador está enormemente lejos de la omnipotencia que a veces se le atribuye. La tesis kelseniana de que “cualquier contenido puede ser Derecho” dista tanto de la verdad cuanto el vaticinio puede diferir de los acaecimientos. El Poder es un hecho inconcuso, - pero jamás un invariante, - sufre expansiones y contracciones y, por su mismo juego, es más o menos frenado en su actuación sobre la Sociedad. El supuesto tacto de Midas, que se ha atribuido al Poder para hacer el Derecho, es, afortunadamente, una ilusión, sin otra base que la propaganda que lo ha convertido en un mito. La verdad es que cada norma pone en entredicho al Poder y que en torno a ella se libra siempre alguna escaramuza o una gran batalla. E incluso el Poder tiene su entropía y si se hace valer con exceso se gasta.

Todas estas realidades sociológicas, olvidadas hartas a menudo por los juristas que viven encastillados en su normativismo, deben ser para el científico de la Legislación un centro de polarización de su interés. Pero su estudio pormenorizado demanda un previo distingo que nos obliga a realizar una última digresión en esta pesquisa. Tenemos que reflexionar irremediabilmente unos instantes sobre la vieja distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

6

Recordemos, primero, en dos palabras, en qué estriba la cuestión. Según es sabido, el origen de la división del Derecho en sus dos grandes ramas, tal como hoy la conocemos, arranca de un famoso texto de Ulpiano, obrante en el Digesto (1,1,1,2). La dicotomía de la materia jurídica no es sin precedentes,- pero las otras fórmulas, quizá excesivamente profundas y sutiles, no cuajaron. Ulpiano hizo historia y creó hábito, pese o gracias a su superficialidad. “Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem...”.

La justificación del punto de vista Ulpiano parece estar en el fenómeno de absorción de la actividad legislativa por el Estado, ocurrido a finales de la época clásica, la explicación de Alvaro d'Ors es muy plausible. El sugiere, completando a Ehrlich y De Francisci, que la expresión “publicum” ligada a “ius” no tiene un significado distinto al de su connotación corriente. El adjetivo significa lo mismo que cuando se utiliza en expresiones como “vía pública”, “usus publicus”, “res publica”, etc. Derecho público era, así, el que se había hecho público, el que se había *publicado*. ¡El privado, en cambio, era el que no había salido de entre las partes, como producido por ellas y específico para ellas.

Es razonable pensar que de haber existido una tradición semejante entre los jurisconsultos romanos—y Cicerón es un irrecusable testimonio de ella—habría perdido en apariencia toda razón de ser al advenimiento de las tendencias monopolizadoras del Derecho por el Estado. En el fondo, existía un interés obvio en los dominadores por difundir esta creencia. Y Ulpiano, con conciencia o no de su designio, sirvió magníficamente con su teoría tal interés clasista.

Sea como quiera, y frente a las diversas negaciones de la dicotomía, ésta se basa en un fundamento predicativo inatacable. El que la intuyó, sea quien fuere, tuvo un destello genial y echó un cimiento permanente para la Ciencia legislativa. Pero, ¿cuál es la *ratio ultima* de la diferencia?

Una exploración semántica de las proposiciones normativas nos permitirá determinarla sin mayores dificultades. En efecto,- desde el punto de vista de su contenido predicativo, las normas jurídicas pueden ser clasificadas en dos grandes especies: 1^a)

Las que regulan o se refieren a una materia preexistente, a un substrato social dado de antemano, a fenómenos de experiencia consistentes en una compatibilización espontánea de la libertad; y 2^a) las que aspiran a producir *ex novo* regularidades de conducta compatibilizada, instituyendo constitutivamente formas no practicadas antes de vida social. Las primeras se limitan a modelar lo que de otra manera viene dado; las segundas, suponen originariamente un auténtico *invento social*.

No es difícil fundar intuitivamente la realidad profunda de esta substancial bipartición de lo jurídico. Es suficiente para ello evocar una ruptura revolucionaria con el pasado. Coloquémonos, por ejemplo, en el punto crítico de una coyuntura revolucionaria, cuando luchan dos poderes por alzarse con la soberanía y uno sucumbe ante el otro. En el mismo instante de la victoria, el legislador originario, en sentido kelseniano, cambia. Todo un conjunto de normas, expresivo de una legalidad antecedente, pasa y otras normas entran en escena. Eso no significa, no obstante, que todo el Derecho del entonces haya encontrado su ocaso. Un gran sector del Ordenamiento, el más amplio e importante, subsiste y no puede menos de subsistir, en tanto que otro resulta prácticamente aniquilado. El primer sector permanece, en principio, indiferente a la contienda,- la suerte del segundo depende por entero de su desenlace.

No es menester insistir con exceso en el asunto para dejar claro que esta característica de unas y otras normas es adecuada para perfilar su diferenciación.

