

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

Directores:

JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES

GABRIEL GUILLÉN KALLE

FILOSOFÍA DEL DERECHO

GUSTAV RADBRUCH

Profesor de la Universidad de Heidelberg



Esta obra ha sido publicada con una subvención de la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas del Ministerio de Cultura para su préstamo público en Bibliotecas Públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.



Editorial Reus, S. A., para la presente edición
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

Traducida por José Medina Echavarría

Es propiedad.

Copyright by Editorial Revista de Derecho Privado

ISBN: 978-84-290-1485-3
Depósito Legal: Z. 4167-07
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 - 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

INTRODUCCIÓN

1

Para la mayoría de los juristas españoles que cursaron sus estudios universitarios en las décadas de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo (es decir, en esa muy amplia posguerra que se extendió hasta principios de los años setenta), la obra de Gustav Radbruch era conocida principal, y casi exclusivamente, por una sola circunstancia: se presentaba como el filósofo del Derecho que había expresado de manera más contundente el abandono del positivismo y la apertura del pensamiento jurídico hacia valores e, incluso, hacia una cierta forma de iusnaturalismo. Este supuesto tránsito desde una concepción positivista a la que, precisamente, se hacía responsable, en su momento, de la existencia misma del Derecho nacionalsocialista y de sus crímenes, hasta una concepción axiológica cercana al Derecho natural, no respondía propiamente a la realidad de la obra de Radbruch. Sin embargo, en la España de las indicadas décadas cumplía una función de destacada importancia: resultaba un ejemplo, muy autorizado además, de la necesidad de abjurar del condenable positivismo a favor de la corriente que se podía considerar oficial dentro de nuestros estudios de Derecho.

Aunque es probable que dicha concepción pudiera fundarse en algunas indicaciones de otros juristas alemanes (especialmente Hans Welzel), se trataba de una circunstancia que no respondía a la realidad. En primer lugar, Radbruch no había defendido un positivismo formalista de corte kelseniano, no obstante la existencia de una cierta familiaridad de fondo debida a los orí-

genes neokantianos (pero diferentes) de ambos, que era el positivismo que ejemplificaba los excesos del III Reich y era el decididamente rechazable en aquel momento. La atribución a Radbruch de dicha posición era, además incorrecta por otras razones: así, venía acompañada de la suposición de que tal positivismo era el dominante en el pensamiento iusfilosófico alemán de la época, lo que explicaba en cierto modo que las atrocidades del nazismo fueran más bien tolerables desde el punto de vista del Derecho.

En segundo lugar, tampoco es correcto que el Radbruch de la inmediata posguerra se consagrara, en los escasos años que le quedaban de vida, a la defensa de aquellos valores que el positivismo había despreciado y destruido. La verdad es que esta segunda parte de su obra no tenía necesidad de rescatar la importancia de los valores jurídicos, ni siquiera políticos, como la democracia, ya que sus primeros escritos se inscribían, precisamente, en la filosofía de los valores como Filosofía del Derecho.

¿Cómo ha sido posible, pues, esta confusión? Solamente una precipitada lectura de los textos de Radbruch (cuando se haya producido, por cierto), especialmente de la obra que ahora se presenta, así como de otros escritos menores, algunos artículos muy concretos, casi póstumos, puede explicar esta situación. Esta lectura precipitada y, sobre todo, interesada, transmitió la falsa impresión del positivista arrepentido que, insistamos, resultaba atractiva para ciertas corrientes predominantes en los estudios jurídicos españoles.

Ahora bien, que no se haya producido este cambio de óptica precisa en Radbruch no significa que estemos ante un autor de línea constante e inamovible.

Al contrario, Radbruch fue un jurista original y riguroso que hizo siempre explícita su posición jurídica, y en este sentido, no podía dejar de marcar distancias, tanto respecto de los supuestos principales de su propia escuela como respecto del Derecho nacionalsocialista. Tal vez haya sido esta sinceridad intelectual la que haya creado la impresión del jurista que sufre una radical conversión de posiciones. Por tanto, más que de arrepentimiento hay que hablar en Radbruch de cambios y transformaciones, de tránsitos y desplazamiento de posiciones en el conjunto de su obra, incluyendo en ellos la crítica del Derecho del Tercer Reich, desarrollada en fecha muy anterior, por lo demás, a su derrumbamiento. Este modo de abordar la cuestión, es decir, el de los desplazamientos y transformaciones, resulta mucho más prometedor para conocer el sentido de su obra. Ante todo ha de notarse que hablamos de cambios en plural, pues son varias, sobre todo dos, las transiciones localizables en sus textos. Y, desde luego, se trata de problemas algo más complejos de lo que a los estudiantes de mi generación se nos transmitió. En todo caso, merece la pena un examen cuidadoso de estos extremos. Veamos.

2

La primera transformación, o cambio importante operado en Radbruch tiene que ver con su formación, con el modo en que se instala en el panorama jurídico de la Alemania de finales del siglo XIX y principios del XX. Y, en cierto modo, su obra *Rechtsphilosophie*, que se presenta, constituye la más acabada expresión de este cambio. A este propósito hay que comenzar apuntando unos brevísimos datos biográficos. Nacido

en 1.878, en el seno de una acomodada familia burguesa, realizó sus primeros estudios en el *Gymnasium* de Lübeck, en el que destacó en lenguas clásicas, convirtiéndose en un temprano experto en textos griegos y latinos. En esta misma época hay que situar también las inquietudes sociales de Radbruch, su preocupación por lo que entonces se llamaba «el problema social».

Comenzó sus estudios superiores en Munich, donde cursó Derecho y Economía, para centrarse en seguida en la carrera jurídica, que pasa a desarrollar en Leipzig. Además de la influencia general que todavía ejercía Ihering sobre los jóvenes juristas alemanes, hay que añadir las influencias de Binding, cuyas lecciones seguía en la indicada universidad, y, más señaladamente, la de von Liszt, ya en Berlín, donde se doctoró y obtuvo un lectorado honorario. En todo caso, el panorama intelectual alemán de principios del siglo XX era lo suficientemente complejo y atractivo como para deslumbrar al joven Radbruch, razón por la cual, junto a su formación jurídica, predominantemente penalista como puede advertirse, hay que contabilizar otras inclinaciones, cuidadosamente señaladas por su biógrafo Eric Wolf: el psicologismo empírico de Bücher, la etnología psicológica de Lamprecht, la sociología de Max Weber, etc. En este mismo sentido ha de apuntarse la consolidación de sus incipientes preocupaciones sociales, que viene acompañada por la valoración muy positiva que otorga a diversos capítulos de *El Capital*, así como la admiración que siente por obras del estilo de *Los Tejedores* de Hauptmann, o *El canto del trabajador* de Delimel.

Puede decirse que su introducción en el panorama de los juristas germanos se llevó a cabo de la mano de

Kantorovicz. Sin haber llegado a pertenecer propiamente a la Escuela del Derecho Libre, Radbruch se dejó seducir por una ciencia jurídica sociológica y funcional, que le condujo al rechazo de la por entonces clásica jurisprudencia de conceptos y del formalismo positivista. En relación con estas últimas posiciones, criticará especialmente la idea del Derecho como cuerpo de normas aplicable a todo supuesto posible, independientemente de sus contenidos sociales.

En 1.914 es nombrado profesor de Derecho penal en Königsberg. Participa en la Gran Guerra en calidad de voluntario en el cuerpo de sanidad, una actividad con la que pretendía combinar de la manera más coherente posible su pacifismo, por un lado, y su consideración del ser vicio militar como una obligación moral, por otro lado. Una vez finalizada la contienda reanudó sus funciones docentes, esta vez en Kiel, iniciando ya decididamente algunas actividades políticas (concejal, interventor de prisiones,...), en el marco de las cuales hay que mencionar la fundación de un instituto de educación para adultos. Durante la revuelta del ejército de 1.920, el llamado «Putsch de Kapp», es amenazado y arrestado. Finalizado el intento de golpe y puesto en libertad, es elegido miembro del Reichstag alemán, desempeñando a lo largo de dos períodos la cartera de Justicia, ministerio desde el que se propuso acometer la reforma del Derecho penal.

Tras renunciar a todos sus cargos públicos, en 1.925 se retira a su cátedra de Derecho penal y Filosofía del Derecho de Kiel, pasando, nuevamente, a Heidelberg en 1.926. La importancia de esta última universidad en su vida intelectual y en el desarrollo de sus principales posiciones epistemológicas es de primer

orden. Pues en efecto, había sido en ella en la que, en el temprano cargo de Lector que ocupara tras su doctorado, entró en contacto, de la mano de Emil Lask, con la corriente del llamado neokantismo sudoccidental, representado por Windelband y Rickert, abandonando, en consecuencia, sus iniciales planteamientos psicologistas y etnológicos.

Este es el marco en el que hay que situar, precisamente, la primera de las transformaciones sufridas por Radbruch. Naturalmente, dar cuenta de la misma exige una previa información general de las propuestas del neokantismo en las que se inscribe, con el objeto de poder apreciar mejor el alcance y novedad de su posición personal. El problema desencadenante es de carácter gnoseológico; se había planteado por la presencia de dos partes susceptibles de clara diferenciación, una teórica y otra práctica, en la obra de Kant, y había sido solucionado de maneras diversas, principalmente de dos. Inicialmente, la Escuela de Marburgo había sostenido la existencia de dos objetos de conocimiento diferentes y de un único método aplicable a ambas. Esta solución, que tenía como consecuencia la implantación de un método rigurosamente formalista, ya que solamente vaciándolas de contenido se podían dar a conocer realidades distintas, no podía satisfacer a otros estudiosos de la obra de Kant, los cuales, además de denunciar la incorrección de una metodología capaz de transformar su propio objeto, advertían las consecuencias socio-políticas que implicaba, esto es, una conceptualización del conocimiento que abría la puerta a la conservación de las condiciones existentes, e incluso la atribución de un cierto carácter transeúnte a las decisiones políticas.

La Escuela sudoccidental, por el contrario, propone como solución del mismo problema la existencia de un solo objeto y de dos diferentes métodos para su tratamiento, es decir, para su conocimiento. Esta posición daba pie a una reacción antipositivista, tanto respecto del positivismo empírico, en cuanto que las ciencias naturales, basadas en la observación y la experimentación, no pueden abarcar toda la realidad experimentable, como respecto del positivismo formalista, que termina diluyendo en un conocimiento mutilado toda realidad. Windelband y Rickert pusieron así las bases cognoscitivas de un nuevo método, de una nueva ciencia histórica y cultural, diferente del método de las ciencias causales. El presupuesto de toda esta operación era el de que las ciencias empíricas no eran capaces de conocer toda la realidad en sí, dado que la naturaleza misma es un resultado de las propias estructuras de nuestro pensamiento. Por contra, centrando todo conocimiento en el proceso de conocimiento se llegaba a la conclusión de que toda la realidad no se podía reproducir de la misma manera. Pues en el mundo como naturaleza hay un aspecto uniforme que se repite de modo general y otro aspecto que es el de los acontecimientos individuales, que no puede captarse del mismo modo. Independientemente de que la prioridad concedida a la uniformidad sobre la representación sugiera en todo este planteamiento la presencia, en el fondo, de Schopenhauer, el caso es que el investigador se encontraba, inevitablemente, ante dos caminos, dos metodologías.

Mientras que el científico natural causal busca la relevancia de la repetición y de la comunidad de rasgos, el científico de la historia y de la cultura se cen-

tra en la selección de las particularidades constatables. Pero debe observarse que en ninguno de los dos casos el objeto se encuentra como algo «puesto» y acabado; en ambos, el investigador ha de atender a la selección de relevancias. Pues al histórico no le interesan en realidad todos los aspectos singulares en la misma medida; ocurre más bien que la determinación individualista requiere a su vez un especial nivel de conceptualización y abstracción: como muy bien había enseñado Kant, lo individual no puede ser expresado y comunicado, al ser, en cuanto tal, irrelevante. Lo específico aquí, pues, consiste en que dicho aparato lógico-conceptual converge en un objeto único y particular, orientándose a la representación de aquello que le distingue de todos los demás.

Aceptada esta cualidad del concepto, en cuanto capaz de formarse tanto individual como generalizadamente, el problema que surge en relación con los objetos particulares, y por tanto en relación con las ciencias históricas y de la cultura, reside en la determinación de los sucesos o acontecimientos que han de aislarse y considerarse esenciales. Según Rickert, para que dicha elección fuera posible se precisaba una conexión entre el hecho en cuestión y un valor relevante desde el punto de vista del investigador. Dicho de otra forma: la metodología individualista requiere un criterio valorativo, pues el acontecimiento singular merece atención por su referencia a un valor relevante, en sentido tanto positivo como negativo, al menos, desde la comunidad cultural a la que pertenece el investigador. Por consiguiente, el valor debe venir revestido de un interés general constatable, lo que, por cierto, permite distinguir entre valores fácticamente vigentes, vincula-

dos a la comunidad intelectual, y que se presentan como valores de validez absoluta, y valores de validez normativa, que son aquellos cuyo reconocimiento se exige. Por lo demás, y coherentemente con el conjunto de todo este planteamiento, el objeto referido a valores no es percible, sino comprensible en su sentido; de ahí que tales acontecimientos se presenten como estructuras de sentido y que, sólo en esa medida, sean descriptibles.

Esta incorporación de la noción de valor a la metodología científica, aunque de modo limitado a las ciencias de la cultura, hizo posible su aplicación en el campo del Derecho; si bien el propio Rickert había advertido que la ciencia jurídica debía servirse también de la generalización. El primero en esbozar el Derecho como una rama de las ciencias culturales, presentando los conceptos jurídicos (así, el derecho subjetivo y otros) como conexiones de sentido, fue Lask, que, como se ha indicado, introdujo a Radbruch en esta problemática. Para él, todo elemento generalista, naturalista o causal, se pierde en el Derecho, que queda teleológicamente determinado, de modo que sus propios materiales, ley, costumbre, jurisprudencia, exigen del jurista un trabajo creador y no reproductor.

3

Pues bien, la primera transformación que estamos tratando de situar en Radbruch, consistió en trascender el planteamiento original de Lask, del que, por otra parte, se consideraba continuador. Mientras que originalmente el problema que había absorbido todos los esfuerzos era, como se ha dicho, el de la estructura formal de una ciencia referida a valores, Radbruch suscitará el problema del contenido de estos mismos valo-

res y de las estructuras de sentido que componen, con lo que abría la puerta a un pensamiento valorativo material. Efectivamente, supuesto que el Derecho es una realidad cultural peculiar por su conexión con valores, el interrogante que se impone sobre todos los demás posibles es el de cuáles son esos valores. Pero según la concepción de Radbruch, estos contenidos valorativos son incognoscibles. Un examen más detenido de esta cuestión mostrará que en realidad no hay contradicción en su posición. La imposibilidad de conocimiento de los valores se relaciona aquí con la propia concepción de Kant, para el que el valor es un *a priori* del conocimiento que no puede determinarse desde el conocimiento mismo.

Este es, pues, el punto fundamental de esta primera elaboración de Radbruch: el contenido es incognoscible porque, en el fondo, no puede ser sino una profesión de fe, una toma de posición personal. Sin embargo, semejante toma de posición no es arbitraria, ya que está condicionada por una toma de posición más general, esto es, una toma de posición frente al mundo. De esta maneja, a una determinada concepción del mundo le corresponde una concepción del Derecho y del Estado a propósito. Y, dado que no es posible el conocimiento de los valores ni, en el mismo sentido, de las tomas de posición, tampoco es posible establecer la corrección o no de las diversas concepciones, al menos desde el punto de vista de su verdad, con lo que, por principio, todas ellas son válidas. En estas condiciones, siempre según Radbruch, la Filosofía del Derecho ha de limitarse a una tónica de estas tomas de posición. Por otra parte, este planteamiento es una consecuencia casi obligada del postulado de que la reali-

dad es un espacio libre de sentido y de valor, aspectos ambos que ha de añadir la conciencia. De ahí que la cultura se entienda como una «realización» de valores, ya que la realidad queda ordenada en atención a los valores que la significan. Ahora bien, de esta manera, también, la introducción del relativismo en el conocimiento, concretamente en la filosofía jurídica, resulta inevitable, y el objetivo del pensamiento iusfilosófico se ve constreñido a esta especie de «metaconcepción» del mundo y del Derecho.

Básicamente, Radbruch identifica tres grandes concepciones culturales y, correspondientemente, tres grandes sistemas de valores desde los que comprender el Derecho y el Estado. En primer lugar, el individualista, en el que el Estado y el Derecho se concretan en relaciones entre particulares; en segundo lugar, el sistema de la comunidad, que es supraindividual y conservador; y por último, el sistema de los valores objetivos de la cultura, en el que el Derecho y el Estado son producto del trabajo común y sus obras, lo que propicia una política corporativa. Naturalmente, al igual que no es posible establecer la corrección o no, la validez o invalidez, de las tomas de posición y de los valores, tampoco es posible establecer la corrección de cada sistema jurídico. Ni siquiera graduarlos o jerarquizarlos. Pues no se puede «valorar el valor». Por consiguiente, el relativismo, además de ser introducido en el pensamiento jurídico, se convierte en el rasgo más destacable de este, y, por supuesto, en la aportación más significativa de Radbruch. Pero adviértase que se trata de un relativismo extraordinariamente radical, de un relativismo que relativiza valores que son relativos por definición. Descartada toda posible solución dia-

léctica, impensable en Radbruch, los tres sistemas gozan de una misma razón interna, por lo que solamente cabe la elección entre ellos.

Consecuentemente, el primer cambio apreciable en la obra de Radbruch, es decir, el paso de la problemática formal de los valores a una problemática material, termina por fundamentar un escepticismo relativista en Filosofía del Derecho. Consciente de esta situación, los esfuerzos teóricos de Radbruch se dirigirán a controlar y compensar el resultado positivista, sorprendente en cierto modo, de su propia posición. Quiere decirse, que era preciso un mecanismo capaz de conjurar la contingencia de un Derecho indeseable pero válido como consecuencia de una toma de posición general. Para lograrlo, sus esfuerzos se movieron en dos direcciones. Una, que podría considerarse filosófica, parte de la consideración de que el valor del Derecho, que convierte a éste, precisamente, en una realidad cultural peculiar, no es relativo en el mismo sentido en que pueda serlo, por ejemplo, la utilidad. Por el contrario, dice, se trata de un valor absoluto, aunque su validez universal, sin embargo, no pueda conocerse, por la indicada imposibilidad lógica de valorar el valor. De esta manera, justifica el relativismo, no en atención a factores materiales, puesto que el Derecho representa un valor absoluto, sino en atención al conocimiento, pues es en este en el que se instala lo relativo (de manera inevitable), y no propiamente en el objeto. En el fondo de este planteamiento late la distinción de conocimiento y creencia, en el sentido de que mientras que la última es la que elige y decide, el conocimiento ha de conferir validez por igual a todo punto de vista posible. De esta manera, Radbruch recoge y expresa aquí la crisis del ra-

cionalismo moderno, punto final de un conocimiento que convierte en condición científica la rigurosa univocidad, abandonando todo pensamiento analógico. En términos neokantianos, más pertinentes aquí, Radbruch se mueve en un ambiente en el que se ha perdido la confianza en la unidad de sujeto y objeto. Así, llegado a este punto en el que el valor del Derecho es absoluto pero incognoscible, ¿cómo puede procederse a una defensa filosófica? Es precisa la afirmación de la existencia de valores últimos no deducibles, que serían las ideas. Por consiguiente, la idea del Derecho, que es la justicia, es precisamente lo que realiza el Derecho como fenómeno socio-cultural, de modo que el Derecho es una «realidad» cuyo «sentido» es servir a la justicia. Por esta razón, aunque haya Derechos positivos no justos, están igualmente bajo la «idea de justicia», ya que de otro modo carecerían de «sentido». Pero es necesario insistir en que, desde este punto de vista, la idea del Derecho no es un criterio de enjuiciamiento, sino un principio fundamental del sentido jurídico de todo Derecho positivo.

Para suavizar las conclusiones relativistas de su posición, Radbruch trabaja también en otra línea que podría denominarse técnica. Se trata aquí de subrayar que la mencionada idea del Derecho permite el desarrollo mismo del Derecho positivo y facilita su interpretación. Dicho con otras palabras, dota de una objetividad al Derecho que hace posible la construcción jurídica y la sistematización en un todo de las partes artificialmente separadas. Este recurso a una noción teleológica, destinada a establecer los fines de cada elemento jurídico, así como a la noción de construcción a la que conduce, son de la máxima importancia, pues

implica la reintroducción de las formas y de los principios de la construcción jurídico-formal en su planteamiento. Y aunque sea plausible el mantenimiento de la superioridad del factor teleológico sobre la formalidad, constituye la plataforma desde la que se puede reintroducir la noción de seguridad como valor esencial situado por encima de las diferentes concepciones del mundo, de los valores y del Derecho. No debe llamar la atención una operación de este tipo, en la que la materialidad, inicialmente afirmada, requiere de la abstracción formal, necesaria para conferir objetividad a las propias relaciones materiales, existentes pero incognoscibles. En definitiva, seguimos en la órbita de Kant.

Radbruch lleva a cabo así una especie de «cambio dentro del cambio» en relación con su escuela matriz, aunque sin trascenderla. Con todo, la transformación que comentamos tiene consecuencias un tanto insospechas. Pues, si por un lado el relativismo es la «base espiritual de la democracia», en la que sólo cabe un Estado neutral, es decir, formal, ordenado, por otro lado, la prioridad otorgada a la seguridad jurídica le obligará a sostener que quien logra imponer dicha seguridad jurídica es quien logra imponer el Derecho. La conjunción, pues, de Estado formal y seguridad ofrece un panorama muy preciso, aunque en otro punto de vista, del «sentido» del Derecho como fenómeno cultural.