Pero hay aún una manera más sugestiva de evidenciarla. Supongamos que todos los comerciantes e industriales de un país adoptan el acuerdo de constituir una Asociación profesional, con Tribunales propios, a los que se comprometen a someterse los miembros de la entidad, so pena de ostracismo. Supongamos también que los demás estamentos de la Sociedad siguen el ejemplo, repartiéndose entre unos y otros toda la población del Estado. ¿Qué acontecería en tal hipótesis al Derecho Privado estatal? ¡Es obvio que perdería en absoluto toda relevancia!

Se demuestra así que los actos jurídicos dominados por el principio de autonomía de la voluntad sólo accidentalmente están sujetos al control del Estado y que lo que distingue los dos grandes sectores del Ordenamiento es la posibilidad de ejercitar o no *pretensiones públicas*.

Pero podemos inquirir aún de qué depende, en último término, el ejercicio eficaz y viable de pretensiones públicas. Y la respuesta, para quien no se contente con las apariencias de las cosas, no será muy ardua. La pretensión pública se ejercita sin tropiezo alguno en aquel sector normativo que es de mera creación jurídica. Encuentra resistencias más o menos difíciles de vencer en aquel ámbito en que las normas han de incidir sobre una realidad sociológica previa. Por esta razón la efectiva labor pacificadora de las normas jurídicas está supeditada siempre en el Derecho privado —que es este sector del Ordenamiento con realidades materiales previas— a las reacciones sociales que la regulación positiva suscite.

7

Puestas así las cosas, se comprende sin dificultad la diferencia profunda que separa la actividad legislativa en el Derecho Público y en el Privado. En el Derecho Público, que, por su naturaleza se disuelve en trámites metodológicos, la libertad de acción consentida al Legislador alcanza su máximo. La capacidad de creación no encuentra apenas otras limitaciones que las de orden lógico. En cambio, en el ámbito del Derecho Privado las resistencias de toda clase ante las tentativas de imposición coactiva son realmente enormes. Hay resistencias fácticas, por razón de materia, resistencias por dificultades probatorias, resistencias de la infraestructura económica, y resistencias de tensiones ideológicas contrariadas en el medio social.

Para la elaboración de una norma que aspira a producir la minimalización del error jurídico o, lo que es lo mismo, la magnificación de la paz, es evidente que la actual Política jurídica, meramente voluntarista y arbitraria, tiene que resultar absolutamente inidónea. Para una Sociedad que ha hecho postulado de su evolución actual la aceleración sistemática del ritmo de su desarrollo, es patente que tiene que caducar la concepción superficial e inconsistente del Derecho como una obra de intuición o Arte. El problema real, de fondo, de un Derecho privado que quiera estar al día es el problema espinosísimo de la distribución justa de la renta nacional entre la población del Estado. Tal problema no es adecuado para tratar con fórmulas resolutivas improvisadas que cualquier político ocasionalmente preconice. ¡Ya sabemos por experiencia adonde nos llevan estas soluciones de emergencia prestidigitadas por los políticos sin otras bases que sus ideologías particulares! ¡Y no podemos tolerar los juristas con nuestra pasividad y fetichismo legal, que la pugna meramente ideológica que divide al mundo, tenga que dirimirse

a mano armada por nuestra desidia para zarparla a mente armada con los recursos de la Ciencia!

Un Derecho que no sea anacrónico tiene en nuestro tiempo el inexcusable deber de recusarse a toda ideología y doblegarse sólo a los métodos de conocimiento científico. Las ideologías son personalísimas y peligrosas, pues provocando pasión en vez de neutra persuaden predisponen a la violencia y son, en último término, como enemigas de la paz, obstáculos al progreso jurídico. En congruencia con su fin de máxima pacificación, es evidente que la Ciencia Legislativa tiene que aceptar como un presupuesto el desarraigarse de toda ideología. Por eso es apodíctico para el Derecho aceptar la actitud impersonal de una Ciencia exacta y concretarse en normas que valgan por su verdad antes que por la fuerza que las imponga. ¿Podrá este *deber ser* que presiona sobre la Sociedad actual ser realmente en la experiencia jurídica? ¡He ahí la cuestión! Como en el poema de Rükert, hay aquí tres palabritas que han de acuciarnos cada día: Poder, deber y ser. ¿Podremos hacer que el deber sea?

El hombre de Ciencia ha inventado un recurso maravilloso, una especie de lámpara de Aladino capaz de realizar las mayores utopías. Las fórmulas cabalísticas, las palabras mágicas, son ya verdad desde hace siglos. Cada vez que una de estas fórmulas suena sobre el mundo, su semblante cambia. Hace aún poco tiempo que un gran científico profirió ante el asombro general una de estas frases cabalísticas, una de estas abracadabras transformadoras $E = m \cdot c^2$.— A su conjuro, el mundo tembló, por primera vez sin metáfora, y ha alterado su *tempo* y su fisonomía. Como consecuencia, tenemos bombas y factores atómicos y nos aprestamos al asalto de lo desconocido, allende el planeta.