A parte de que esta conclusión nos permita tomar mejor conciencia de la complejidad presente en el primero de los tránsitos llevados a cabo por Radbruch, al pasar de la forma a la materia (para volver de nuevo a la forma), nos facilitará también el análisis del segundo

de los tránsitos operados en su obra, según se indicó al principio.

4

En 1.933, excluido de toda actividad pública por el régimen nacionalsocialista, Radbruch inicia un camino de vejaciones que comprendieron desde los registros periódicos hasta la confiscación sistemática de bienes. Solamente con el final de la contienda es rehabilitado en sus cargos, aunque, con una salud muy debilitada, moriría pocos años después, en 1.949. Es difícil presentar a un hombre que ha padecido semejantes humillaciones como un «arrepentido» respecto del Derecho y del Estado que fue teorizado y practicado a lo largo del Tercer Reich. La tesis de una adhesión al Derecho del régimen, o incluso de un simple reconocimiento del mismo, es más que dudosa, toda vez que, como se advirtió al principio, nunca llegó a defender un positivismo legalista que pudiera sugerir un postura semejante. Por consiguiente, si puede hablarse de un cambio en sus concepciones, como efectivamente se ha hecho, éste ha de tener un sentido diferente del que consiste en condenar el ordenamiento jurídico que inicialmente él mismo habría defendido. En concreto, y en este caso, la reconsideración de algunos postulados que lleva a cabo tiene que ver con el lugar que el relativismo y la seguridad jurídica ocupan en su sistema; y, por cierto, con un alcance es más bien limitado. En todo caso, encontramos aquí que, nuevamente, Radbruch está dialogando en el marco de su propia obra.

En realidad, la transición que se considera ahora tiene su origen en un momento muy anterior al del final de la contienda. Se sitúa más bien en su conferencia

de 1.934 en Lyon, sobre el relativismo en Filosofía del Derecho. En ella sostuvo la importancia de las diferentes ideologías jurídicas y su concurrencia, afirmando que el legislador tenía como función la de potenciar dichas ideas neutralizando las fuerzas irracionales, tanto del capital como de la masa. En este contexto, justamente, se inscribe la confrontación con lo que entiende como la gran traición de Hitler y su falta de sentido de la verdad. Late ya en este escrito el cuestionamiento radical del totalitarismo que se irá consolidando en escritos posteriores, como su *Arten der interpretation*, del año siguiente, y que alcanza una expresión acabada en su artículo *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes* (también traducido a nuestra lengua como *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, de 1.946). Se trata de un de los escritos más significativos de la inmediata posguerra (quizás junto con *La renovación del Derecho*, del mismo año), el que ha sugerido más decididamente la idea del «arrepentimiento». En él recoge Radbruch los tres requisitos de la justicia que había desarrollado en el conjunto de su obra anterior: legalidad, aspiración a la justicia y seguridad jurídica. En su opinión, el problema principal es el de la posibilidad de falsear estas exigencias, haciendo que la administración de justicia actúe como instrumento de la ilegalidad, de un «crimen», en sus propias palabras. Este fue el caso de las falsas denuncias de traición interpuestas por algunos ciudadanos durante el Tercer Reich, en las que, aun cuando los tribunales actuaron formalmente conforme a Derecho, las sentencias a que dieron lugar eran nulas. Pues en realidad, apunta, el equipaje jurídico no es sino un instrumento que «el jurista responsable» utiliza para alcan-

zar una conclusión jurídicamente «aceptable», ya que de otra manera, los juristas actúan contra el Derecho y la razón.

Hay aquí una indudable presencia de factores extralegales que sugieren la ida de la superioridad del Derecho sobre la ley en sentido estricto. La apelación, que acaba de recogerse, a los juristas consecuentes o a la «sana razón» así como la denuncia de leyes (como la de Plenos Poderes) que carecen de validez, o la falsa legitimidad de leyes injustas y «delictivas» desemboca directamente en la invocación de los derechos humanos, «que están por encima de las leyes escritas», así como de un Derecho «inextirpable y eterno» que priva de validez a los mandatos ilegítimos de los tiranos. Aunque de este modo parece confirmarse la tesis de un último Radbruch iusnaturalista (que se reafirma si consideramos su artículo *La «naturaleza de la cosa» como forma del pensamiento jurídico*, de 1.948, que, sin embargo es revisión y ampliación de otro anterior publicado en Italia en 1.941), el cambio operado es más sutil. En efecto, si bien las vejaciones a que fue sometido tuvieron como efecto una profundización de su fe luterana, esta afirmación relativa a la existencia de un Derecho situado por encima de las leyes se desarrolla a partir de su particular concepción del Derecho positivo, precisamente. En este sentido, como hemos visto, la validez de una ley descansa en el hecho de que tenga fuerza suficiente para imponerse. Pues bien, en contra de esta concepción defendida años atrás, sostiene ahora que la fuerza sólo puede fundar la necesidad, y no el deber ni la validez. La validez, considera, únicamente puede fundarse en «un valor inherente a la ley». Es cierto que toda ley conlleva un valor, puesto que es

mejor que la arbitrariedad en que consiste la ausencia de la misma. Pero, insiste, junto a la seguridad existen otros dos valores, la justicia y la utilidad, jerarquizados de modo que el escalón más bajo es ocupado por la utilidad, ya que no todo lo que es útil al pueblo puede considerarse Derecho, siendo al contrario, que lo que le es útil es el Derecho; y la justicia, a su vez, se coloca en el rango más alto, ocupando, pues, la seguridad una posición intermedia.

Ahora bien, que el Derecho sea seguro es una exigencia de la justicia misma. La circunstancia de que no siempre se satisfaga esta exigencia es indicativa de la existencia de conflictos entre seguridad y justicia, conflictos que pueden ser de dos clases: o bien el consistente en leyes positivas de contenido injusto, o bien el de un Derecho justo que no alcanza la consistencia de la ley. En la medida en que Radbruch ha procedido ya anteriormente a separar la fuerza de la seguridad, elevando esta última a la cualidad de valor, estos conflictos no son, en realidad, sino conflictos de la justicia consigo misma, concretamente, enfrentamientos entre deber y virtud. Por eso puede mantener (en 1.946, obsérvese) que en principio la solución pasa por conferir prioridad a la ley positiva, esto es, al deber sobre la virtud, ya que goza de firmeza transmitida por la promulgación y la coacción, aunque, añade, sea injusta y perjudicial. Sólo en el caso de que «la contradicción de la ley positiva alcance un grado insostenible», dice, debería ceder la ley como «Derecho defectuoso, frente a la justicia».

La prudencia, tanto del planteamiento como de la solución, confirma que no estamos simplemente ante un positivista arrepentido (si todavía era precisa esta

confirmación). En efecto, el propio Radbruch añade, en esta misma línea, que la distinción entre leyes injustas que conservan su validez y leyes que no son Derecho «no puede trazarse con precisión». A lo más que puede llegarse es a negar la cualidad de Derecho cuando se deja de lado conscientemente la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, lo que quedaba claro en los proyectos jurídicos nacionalsocialistas, que privaron al Derecho de la exigencia de tratar igual a los iguales. Pero, bien mirado, esto significa que a lo más que puede llegarse es a denunciar como no Derecho la total arbitrariedad, el desprecio por la verdad y del Derecho (algo de lo que el Führer contagió a todo el ámbito jurídico alemán).

Este planteamiento de Radbruch suscita al menos dos órdenes de consideraciones. La primera es la idea, recogida en el citado texto *Leyes que no son Derecho...* etc., según la cual los casos de no Derecho lo son en la medida en que falta su propia «naturaleza jurídica». La defensa de algo semejante a una «naturaleza del Derecho» puede justificar el supuesto iusnaturalismo de Radbruch, ya mencionado al comienzo de estas líneas. A pesar de las dudas que pueda suscitar este punto, ante una posición como la indicada podría admitirse la presencia, sea de un Derecho natural de contenido variable (al estilo de Welzel), sea un mínimo de Derecho natural (en la línea de Hart). La segunda observación se refiere a que las leyes que carecen de la naturaleza de Derecho plantean severos problemas en cuanto al desarrollo técnico de la seguridad, entre ellos, el de su derogación. En este aspecto las dudas acerca del supuesto iusnaturalismo de Radbruch se hacen más profundas, en la medida en que tales leyes, si bien no son

Derecho, exigen sin embargo un tratamiento y una solución jurídica. Su falta de naturaleza jurídica no se traduce, pues, en inexistencia jurídica, siendo precisa su derogación, confiada a los altos tribunales o incluso al legislador.

Por consiguiente, a pesar de las reiteradas manifestaciones acerca de una superación del positivismo, Radbruch termina recurriendo a elementos jurídico-formales, propios de ciertas versiones del positivismo jurídico, con el objeto de evitar la tentación de sustituir, por ejemplo, la independencia judicial (cuyo fundamento es la sumisión a la ley —y al Derecho—), por la defensa de intereses ideológicos. La falta de orientación a la justicia supone, efectivamente, la objetiva violación del Derecho. Sin embargo, como advierte expresamente Radbruch, junto a la búsqueda de la justicia es necesario el mantenimiento de la seguridad jurídica, puesto que la introducción de criterios extrajurídicos, aun de carácter humanitario, puede suponer también la violación de otras leyes o aun del Derecho mismo.

5

No parece necesario insistir más sobre la riqueza de los planteamientos de Radbruch, la parte más importante de los cuales se contiene en el libro que se recoge a continuación. No obstante, es necesario concluir con unas breves indicaciones relativas al texto y a la traducción.

La primera edición de *Rechtphilosophie* es de 1914. En 1932 se publica una tercera edición considerablemente ampliada y cuidada por el propio Gustav Radbruch. Y, finalmente, en 1973 se publica una úl-

tima edición, preparada por sus discípulos Eric Wolf y Peter Schneider, que es la recogida en el tomo III de su *Gesamtausgabe* de 1990. La que ahora se ofrece al lector en editoriales de tan amplia tradición en los estudios jurídicos como son REUS y REVISTA DE DERECHO PRIVADO, es la correspondiente a 1932 en la excelente traducción castellana que un año después, en 1933, realizara Medina Echavarría para la segunda de las mencionadas editoriales. Además de las correcciones y ampliaciones que, como se ha dicho, introdujo personalmente Radbruch, éste escribió un prólogo específico para dicha edición, dedicando la obra, por cierto a Hermann Kantorowicz, como consecuencia de la influencia ejercida por los estudios de la Escuela del Derecho Libre sobre nuestro autor, como ya se ha señalado.

En nuestro idioma, la publicación conoció una segunda edición para la misma editorial en 1944. En ella, sin embargo, aunque se recoge fielmente el texto anterior, no figura el traductor, siendo notorio que se trata del mismo Medina Echavarría. Pueden ensayarse dos explicaciones a propósito de este, en cierto modo sorprendente silencio del traductor. La primera es que, posiblemente, la editorial Revista de Derecho Privado había comprado la traducción a Medina Echavarría, de manera que al ser de su propiedad no consideró necesario hacer constar su nombre. Si esta explicación resulta, efectivamente, poco elegante y científicamente reprochable, la segunda posible razón es aún más censurable: se trata de que es igualmente probable que en 1944 no fuera oportuno ni conveniente citar a un intelectual republicano exiliado en México (donde, por cierto, llegó a ser asesor de la no menos prestigiosa

editorial Fondo de Cultura Económica), como era Medina, al que su amigo Francisco Ayala dedicaría una sentida semblanza en 1.981, cuatro años después de su fallecimiento.

En definitiva, parece que la significación del texto que se presenta debe situarse más allá de toda duda. Es más, la recuperación, tres cuartos de siglo después de su publicación en castellano, de un texto capital para la reflexión jurídica, como es éste, debería ser celebrada como un acontecimiento de innegable relevancia, así como, lo que es más importante, una promesa sobre la reedición de los más significativos estudios del Derecho contemporáneo que se ha iniciado ya.

Joaquín Almoguera Carreres
Madrid, octubre de 2.007

Introducción.....	5
Prólogo	35
1. Realidad y valor	39
Las cuatro actitudes fundamentales: la actitud ciega para el valor, la valorativa, la referida a valores y la superadora del valor. Lugar del Derecho en el sistema de las ciencias.	
2. La Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho	47
Dualismo metódico. Relativismo.	
3. Las direcciones de la Filosofía del Derecho	59
Derecho Natural; Escuela Histórica; HEGEL; Concepción materialista de la Historia; Teoría general del Derecho; JHERING; STAMMLER; Relativismo; Filosofía de la Cultura; otras direcciones.	
4. El concepto del Derecho	81
Derecho: la realidad referida a la idea del Derecho; La Justicia como idea del Derecho; La Equidad; Deducción del concepto del Derecho; Conceptos jurídicos a priori.	
5. Derecho y Moral	91
Exterioridad-interioridad según el objeto; según el sujeto de fines; según el modo de obligar; según la fuente de validez. La moral como fundamento de validez del derecho; y como fin del Derecho.	
6. Derecho y decoro social	107
Carácter contradictorio del decoro social; su función social.	

7. El fin del Derecho	113
Las concepciones individualista, supraindividualista, y transpersonal del derecho. Relación dialéctica entre ellas; la concepción transpersonal en particular.	
8. La teoría filosófico-jurídica de los partidos	125
Significación de las ideologías de partido. Individualismo. Liberalismo y Democracia en particular. Concepto social del derecho y socialismo. Catolicismo político.	
9. Las antinomias de la idea del Derecho	143
Justicia, finalidad, seguridad jurídica. Tensión existente entre ellas.	
10. La validez del Derecho	151
Teoría jurídica de la validez. Teoría sociológica. (Teoría de la fuerza, teoría del reconocimiento o aceptación). Teoría filosófica. Antinomias.	
11. La Filosofía de la Historia del Derecho	165
Forma y materia del Derecho. Formación consciente e inconsciente del Derecho. Teoría de la legitimidad y teoría catastrófica.	
12. La filosofía religiosa del derecho	175
Cristianismo primitivo. TOLSTOI. Catolicismo. LUTERO.	
13. La psicología del hombre de derecho	183
El derecho objetivo como forma de vida. El derecho subjetivo como forma de vida.	
14. Estética del derecho	195
Estética de las formas de expresión del Derecho. El Derecho como objeto del Arte.	
15. La lógica de la Ciencia del Derecho	201
La Ciencia del Derecho y las diversas ciencias jurídicas. Interpretación. Construcción y Sistemá-	

tica. La ciencia del Derecho como ciencia cultural «comprensiva». Transición a la parte especial.	
16. Derecho público y privado	223
Aprioridad de estos conceptos. Sus relaciones recíprocas en las concepciones liberal, conservadora y social. Derecho social.	
17. La Persona	231
La persona como concepto de igualdad. Interpretación teleológica del problema de la persona social. Individualismo: teoría de la ficción; supraindividualismo: persona colectiva real; transpersonalismo: el patrimonio afecto a un fin.	
18. La Propiedad	239
Aprioridad de este concepto. Teorías de la ocupación y de la especificación. Teorías individualistas de la propiedad. (GOETHE, FICHTE). Teorías sociales. (Encíclica «Quadragesimo anno». Constitución de Weimar).	
19. El Contrato	253
Estática y dinámica de la vida jurídica. El contrato social y el contrato de derecho privado. Teorías de la voluntad y de la declaración.	
20. El Matrimonio	261
El problema. La concepción supraindividualista del matrimonio. (Encíclica «Casto Connubii». Constitución de Weimar). La concepción individualista. El derecho soviético.	
21. El Derecho hereditario	275
Libertad de testar, sucesión abintestato, herencia forzosa y aglomeración forzosa de herencia, en sus relaciones con las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonal.	

22. El Derecho penal.....	283
Teorías sobre el fundamento de la pena. (Teorías del consentimiento y de la retribución). Teorías sobre el fin de la pena. Justicia (igualitaria, distributiva). Finalidad. Teorías individualistas (prevención general-prevención especial). Derecho penal fascista. Derecho penal soviético. Seguridad jurídica.	
23. La pena de muerte	295
Justificación supraindividualista. La pena de muerte y el pacto social. La pena de muerte y el estado de necesidad.	
24. La Gracia	303
La Gracia como institución jurídica. La Gracia ante el Derecho.	
25. El Proceso	309
La independencia judicial. La relación jurídica procesal. La cosa juzgada.	
26. El Estado de derecho	315
¿Prioridad del Derecho o del Estado? Teoría de la identidad. Teoría de la autovinculación. Solución del problema. Valor del Estado de derecho formal.	
27. El Derecho eclesiástico	325
Catolicismo. RODOLFO SOHM. LUTERO. La constitución de la Iglesia Evangélica.	
28. El Derecho Internacional.....	335
El problema. Individualismo: el Estado cosmopolita. Supraindividualismo: el dogma de la Soberanía y la negación del Derecho Internacional. Transpersonalismo; Derecho Internacional. La realidad del Derecho Internacional.	

29. La Guerra	349
La Guerra ante la Ética, la Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia y la Filosofía de la Religión.	

A Hermann Kantorowicz.

*Veterrima quaque, ut ea vina, quae vetustatem
ferunt, esse debent suavissima verumque illud est,
quod dicitur, multos modios salis simul edendos esse,
ut amicitiae munus expletum sit.*

Cicero de Amicitia

PRÓLOGO

A todo escritor le llega un momento en que siente la necesidad de terminar y desembarazarse de las viejas tareas, para dedicar el resto de su vida a nuevos trabajos. El que esto escribe, pone fin con este libro a sus trabajos filosófico-jurídicos.

El libro aparece como tercera edición de los «Grundzüge der Rechtsphilosophie» (Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho). La segunda edición apareció en 1922 como simple reimpresión de la primera, fechándose, además, retrospectivamente en 1914, año de la primera edición. Hacía falta entonces una nueva edición, pero una reelaboración era imposible y, no obstante, se apercibía ya la necesidad de ésta, luego de los sucesos transformadores de la guerra y de la revolución. El hecho de fechar retrospectivamente esa edición quería significar que el libro, en esa forma, no expresaba ya el pensamiento del autor en aquella época.

La nueva edición que aquí ofrecemos, supone una reelaboración completa del libro. Más que una nueva edición es casi un nuevo libro. Algunos capítulos de la parte general (11-14), y todos los de la especial son completamente nuevos. En esta parte especial el autor no se propuso agotar los temas desde todas sus perspectivas, sino sólo situarlos ante los puntos de vista desarrollados en la parte general, de modo que sean así una prueba de lo que allí se sostiene. En cambio, la filosofía del Estado, en la medida que permite su separación de la Filosofía del Derecho, ha sido excluida de nuestra exposición. También, muchas de las partes tratadas en el libro anterior han sufrido modificaciones

importantes. Más de una cosa ha sido rectificada; por ejemplo, se ha concedido una mayor independencia a la justicia frente a la finalidad del derecho. Se han abandonado también otras cosas, así las reflexiones sobre el libre albedrío, y no porque parecieran inexactas, sino porque no eran indispensables en la conexión en que aparecían. Muchas tendencias, quizá el tono general del libro, han sufrido variación, porque después de veinte años tenía que aparecer inauténtico lo que sonaba bien en boca más joven. Es posible que a muchos les agrade más el viejo libro. Más, téngase en cuenta que no ha desaparecido del mundo y que el nuevo libro pretende estar al lado de aquél y no en su lugar.

Tanto antes como después, el autor profesa idéntica tendencia ideológica: aquel racionalismo «que quiere permanecer en la noche llamada Ilustración» (LARENZ) y aquel relativismo «que por sí mismo se destruye por anticientífico» (SAUER). El autor no se entrega a la moda irracionalista de la época. El racionalismo aquí mantenido no cree ciertamente que el mundo pueda ser captado en absoluto por la razón. Empero, ve su tarea en el descubrimiento racional de las contradicciones supremas y no en su enturbiamiento irracional. El autor cree que el relativismo todavía tiene mayor importancia en la actualidad que en la época en que el libro apareció por vez primera. Pues el relativismo es el supuesto ideológico de la Democracia: ésta se opone a identificarse con una determinada concepción política y está siempre dispuesta a permitir la dirección del Estado a toda concepción que sepa ganarse la mayoría; y porque no conoce un criterio unívoco con el que juzgar del acierto de las concepciones políticas, no acepta la posibilidad de una situación que esté por en-

cima de los partidos. El relativismo, con su doctrina de que ninguna ideología de partido es demostrable ni refutable, es muy apropiado para contrarrestarnos en las luchas políticas la tendencia a creernos poseedores únicos de la justicia, y a ver sólo en el enemigo o tontearía o maldad: si la ideología de partido es indemostrable, toda permite, por consiguiente, que se la combata desde la perspectiva opuesta; y si ninguna es refutable, toda ideología debe, por tanto, ser respetada por sus enemigos. De esta manera el relativismo nos enseña que hemos de ser decididos en nuestras posiciones, a la par que justos para las ajenas.

Esta Filosofía del Derecho fue en 1914 una modesta contribución a la serie de trabajos que luego de un silencio de decenios, en que sólo STAMMLER mantuvo la bandera de la filosofía jurídica, pusieron de nuevo en marcha la labor de la Filosofía del Derecho. Desde entonces se han publicado numerosos escritos. El autor se declara incapaz de declarar su posición frente a cada uno de estos escritos. Es más; su enumeración completa la considera innecesaria, pues ya existen otros manuales de gran riqueza bibliográfica (STAMMLER, SAUER).

El autor quisiera mostrar al estudioso más el cómo que el qué de la Filosofía del Derecho, y pretende mejor que atarlo a determinados resultados, introducirlo en el pensar filosófico-jurídico.

Para sus cooperadores, y especialmente para el amigo a quien prefiere siempre como lector, el autor invoca el verso horaciano.

Vive, vale. Si quid novisti rectius istis,
Candidus imperti; si non, his utere mecum.