Todas las Ciencias, que lo son de veras, tienen en su acervo estas fórmulas mágicas que el genio desvela en favor de Jos hombres. ¿No podrá jamás el Derecho gozar de este privilegio inmarcesible? ¿No dispondremos los juristas de alguna fórmula iluminadora que 'nos permita derrotar utopías? “Dadme hablar hermosas palabras—decía Whitman—, lo demás que sea vuestro”.

Desconozco, naturalmente, la actitud de ustedes ante la Ciencia del Derecho,- pero no creo errar demasiado al pensar que incluso en los más optimistas estará saturada de escepticismo. Yo quisiera con mis palabras finales devolverles la fe y la esperanza. Voy a tratar de demostrar, en términos matemáticos; pero al alcance de cualquiera, que la raíz misma del Derecho es cuantitativa y que disponemos ya de las fórmulas precisas para el adecuado tratamiento de los problemas clave con que se enfrenta la Ciencia de la Legislación en nuestro tiempo. Así completaré en un punto concreto las líneas maestras de esta disciplina, que he ido ofreciendo hasta aquí.

¿Por qué sostengo que el problema capital de la Ciencia jurídica es puramente cuantitativo y matemático? Por la sencilla razón de que dicho problema estriba en la distribución de los bienes que llenan el mundo entre los hombres que lo habitan. Desde la escuela primaria sabemos todos que el problema de repartir una cantidad dada de cosas entre otra cantidad también conocida de personas se resuelve por una simple operación de dividir. El problema del Derecho es también el de hallar un *cociente*; es decir, una cuota o, si se quiere, el *crédito providencial* sobre la fracción de bienes terrenos con que cada nacido tiene que advenir a la vida.

Aunque cualquiera comprende por lo dicho la relación matemática que subyace a este planteamiento, no vendrá mal, para esclarecimiento mayor, plastificar el argumento aducido para elevarlo a sus máximas incitaciones. Supongamos, así, que una expedición a las regiones polares se encuentra perdida bajo una borrasca, taita de contacto con sus centros de aprovisionamiento y a merced de sus propios recursos. La escasez, bruscamente sobrevenida, hace preciosos los víveres. Se impone el racionamiento o el reparto. ¿Cómo han de hacerse? Dada la necesidad de

cooperación pacífica para la supervivencia, las causas de fricción han de ser drásticamente eliminadas, por lo que será muy difícil sustraerse a una distribución rígidamente igualitaria, que satisfaga a todos. En este caso límite, no existe duda alguna de que el reparto tendrá que hacerse mediante una elemental división aritmética. El dividendo son los víveres,-el divisor, los expedicionarios y el cociente la ración de cada uno.

Los hombres estamos, igualmente, perdidos en esta pequeña isla de nuestra Tierra en la soledad aún inexplorada de un espacio prácticamente infinito. Pese a todos los esfuerzos desplegados, reina la escasez y padecemos verdadera penuria. No estamos, pues, muy lejos de la situación de los expedicionarios de nuestro cuento y también tenemos que racionar nuestros bienes y nuestros víveres.

Sin embargo, pese a esta substancial analogía, no podremos dejar de ver dos motivos de diferenciación importantes que alteran nuestros planteamientos iniciales. El primer motivo de diferencia es que, por la absoluta 'necesidad de tener siempre algún criterio de reparto, éste ha sido instaurado ya. El segundo motivo de diferencia estriba en que en nuestro caso ni la población ni los recursos disponibles son constantes, sino variables. La población crece,- los recursos se incrementan también a cada momento. No existe, así, la posibilidad de salir del paso como antes con una sencilla división aritmética. Pero tampoco, aun pese a esto, faltan a la matemática los instrumentos conceptuales capaces de permitir la justa solución del problema. Precisamente el cálculo diferencial moderno se ocupa en estudiar las relaciones entre magnitudes variables. Y una de estas relaciones es el cociente entre dos cantidades que cambian. De modo que para nosotros el gran problema del Derecho sigue siendo fácil. Se trata de determinar C_i (cuota individual), siendo B la masa total de bienes y el total de población P . Entonces,

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

Carece de importancia hoy que B y P designen variables, pues ambas son perfectamente determinables y su relación relativamente fácil de calcular.

En efecto,- supongamos que queremos calcular la población en un momento t' , a partir de otro momento t en que la hemos censado. Su índice de aumento será

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

, siendo k la constante de incremento.

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 cabe deducir finalmente.

$P = P_0 e^{kt}$, que se calcula sin esfuerzo, conocido k .