*Continuamente en nuestra reflexión se
rompe el mundo en trozos esquivos.
Mas, continuamente también, desde
nuestra intimidad callada, ensamblamos
de nuevo el bello puente.
Richard Dehmel*

1 Realidad y valor

Las cuatro actitudes fundamentales: la actitud ciega para el valor, la valorativa, la referida a valores y la superadora del valor. Lugar del Derecho en el sistema de las ciencias.

La Filosofía del Derecho es una parte de la Filosofía. Es por ello indispensable ante todo, mostrar los supuestos filosóficos generales de la Filosofía del Derecho (1).

En lo dado, en la materia informe y tosca de nuestras vivencias, realidad y valor aparecen caóticamente mezclados. Tenemos vivencias de hombres y cosas teñidos de valor y desvalor y sin la menor conciencia de que ese valor y desvalor provienen del que los considera y no de las cosas y los hombres mismos. La nobleza de un hombre transparece en su rostro como un nimbo; el aspecto de algunas viejas encinas nos envía un hálito de estremecida santidad y consideramos la

(1) La siguiente exposición tiene como fondo las doctrinas filosóficas de WINDELBAND, RICKERT y LASK. Especialmente la Filosofía del Derecho de este último ha sido para mí de gran influjo. (Rechtsphilosophie, en el tomo I de sus obras completas, p.275ss.)

venenosidad de algunas plantas imputándosela como su tara moral (2).

El primer hecho del espíritu es el de retrotraer el yo de lo dado y enfrentarlos, separando así realidad y valor. El yo aprende tanto a cegar su conciencia valorativa como a ponerla conscientemente. De esta manera, por un lado, nuestra actitud ciega para el valor crea del caos de lo dado el reino de la naturaleza; pues la naturaleza no es otra cosa que lo dado depurado de valoraciones que lo falseaban. Al contrario, frente a la naturaleza surge el reino de los valores, cuando el espíritu, en actitud valorativa consciente, alcanza conciencia de las medidas de esa estimación, las normas y sus conexiones. La actitud ciega para el valor ejercitada conscientemente, es la esencia del pensamiento científico-natural, la actitud estimativa proseguida de modo sistemático caracteriza a la Filosofía de los Valores en sus tres ramas: Lógica, Ética y Estética.

Al lado de las actitudes estimativa y ciega para el valor, surgen otras dos que, de modo diverso, tienen una función mediadora: aquella en que hay una referencia a valores, y aquella otra que es una superación de los valores. La actitud referencial se aclara con algunos conceptos que son su resultado.

El concepto de la ciencia no es idéntico al valor de verdad: la ciencia de una época, no sólo abarca sus conquistas científicas, sino también sus errores. Mas cuando nosotros comprendemos en el concepto de la ciencia todos sus trabajos, tanto los felices como los sin éxito, hacemos esto porque todos ellos, al menos,

(2) Cf. EDUARD SPRANGER, *Lebensformen* (Las formas de vida), 5ª ed., 1925, p. 37.

pretenden y se esfuerzan por ser la verdad: la ciencia es aquel conjunto de datos que, tanto si alcanza la verdad como si no la logra, tiene la significación de servir a la verdad. Asimismo el arte, en el sentido en que es objeto de la historia del arte, no es sólo pura belleza, sino un conjunto de estilo y de mal gusto, alcanzando unidad conceptual sólo a través del esfuerzo común de todas sus obras en pos de la belleza. La moralidad, tal como la describe la Etnología, abraza también los errores de la conciencia, pues éstos, según su sentido, se esforzaron por un bien que de hecho erraron. Todos estos conceptos y otros muchos se incluyen en el concepto de la cultura. Este concepto, por eso, tiene la misma estructura que aquéllos: la cultura, tal como la describe el historiador, no es en manera alguna valor puro, sino una mezcla de humanidad y barbarie, de refinamiento y mal gusto, de verdad y error, pero sin que ninguno de sus fenómenos pueda pensarse sin referencia al valor, ya lo promuevan o lo impidan, bien lo malogren o lo realicen: la cultura no es ciertamente realización de valor, pero sí es el conjunto de datos que tiene la significación, el sentido de realizar valores, o, con palabras de STAMMLER, «esfuerzo hacia lo justo» (3). Se nos muestra de esta manera que la actitud referencial a los valores es la actitud metódica de las ciencias culturales.

Al lado de las actitudes valorativas, ciega a los valores o que a ellos se refiere, aparece la que supera al valor: la actitud religiosa. La Religión es afirmación suprema de todo lo que es, sonriente positivismo que

(3) Manual de Filosofía del Derecho, 29, nota 1." (traducción española en la Editorial Reus).

dice sí y amén a todas las cosas, amor despreocupado del valor o desvalor de lo amado, beatitud más allá de felicidad e infortunio, gracia por encima de culpa e inocencia, paz, más alta que la razón y sus problemas, la alegre desenvoltura metafísica» (SCHELER) del hijo de Dios, para el que «todo debe servir para el Bien». Semejante a estas palabras del Nuevo Testamento sueñan las finales del libro del Génesis: «Y Dios contempló todo lo que había hecho y vio que estaba bien» (4).

La Religión significa superación del desvalor y con ello, al mismo tiempo, superación del valor, que sólo como su contrario puede ser pensado; valor y desvalor llegan a ser indiferentes. «Aquel que todo lo aprecia de igual manera, entra ya en el tiempo, en el estado deseado de la amada Eternidad» (ANGELUS SILESII). Con el contraste valor y desvalor, empero, cesa también el de valor y realidad. Lo adverso al valor o es en cierto último sentido susceptible de valor o carece de esencia. Pues hablamos de la esencia de una cosa cuando el valor puede aprehenderse como el principio de su ser (5).

La Religión como superación del contraste entre valor y desvalor presupone, por eso mismo, este contraste. La Religión significa afirmación de todo lo que es, a pesar de todo. De otra manera en nada se distinguiría su bello abandono de la tosca indiferencia de la actitud ciega ante el valor. El objeto de la afirmación religiosa es, ahora, todo lo que como valor o desvalor ha transitado primero por el reino de los valores: la Re-

(4) Con relación a estas palabras, MAX BROD, *Heidentum, Christentum, Judentum* (Paganismo, cristianismo y judaísmo), tomo I, p. 64 ss.

(5) LASK, *Logik der Philosophie* (Lógica de la Filosofía), p. 7.

ligión yace más allá, la Naturaleza más acá del reino de los valores. La Religión brota de la insoportabilidad del contraste entre valor y realidad y debe brotar de continuo en cada momento, sin convertirse en estado permanente, sin rebajar a conducta ciega ante el valor a la que debe superarlo. No es un claustro en el que se entre para no salir jamás, sino capilla de peregrino en la que, por corto tiempo, han de colgarse los báculos como si fueran exvotos.

A las cuatro actitudes corresponde una cuádruple forma de lo dado: ser, valor, sentido y esencia. La relación de esos cuatro reinos puede expresarse así: naturaleza e ideal, por cima del vacío entre ellos el puente inacabable de la cultura, y en todo momento, logrando la meta, el batir de alas de la Religión. ¡Trabajo y Fe!

Queda ahora, inordinar al Derecho en estos cuatro modos de considerar las cosas.

El Derecho es obra humana, y como toda obra humana sólo puede ser comprendida a través de su idea. Inténtese definir una cosa tan simple como una mesa, sin relación a su fin; por ejemplo: una mesa es una tabla con cuatro patas. Contra una definición semejante se levantaría en seguida la objeción de que hay mesas con tres patas, con dos y hasta plegables sin ninguna, que, esencial a la mesa, sólo sería, pues, la tabla. La tabla de una mesa es como otro ensamblaje cualquiera de tablas, sólo diferenciables entre sí por su respectiva finalidad; de modo que sólo se alcanza una determinación conceptual cuando se dice que la mesa es un mueble en el que colocar algo para los que en torno se sienten. Una consideración ciega para el fin, es decir, para el valor, es, pues, imposible ante una obra humana, y por consiguiente también una consideración

ciega al valor del derecho o de cualquier fenómeno jurídico aislado. Una ciencia natural del delincuente como pretendía la antropología criminal, sólo es posible cuando previamente se ha sustituido al concepto de delincuente en relación al valor jurídico, por un concepto natural del criminal. Sería el milagro de los milagros, una como armonía preestablecida que no puede esperarse entre dos modos de consideración fundamentalmente diferente, si un concepto como el del derecho o el del delincuente formados en relación valorativa, pudieran coincidir con otro concepto natural obtenido en consideración no valorativa.

El derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del Derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho. El derecho puede ser injusto (*summum ius summa iniuria*), pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo.

Es más; la misma idea del derecho, principio constitutivo a la par que medida de valor para la realidad jurídica, pertenece a la consideración valorativa.

Pero esta actitud estimativa no es la última palabra que sobre el derecho puede pronunciarse. Queda la posibilidad de, aun estimado valioso, considerar al derecho en un supremo sentido, «ante Dios», al modo del sermón de la Montaña, como inesencial; y al contrario, también es posible, al modo de los antiguos, considerar el derecho anclado no sólo en el reino de los valores, sino en la más absoluta esencia de las cosas. Estas posturas pertenecen a la actitud superadora del valor.

Tres posibles consideraciones del derecho se nos han dado: la consideración que se refiere a valores, consideración del derecho como hecho cultural —nos da la esencia de la Ciencia del Derecho—; la consideración valorativa, consideración del derecho como valor cultural —ella caracteriza la Filosofía del Derecho—; la consideración del Derecho superadora del valor, la consideración de su esencia o de su inesencialidad —que es el tema de una Filosofía religiosa del Derecho.

*El hombre no ha nacido para resolver los
problemas del mundo, sino más bien,
para indagar dónde el problema surge y
mantenerse después en los límites de lo
comprensible.*

GOETHE a ECKERMANN.

2. La Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho.

Dualismo metódico. Relativismo.

La Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho sería así la «doctrina del derecho justo» (STAMMLER). El método de nuestra consideración valorativa del Derecho se caracteriza por dos rasgos esenciales: dualismo metódico y relativismo.

1. La filosofía kantiana nos ha aleccionado sobre la imposibilidad de deducir de lo que es, lo valioso, lo justo, lo que debe ser. Nunca algo es justo por el solo hecho de que es, de que fue o, también, porque será. Con esto se rechazan el positivismo, el historicismo y el evolucionismo, que deducen el deber ser, lo debido, respectivamente, de lo que es, de lo que ha sido y de lo que llegará a ser (1). El conocimiento de una determinada línea evolutiva no demuestra la justicia de la

(1) FRANZ, V. LISZT sostuvo esta posición evolucionista en un artículo que fue vivamente discutido (Z. f. d. ges. Str. RW., vol. 26, 1906, p. 553). Un resumen de las diferentes opiniones por RADBRUCH, Z. f. d. ges. Str. RW., vol. 27, p. 246, 742 y por KANTOROWICZ, Aschaffenburgs Monatsschr. f. Kr. Ps., vol. 4, p. 78 ss.

meta, la injusticia del que bracea contra corriente. Lo inevitable no es por sí mismo digno de fomento, lo imposible, no es por eso sólo injusto. Don Quijote fue un loco ciertamente, pero de una noble locura. «Amo a quien se esfuerza por lo imposible». Los preceptos del deber ser, los juicios de valor, las estimaciones no pueden fundamentarse inductivamente sobre posiciones de ser, sino deductivamente sobre preceptos de especie semejante. La consideración del valor y la consideración del ser, se nos aparecen una junto a la otra como círculos independientes y cerrados. Esta es la esencia del dualismo metódico (2).