Por procedimientos semejantes cabe calcular la evolución de la renta nacional.

Sustituamos ahora en aquella fracción primitiva B y P por sus iguales, las nuevas magnitudes según las hemos evaluado. Dado que son *variables* y dado que son un cociente, el problema original de la división aritmética se transforma para nosotros en el problema de hallar la derivada de un cociente, cosa que no tiene por qué preocuparnos. Recurriendo a las fórmulas, tendremos:

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

Y sustituyendo **R** y **P** por sus valores calculables resulta el cociente siguiente:

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

que es el que hay que derivar.

Derivando, obtenemos:

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

, expresión a la que yo denomino *renta diferencial*.

A mi juicio, dicha fórmula expresa la más importante ecuación de la Ciencia Legislativa y podrá ser el ¡"Sésamo, ábrete"! maravilloso para abrir las puertas de un nuevo mundo en paz. No es menester insistir ante Vds. en el hecho de que la fórmula que les presento es la primera entre otras muchas, ya enunciadas por mí, tendentes a realizar el cometido del reparto justo. No he de hablar de ellas, porque me queda algo importante por aclarar. He dicho antes que nuestra posición en el mundo era parecida a la de aquellos expedicionarios perdidos en el polo, si bien difería de ella en dos puntos de gran importancia. El segundo punto citado por mí como constitutivo de diferencia, ha sido explicado hace un instante. Pero la primera diferencia aludida permanece sin aclarar. Y es inexcusable que le dediquemos unas palabras.

Nosotros nos encontramos actualmente ante un mundo *ya reducido*, con un Derecho organizado y funcionando. ¿Qué actitud debemos adoptar ante él a la hora de implantar nuestras nuevas formulaciones? ¿Deberemos ser radicales y revolucionarios o ser conservadores y proceder por evolución, según un método de aproximaciones sucesivas?

Para un jurista, la respuesta no puede ser dudosa. El Derecho exige como tal la congruencia con los antecedentes, el respeto por el *statu quo*, la lógica de una tradición ininterrumpida. Hemos de renovar el mundo como la Naturaleza nos renueva a nosotros, manteniendo una proporción entre lo que se innova y lo que se conserva, entre lo que *es* y lo que *debe ser*. Pero hacia este *deber ser* es preciso que nos aproximemos constantemente, asintóticamente, sin claudicaciones. No olvidemos que hay una clave mágica que da la solución a los problemas de *poder, deber y ser*. Esta clave mágica es el *conocimiento*, con tal de ir seguido de *voluntad y acción*. Para poder lograr que el deber sea, será siempre imprescindible *conocer* y *querer hacer*. De modo que una vez más volvemos al verso de Rükert:

OTRAS PUBLICACIONES DEL AUTOR

Libros

- 1.— Ensayo de Valoración Filosófica del Derecho, según una Metodología esencialista. Madrid, 1945. 2—Proceso y Forma. Santiago, 1947.
- 3.— Teoría del Fraude en el Proceso Civil. Santiago, 1948.
- 4.— La Exploración de la Capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico-procesal. Santiago, 1951.
- 5.— Sobre un Programa de Política universitaria. Santiago, 1952.
- 6.— Estudios sobre los Fundamentos de una nueva Ciencia jurídica. Santiago, 1954.
- 7.— Grandes problemas del Derecho Procesal. Santiago, 1956.
- 8.— Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación. Santiago, 1959.
- 9.— La lucha por la Objetivación del Derecho. Vigo, 1964.
- 10.— Un libro sin nombre. Vigo, 1964.

Artículos fundamentales

- 11.— La distinción de condominio y sociedad, en Revista G. Leg. J.
- 12.— La costumbre ante los principios fundamentales de la Política del Derecho, en R. G. D.
- 13.— La reconvención implícita desde el principio de adquisición procesal, en R. D. Proa
- 14.— Contenido esencial de la Ciencia Jurídica, en Arbor.
- 15.— Teoría de la expropiación procesal, en R. D. Priv.
- 16.— Una reaparición del proceso provocatorio, en R. D. Leg. J.
- 17.— La teoría del objeto del proceso, en A. D. C.
- 18.— Contribución al estudio de la narcoexploración judicial, en Foro Gallego.
- 19.— Pretensión, acción y tutela formal provisoria, en Id.
- 20.— Sobre la distinción entre providencias y autos, en Id.
- 21.— El concepto de Derecho Procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico.
- 22.— Una pequeña llama... en Bol. Univ. Santiago.
- 23.— Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico, en A. D. C.
- 24.— Pleito sobre astrolitos, en Bol. Univ. Santiago.
- 25.— La teoría del objeto del Proceso en nuestro sistema legal, en A. D. C.
- 26.— Repercusión jurídica de la crisis de la clase media, en Bol. Univ. Santiago. Etc....