Es cierto que en el dominio de la ciencia jurídica ha surgido a veces la pretensión de derivar de «la naturaleza de las cosas», la regulación justa. Y no carece, en efecto, esta pretensión de ciertos fundamentos. El ideal jurídico es un ideal para el derecho y más aún para el derecho de una determinada época, de un pueblo determinado y para relaciones históricas y sociológicas, también muy determinadas. La idea vale para una determinada materia, es adecuada a esta materia; y, a su vez, esta materia, que pretende dominar, actúa sobre ella. Lo mismo que la idea artística se acomoda a la materia y es una cuando se incorpora en bronce y otra cuando lo hace en mármol, así es innato a toda idea el ser adecuada a una materia.

Llamamos a esta relación la determinabilidad material de la idea, siempre que tengamos conciencia del doble sentido de esta designación: determinada por la

(2) El dualismo metódico se entiende aquí en oposición al monismo metódico, pero incluyendo el dualismo metódico del que se tratará más lejos en el § 3, núm. 9.

materia, en tanto que determinante para la materia (3). La determinabilidad material de la idea ha sido puesta de relieve con respecto a la idea del derecho por EUGEN HUBER en la teoría de «las realidades de la legislación», así como por FRANCISCO GENY en su doctrina de los datos (donnés) (4). Se ha buscado oponer a esta determinabilidad material de la idea una preformabilidad de la idea en la materia, y de hecho existe la posibilidad psicológica de contemplar la idea en y a través de la materia. Así, visionario, pudo Miguel Ángel contemplar en un bloque virgen de mármol la figura del David que de él habría de desprender. Lo mismo se significa cuando el jurista decide, falla según la naturaleza de las cosas (5). Pero tal contemplación de la idea en la materia, a la que está destinada a formar, es un caso feliz de intuición, pero no un método de conocimiento. Para el conocimiento metódico queda en firme que los preceptos del deber ser sólo pueden derivarse deductivamente de otros preceptos del deber ser y no pueden fundamentarse inductivamente en hechos de ser.

Esta imposibilidad de derivar el valor de la realidad (como, por lo demás, también la determinabilidad material de la idea) caracteriza, empero, una relación lógica, mas no causal. El dualismo metódico no pre-

(3) Cf. para lo precedente LASK: *Logik der Philosophie* (Lógica de la F.), 1911, p. 57 ss., 169 ss.; también RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff* (Idea y materia del derecho) en el *Archiv f. Rechts-u. Wirtschaftsph.*, vol. 17, 1923-24, p. 343 s.

(4) EUGEN HUBER, *Zeitschr. f. RPh.*, vol. I, 1914, p. 39 ss. y *Recht und Rechtsverwirklichung* (El derecho y su realización, tr. española), 1921, p. 281 ss.; FRANCISCO GENY, *Science et technique en droit privé positif*, I, 1922, p. 96 ss.; II, 1915, p. 370 s.

(5) Para la historia del concepto «naturaleza de la cosa» véase Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung* (Norma jurídica y fallo), 1929, p. 78 ss.

tende afirmar que las valoraciones y juicios no sean influidos por hechos de ser. No hay duda sobre que los actos de valoración sean el resultado, la superestructura ideológica de hechos de ser; acaso del medio social de aquellos que los ejecutan. La sociología del saber nos ha mostrado la determinabilidad de las ideologías por el lugar y situación social en que nacieron (6). Aquí no se trata de la relación causal entre hechos de ser y juicios de valor, sino de la relación lógica entre ser y valor. No se afirma que los juicios de valor no sean causados por hechos de ser, sino que en éstos no pueden fundamentarse. Toda una construcción de pensamientos éticos pueden proceder del resentimiento de clase de su autor; pero en el sistema de su Ética no tiene este resentimiento ningún sitio, y la fundamentación de esta Ética no se destruye por el solo hecho de que su aparición provenga de causas que no coincidan con su fundamento. En la discusión sobre una teoría no debe estar permitido sacar a colación las causas psicológicas de su origen; para romper la discusión bastará mostrar que una continuación de ella carece de finalidad ya que la tenacidad de la expuesta relación de ligamen entre el pensamiento y el ser excluye un acuerdo. Se podría objetar que una consideración semejante limitada al contenido ideal de las valoraciones y sin referencia a sus fundamentos de ser, tiene por objeto inesencialidades, «simples ideologías» y no fuerzas reales y operantes; que la Filosofía del Derecho únicamente es la lucha política de partidos —es decir,

(6) Cf. MANNHEIM, *Ideologie und Utopie* (Ideología y utopía), 1929 y la *Wissenssoziologie* (Sociología del saber) en el *Handwörterbuch der Soziologie* (Diccionario de sociología), 1931.

en fin de cuentas lucha de intereses económicos— elevada al plano del espíritu y que, por eso, es un reflejo aéreo e inesencial de la realidad. Pero se mostrará más tarde, al analizar la concepción materialista de la historia, que si la Filosofía del Derecho es política espiritualizada y la Política lucha de clases espiritualizada, esta espiritualización abre paso a una legalidad propia del espíritu y posibilita su reacción sobre las fuerzas, cuya espiritualización significa. Las ideas no luchan en las nubes, lejanas a la batalla de intereses, como las Walkyrias sobre el Walstatt, sino que descienden como los dioses homéricos al campo de batalla y luchan ellas mismas, creaciones de fuerza, al costado de las otras fuerzas. Si por una parte la Filosofía del Derecho es lucha política de partidos transportada a la esfera del espíritu, puede expresarse, también, por otra, que la lucha política de partidos es una discusión filosófico-jurídica de enorme dimensión. Todas las grandes transformaciones políticas fueron preparadas o acompañadas por la Filosofía del Derecho. Al principio surge la Filosofía del Derecho, al final la Revolución.

2. Los preceptos del deber se pueden sólo fundar y ser demostrados por medios de otros preceptos del deber ser. Precisamente por esto, los supremos preceptos del deber ser son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia. Allí donde se enfrentan, combatiéndose, preceptos contrapuestos y supremos del deber ser, concepciones contrapuestas del valor, el mundo y la vida, no cabe entre ellas una decisión científica de carácter unívoco. Una consideración científica del valor, se ha dicho, es capaz de adoctrinarnos sobre lo que se puede y lo que se quiere, pero no sobre lo que debe ser. Hablando con

más exactitud, la ciencia en el dominio del deber ser sólo puede cumplir una triple función: En primer lugar, puede descubrirnos los medios necesarios para la realización del fin debido. Ahora bien, llamamos a lo que nos guía en la elección del medio preciso para un fin jurídico. Política del derecho y no Filosofía del Derecho. Pero la consideración del medio condicionado por un fin jurídico puede ser de tal suerte, que no se contemple el medio desde el fin, al modo de la Política del derecho, sino que, a la inversa, se torne la mirada del medio al fin, de manera que se adquiera plena conciencia del alcance del fin mostrando el medio que le es indispensable y los efectos conexos que le están inevitablemente unidos. Ahora bien, semejante consideración del medio, tendente a la iluminación del fin que ha de realizar, es Filosofía del Derecho.

Una segunda tarea de la Filosofía del Derecho, es no sólo prolongar mentalmente el juicio de valor jurídico hasta el más lejano medio para su realización, sino también en dirección opuesta, aclararlo hasta sus últimos supuestos dentro de una concepción del mundo y de la vida. La Filosofía del Derecho pregunta en fórmula kantiana: ¿cómo es posible este juicio de valor jurídico determinado?, es decir, ¿cuáles son los supuestos que es necesario admitir para que permitan pronunciar en consecuencia este juicio de valor? Así como el Paleontólogo de un solo hueso trata de reconstruir todo el sistema óseo de un ser prehistórico, así el Filósofo del derecho, de una valoración jurídica singular trata de desarrollar todo el sistema de valor que la condiciona. Así como aquella consideración no se hizo por causa sólo del medio, tampoco se realiza ésta por causa sólo de los supuestos, sino en méritos de la valoración

jurídica que aquéllos condicionan. Debe llegar a plena conciencia del que valora que en tanto se adhiera a un determinado fin del deber ser jurídico, no puede rechazar, no sólo el medio a aquél ligado con necesidad causal, sino tampoco las valoraciones generales a él unidas con necesidad lógica; en ambas direcciones debe lograr la plena videncia del alcance de aquel fin.

Por esto es por lo que se da, por último, la posibilidad de desarrollar sistemáticamente todos los supuestos últimos que puedan pensarse y con ello todos los puntos de partida para la valoración jurídica, exponer de modo exhaustivo todos los sistemas de valores jurídicos en sus contrastes y parentescos, y bosquejar dentro de los límites de una tópica de todas las concepciones posibles del mundo y la vida, una tópica de todas las concepciones posibles del derecho, dando de esta manera, no el sistema de la Filosofía del Derecho, sino la plena sistemática de sus posibles sistemas. No puede objetarse a este método que sea un procedimiento puramente empírico y no filosófico. No se estanca en el hecho de valoraciones de facto filosófico-jurídicas, sino que investiga su sentido y ciertamente no su sentido subjetivo, realmente pensado, sino su sentido objetivo, mentado. Lo que el que valora ha pensado en su estimación, es sólo su punto de partida, la meta final del pensamiento es, empero, lo que de acuerdo con ese punto de partida hubiera debido pensar con secuencia causal y lógica. La tarea no consiste en registrar pensamientos de fines jurídicos, sino explicarlos y, en lo posible, corregirlos. En cuanto que trae a conciencia del individuo el sentido objetivo de su querer, viene en ayuda de su juicio de valor, o bien fortificándole por su fundamentación más profunda o bien conmoviénd-

dole con la visión de la distancia entre lo pensado y el verdadero sentido, y en ambos casos sirviendo con ese conocimiento a la vida.

Desde luego, la Filosofía del derecho relativista es incapaz de determinar al individuo la elección entre las concepciones jurídicas sistemáticamente desenvueltas de supuestos últimos y contrarios. Se limita a proporcionar de un modo exhaustivo todas las posiciones posibles, pero abandona su propia toma de posición a una decisión brotada de las profundidades de la personalidad; en todo caso no de su arbitrio, sino de la conciencia. Esta autolimitación procede de su convicción de que respecto a los supremos juicios de valor sólo es posible enunciar un *ignoramus*. Pero aunque sólo este *ignoramus* se ofreciera, la Filosofía relativista mantendría su creencia de haber prestado mediante el desarrollo sistemático de todas las concepciones posibles del mundo una labor previa y útil, al genio capaz de decidir alguna vez entre ellas con científica univocidad.

Relativismo (7) se llama al método aquí expuesto, ya que su tarea es precisar la justeza de cada juicio de valor sólo en relación con otro juicio de valor determinado y superior, es decir, sólo en los límites de una concepción determinada del valor y del mundo, pero no se hace problema la fijación misma de esa concepción (8). El relativismo pertenece, empero, a la razón

(7) o problematismo; así WINDELBAND, *Einleitung i. d. Ph.* (Introducción a la Filosofía), 1914, p. 219.

(8) Los representantes más destacados del relativismo, son: GEORG JELLINEK (Teoría general del Estado); MAX WEBER (Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre [Artículos sobre teoría de la Ciencia], 1922; cf. también MARIANNE WEBER; M. Weber, 1926, p. 328 ss.); y HANS Kelsen (Allgemeine Staatslehre [Teoría general del Estado], 1925, p. 38 s., 369 ss.).

teorética, no a la práctica. Significa renuncia a la fundamentación científica de las actitudes supremas, pero no renuncia a la toma de posición misma (9). Nuestro

El autor de estas líneas ha ido formando su concepción básica del mundo en continuo cambio de pensamientos con el hombre a quien este libro está dedicado; cf. junto a otras obras de KANTOROWICZ que se citarán ulteriormente: *Zur Lehre vom richtigen Recht* (Para la teoría del derecho justo), 1909. Sobre la doctrina aquí mantenida y la mayor parte en contra, véase; EMGE, *Über die Grundlage des rechtsphi. Relativismus* (Sobre los fundamentos del relativismo filosófico-jurídico), 1916; LEONARD NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* (La ciencia del derecho sin derecho), 1917, p. 123 ss.; MAX SALOMON, *Grundlegung d. R. Ph.* (Fundamentos de la F.^a del D.^o), 2.^a ed. 1925; LEONH. COHN, *Das objektive Richtige* (Lo justo objetivo), 1919, p. 96 ss.; Münch. Beitr. z. Ph. des deutschen Idealismus (Contribuciones a la filosofía del Idealismo alemán), edit. por Hoffmann y Engert, tomo I, 1919, p. 135 ss.; M. E. MAYER, *R. Ph.* (F.^a del D.^o), 1925, p. 112 ss.; LARENZ *Rechts- und Staatsph. d. Gegenwart* (La filosofía del Derecho y del Estado contemporánea), 1931, p. 66; ERNST v. HIPPEL, *Arch. d. off. Rs. N. F.*, tomo 12, p. 408; HERRFAHRDT, *Revolution u. Rechtswissenschaft* (Revolución y ciencia del derecho), ed. esp. en la Revista de Derecho privado, 1930, p. 24 ss.; MEZGER, *Sein und Sollen im Recht* (Ser y deber ser en el Derecho), 1920, p. 4 ss.; SILBERSCHMIDT, *Int. Zeitschr. f. Theorie d. Rechts*, 1930-31, p. 142; MANIGK, *Jur. Woch. Schr.*, 1930, p. 236 («Sólo aceptable como algo provisional»); GRAF DOHNA, *KANTSTUDIEN*, tomo 31, p. 8 s., «que los caminos de este relativismo... nunca se cruzan con los de la teoría crítica del derecho, antes bien, ... corren paralelos como dos modos de consideración completamente diferentes»; RIEZLER, *Das Rechtsgefühl* (El sentimiento jurídico), 1921, p. 79. «... sólo podría combatirse la concepción de la relatividad de los juicios de valor de un modo eficaz... si frente a ella se erigiera la vigencia de un patrón valorativo absoluto, y con él la existencia de un ideal absoluto del derecho. Tales intentos han sido hechos repetidamente, sin alcanzar ninguno de su cometido»; RÜMELIN, *Die Gerechtigkeit* (La justicia), 1920, p. 56, nota 2.^a «Este punto de partido del relativismo apenas necesita ser refutado»; STAMMLER, *R. Ph.* en *Das gesamte deutsche Rechts*, p. 9, «es en el fondo una filosofía débil y lastimera». La más clara consideración del problema en: EDUARD SPRINGER, *Der Sinn der Voraussetzungslosigkeit in den Geisteswissenschaften* (El sentido de la carencia de supuestos en las ciencias del espíritu), 1929.

(9) La mejor demostración es la misma gran personalidad ética de MAX WEBER. Cuando M. WEBER rechaza como tosca incompreensión de su

relativismo no se siente próximo al Pilatos del Evangelio, en quien la razón práctica enmudece también con la teórica («¿Qué es verdad?»), sino emparentado con el Nathan de Lessing, para quien el silencio de la razón teórica es precisamente la más fuerte llamada a la razón práctica: «Se os exige a porfía a cada uno de vosotros, que hagáis efectiva la fuerza de la piedra en el anillo» (10).

El relativismo es susceptible de diversa fundamentación ante las concepciones del mundo. El hecho de que permanezca indeciso sin propia toma de posición luego del desarrollo de todas las actitudes valorativas supremas, estriba o en que duda de igual manera de la justificación de todas ellas —y éste es el escepticismo de Pilatos— o porque creyendo con firmeza en una de ellas, se considera incapaz de demostrarla, que es el agnosticismo de Nathan (11). Todavía, sin embargo, es posible una tercera concepción que reúne, como la actitud de Nathan, el relativismo con el activismo. En ella puede el relativismo renunciar a una postura decisiva entre las concepciones de valor que se combaten, porque equipara a todas ellas en su justificación y carácter de deber exclusivo para quien las profesa, porque mantiene la creencia de que aquello que se escapa a nuestra conciencia conviene a una conciencia supe-

punto de vista la calificación de relativismo (MARIANNE WEBER, p. 339) piensa en un relativismo que no sólo niega la cognoscibilidad de los valores, sino también la creencia en los mismos.

(10) Alusión al apólogo de la escena VII, acto III de Nathan el sabio. —N. tr.

(11) Para semejante relativismo comedido: ANRATHS, *Das Wesen der sog. freien wissenschaftl. Berufe* (La esencia de las llamadas profesiones liberales), 1930, p. 200 ss. (con valiosas consecuencias para la profesión de abogado; véase también RADBRUCH, *Justiz*, tomo 7, p. 52 s.).

rior y es exigido por ella. Este es el antinomismo que WALTHER RATHENAU hizo visible en bellas frases: «No somos compositores, sino virtuosos. Toque cada uno su instrumento tan bellamente como pueda. Puede hacer variaciones, siempre que suenen todas las cuerdas. Todos los instrumentos son igualmente necesarios. Pero de la armonía nadie se cuida, que hay ya alguien que la crea.» También el gran nombre de GOETHE puede evocarse para el relativismo. En 22 de enero de 1811 escribía a REINHARD, después de la lectura de una «Historia comparada de los sistemas filosóficos». «Con la lectura de esta obra percibo nuevamente lo que el autor, con toda claridad enuncia: que en la diversidad de los hombres, se fundan los diversos modos de pensar y que cabalmente por eso una convicción general y uniforme es imposible. Cuando se sabe en qué lado se está se ha hecho bastante; sólo así se está tranquilo y se es justo para con los demás». Que el relativismo de GOETHE no coincide con el escepticismo de Pilatos, sino con el agnosticismo de Nathan, lo atestigua XENION: «Si conociera el camino del Señor, probablemente marcharía por él muy a gusto; y si se me introdujera en la casa de la verdad, ¡Dios mío!, ya no saldría de ella jamás.»

*Allí donde resuenan múltiples las
contradicciones deambulo yo con
preferencia.
Nadie cede a otro —¡oh placer!— el
derecho a errar.
GOETHE.*

3 Las direcciones de la Filosofía del Derecho.

Derecho Natural; Escuela Histórica; HEGEL; Concepción materialista de la Historia; Teoría general del Derecho; JHERING; STAMMLER; Relativismo; Filosofía de la Cultura; otras direcciones.

La Filosofía del Derecho basada en el dualismo metódico y en el relativismo, debe mostrarse ahora como el resultado de la evolución filosófico-jurídica de las pasadas centurias. Por eso, no han de caracterizarse aquí las direcciones filosóficojurídicas por el contenido de su posición, sino más bien por su particularidad metodológica.

1. Toda la Filosofía del Derecho desde su comienzo hasta el principio del siglo XIX ha sido Derecho Natural. Desde luego, con esta designación se comprenden manifestaciones de diverso género. El derecho natural de la antigüedad giraba en torno a la oposición entre naturaleza y norma, el medieval se preocupaba de la existente entre derecho divino y humano, y el derecho natural moderno de la oposición entre la coacción jurídica y la razón individual. Ora servía el derecho natural para un afianzamiento más profundo del

derecho positivo, bien era una ayuda en la lucha contra ese derecho positivo. Pero en todas sus formas, le caracterizan cuatro rasgos esenciales, si bien subrayados diversamente en las distintas épocas. Ofrece juicios de valor jurídico determinados en su contenido. Estos juicios de valor son, correspondiendo a sus fuentes —Naturaleza, Revelación, Razón —de validez general e invariables. Son accesibles al conocimiento. Tienen primacía ante las leyes que les sean opuestas: el derecho natural puede quebrantar el derecho positivo.

No debe creerse que la pretensión del derecho natural de poder derivar preceptos jurídicos de contenido determinado, invariables y con validez universal, puede refutarse de modo puramente empírico, con la usual referencia a la abigarrada diversidad de las concepciones jurídicas de las diferentes épocas y naciones. El jusnaturalista hubiera rechazado con razón este concluir el deber ser de lo que es, esta «plebeya invocación a una supuesta experiencia contradictoria» (KANT), y en la diversidad de las concepciones jurídicas sólo habría visto la diversidad del error frente a la verdad una del derecho natural —error múltiple, veritas una—. El golpe definitivo contra el derecho natural se dio por la teoría del conocimiento y no por la historia del derecho y el derecho comparado, por la filosofía crítica y no por la escuela histórica, por KANT y no por SAVIGNY. La «Crítica de la Razón pura» de KANT, ha revelado que la razón no es un arsenal de conocimientos teóricos acabados, de normas éticas y estéticas maduras ya para su aplicación, sino la facultad de alcanzar tales conocimientos y normas; que no es un conjunto de soluciones, sino de problemas, de puntos de vista con que aproximarse a los datos, de formas

que sólo por la recepción de una materia dada, de categorías que sólo por su aplicación a un material dado, son capaces de ofrecernos juicios de un contenido determinado. Semejantes conocimientos y valoraciones no son nunca el producto de la razón «pura», sino de su aplicación a datos determinados; por eso, su validez nunca es general, sino sólo siempre para estos datos. Según esto, ante el problema de la validez general del derecho justo, natural, cabe conceder validez a todas sus soluciones, pero sólo para un estado social concreto, para un determinado pueblo, y para una época determinada. Únicamente tiene validez general la categoría del derecho justo, mas no ninguna de sus aplicaciones. Si se quiese conservar para el «derecho justo»—así designado a causa de la unitariedad de la forma categorial—, el nombre de derecho natural, entonces debe oponerse al derecho natural invariable de viejo estilo como «un derecho natural de contenido variable» (con STAMMLER), o como también se ha dicho, como «derecho cultural».

Si en contra de lo que cree la concepción relativista fuera el derecho justo —bien como derecho natural de viejo estilo ya como derecho natural de contenido variable— reconocible con plena evidencia, sería conclusión inevitable que las normas que de él se apartasen habrían de empalidecer a su presencia como el error desenmascarado ante la verdad descubierta. A pesar de haberse intentado repetidamente, no cabe pensar ningún fundamento para que un derecho positivo reconocido indubitadamente injusto conserve su vigencia. Se mostrará más tarde que la validez del derecho positivo sólo puede fundarse en la incognoscibilidad del derecho justo. Por el contrario, el representante con-

secuente de un derecho natural unívocamente conocido, debe negar la doble dimensión del mundo jurídico y equiparar «derecho natural material» y «formal» (expresándose según LASK), o sea justicia y vigencia del derecho; es decir, se incapacita para reconocer al derecho positivo una justificación independiente al lado del derecho natural, llegando a una plena absorción del derecho positivo por el derecho justo, de la realidad jurídica por el valor, de la ciencia jurídica por la Filosofía del Derecho.

2. Frente al jusnaturalismo significa la Escuela histórica el extremo opuesto: la absorción del derecho justo por el positivo, del valor jurídico por la realidad del derecho, de la Filosofía del Derecho por la ciencia jurídica. A lo menos, esta es la primera impresión del programa de la escuela histórica: como si rechazara con el jusnaturalismo toda valoración jurídica, como si mantuviera la autolimitación positivista de la ciencia, la investigación puramente empírica de la realidad histórica del derecho. De hecho, así ha obrado más tarde prácticamente. Pero la inextirpable apetencia filosófica ha logrado continuamente secreto acceso a la consideración valorativa allí donde fue abiertamente destruida. Una segunda mirada más atenta, muestra que también la Escuela histórica no rechaza toda valoración del derecho, sino sólo la valoración distinta de los fenómenos jurídicos individuales e históricos, ya que todos son objeto del mismo alto aprecio por ser todos producto de la historia y del espíritu del pueblo, y aparecer, por eso, como justos. Respeto ante todo lo que existe y ha llegado a ser, y también de lo que llegaría a ser, piedad frente a toda la realidad, he aquí su rasgo fundamental, y no sin razón se la ha caracterizado no

sólo como «quietismo», sino también como pietismo, como «una dirección pietista». (THIBAUT). Ciertamente, no una filosofía valorativa del derecho, sino una filosofía religiosa del derecho, es lo que podría mostrarse como fondo de la Escuela histórica. Empero, tampoco ha podido evitar, a la larga, la valoración distinta de los fenómenos jurídicos singulares. Hubiera debido considerar, consecuentemente, todo derecho positivo como igualmente justo, ya que no puede pensarse ninguno que no sea resultado necesario de sus propios supuestos nacionales e históricos y en este sentido, también las manifestaciones legislativas de la época del Derecho natural; pero movida por su lucha contra el jusnaturalismo pronunció juicios muy despectivos sobre el Derecho Natural, la Ilustración, la Revolución y el «arbitrio del legislador», y en cambio valoraciones positivas igualmente decisivas sobre la aparición orgánica del derecho a través de fuerzas «internas calladamente operantes», por medio del «espíritu del pueblo». «Quien está penetrado por la concepción orgánica del derecho y del Estado, suele estar muy propicio a olvidar demasiado fácilmente, que los huracanes y los terremotos pertenecen tanto a la marcha regular de la naturaleza como el crecimiento de los animales y de las plantas» (1). Del positivismo jurídico ciego ante el valor y de la filosofía religiosa del derecho, surgió de modo insensible una filosofía jurídica de coloración romántica, una dirección conservadora en la Política del Derecho. FEDERICO JULIO STAHL, el teórico del conser-

(1) ANTON MENDER, *Das bürgerl. R. u. d. besitzlosen Volksklassen* (El derecho civil y las clases desheredadas), ed. esp. de D. Adolfo Posada, 4ª ed., 1908, p. 13.

vadurismo, halló la medula de la dirección histórica (2) no en su punto de vista sobre lo fáctico—cómo surge el derecho—, sino sobre lo ético —cómo debe surgir, qué contenido debe recibir—, y según esto, caracterizó a su doctrina como una «Filosofía del Derecho desde el punto de vista histórico» (3).

Ahora bien, es en efecto el carácter paulatino y sin saltos del devenir histórico una necesidad a priori del conocimiento de la historia. Un hecho histórico llega a conocerse como tal, cuando se le muestra como continuación, no como ruptura del proceso histórico. Un hecho histórico que se erigiera en la conciencia del actor con la altanería de estar desligado de todo precedente, en cuanto hecho realizado, derrumbaría irrevocablemente aquella forma conceptual de la ciencia histórica, aquella categoría de lo paulatino ininterrumpido.

La posterior meditación histórica nos revela que el querer más autónomo es igualmente tan inevitable como si fuese una exigencia que brotase necesariamente de relaciones maduras en largo tiempo, de modo semejante a como la superación más atrevida de la fuerza de gravedad, el más orgulloso triunfo de los aviadores, permanece encerrado sin escape en este mundo con su gravitación. La concepción histórica únicamente puede pretender la meditación posterior del hecho ya realizado; como norma aplicada a la actuación humana, exige considerar a ésta en todo nuevo crear político como ligada

(2) Cf. ROTHACKER, *Einleitung i. d. Geisteswissenschaften* (Introducción a las ciencias del espíritu), 2ª ed., p. 60 ss.; ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savignys* (La doctrina jurídica de S.), 1929, p. 32 ss.

(3) De gran interés programático dentro de la última fase de la Escuela Histórica son los escritos de J. J. BACHOFEN, *Selbstbiographie. u. Antrittsrede* (Autobiografía y discursos inaugurales), reimpresión de 1927.

históricamente, llevando por ende al estancamiento mismo de la historia. El error, pues, del historicismo estriba en que trasmuta en norma del obrar político una categoría del conocimiento histórico.

3. A primera vista, el monismo metódico de la Escuela histórica, que sólo se atiene a la realidad, parece muy próximo a la Filosofía del Derecho hegeliana con su famoso lema de toda filosofía de la **identidad**: «Lo que es racional es real, y lo que es real, es racional.» En efecto, participa con la Escuela histórica su oposición al derecho natural. Nunca sitúa, como el jusnaturalismo, el derecho racional individual en oposición a la realidad jurídica, antes bien, encuentra el derecho racional en la realidad histórica del derecho (4): «Lo que es racional es real.» No puede desconocerse, empero, a pesar de esa común enemistad, su profundo contraste con la escuela histórica. Para la escuela histórica estriba la equiparación de realidad y valor en la creencia de que la historia está penetrada por un inexcusable decreto divino, mientras que para HEGEL descansa en la reconstrucción dialéctica del auto-despliegue de la Razón realizado en el proceso histórico: «Lo que es real, es con arreglo a razón.» La Razón se levanta frente al «espíritu del pueblo», el racionalismo contra el irracionalismo y el romanticismo. Este contraste objetivo encontró su expresión en las agudas oposiciones personales entre el hegelianismo y la escuela histórica. Si HEGEL califica a la enemiga codificadora de SAVIGNY «una de las más grandes afrentas que han podido hacerse a una nación o a una clase (la de los juristas)», en cambio del

(4) En este sentido dice LASSALLE: «El mismo Derecho Natural es también derecho histórico.» *Syst. d. erw. Rechte* (Sistema de los derechos adquiridos), vol. I, 1861, p. 70.

lado opuesto se designa a la doctrina de HEGEL ya como la «fuerza hostil» (STAHL), bien como una «filosofía frívola» (PUCHTA). Ya entonces se dieron cuenta con toda claridad de las posibilidades radicales de evolución que el hegelianismo traía consigo (5).

4. En donde con más riqueza de consecuencias han obrado estas posibilidades ha sido en la concepción materialista de la historia, fundada por CARLOS MARX y FEDERICO ENGELS (6). HEGEL unificaba el ser y el deber ser, pero viendo la realidad como un auto-despliegue de la Razón consideraba al deber ser como el aspecto determinante y al ser como el determinado de esta unidad; el materialismo histórico mantiene aquella unificación del deber ser y el ser, pero dejando que el deber ser o como CARLOS MARX dice la conciencia, fuese determinada por el ser. «Con ello la dialéctica hegeliana se colocó sobre los pies y no sobre la cabeza como estaba» (FEDERICO ENGELS). La concepción económica de la historia enseña dos cosas: es, por una parte, una teoría de las ideologías, por otra, es una teoría de lo fatalmente necesario. Por un lado plantea una hipótesis histórica: la de que la estructura económica de la

(5) El último sistema de Filosofía del Derecho con espíritu hegeliano lo publicó ADOLF LASSON en 1882. El llamado neohegelianismo de KÖHLER y BEROLZHEIMER (KÖHLER: Lehrbuch. d. R. Ph. [Manual de Filosofía del D.] 3.^a ed., 1923; BEROLZHEIMER: Syst. d. Rechts. u. Wirtschaftph [Sistema de Filosofía del Derecho y de la Economía] 5 volúmenes, a partir de 1904), apenas nada tiene que ver con HEGEL. Hegelianismo sin dialéctica no es hegelianismo.

(6) Más importante que la bibliografía innumerable sobre el materialismo histórico es su aplicación y prueba en la experiencia histórica. Para el derecho consúltese: KARL RENNER, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion (Las instituciones del Derecho privado y su función social), 1929; y E. PASCHÜKANIS, Allg. Rechtslehre und Marxismus (Teoría general del derecho y marxismo), 1927.

sociedad existente en un momento, constituye el fundamento real por el que explicar, en última instancia, la totalidad del edificio de las instituciones políticas y jurídicas, así como todas las ideas religiosas, filosóficas y de otra suerte de una determinada época histórica. Por otra parte, contiene una profecía política: la evolución económica conducirá con necesidad natural a una economía y con ella a una ordenación jurídica socialista; encontrando en esta fundamentación histórico-causal y no simplemente teleológica —no en su deseabilidad sino en su fatalidad futura—, el tránsito del socialismo «desde la utopía a la ciencia». La primera de estas proposiciones hace de la Filosofía del Derecho una parte sin independencia de la Filosofía social, la segunda, a su vez, convierte a esta última en una ciencia social empírica.

Pero ambas proposiciones necesitan limitación. En el posterior desarrollo o aclaración del materialismo histórico se restablece la legalidad propia de las ideologías, y con ella la del mundo jurídico. Ya CARLOS MARX designaba a lo ideal como «lo real transportado y traducido en la mente humana», sin caracterizar ciertamente con mayor precisión la forma que lo material adopta en la mente humana. Y FEDERICO ENGELS dijo más tarde, que ambos «habían desatendido el aspecto formal frente al de contenido» (7).

Un ejemplo aclarará la transformación que en lo material se opera, cuando se «transporta y traduce» en lo ideal. La exigencia de libertad civil y su realización, se originaron del interés y de la fuerza de la burguesía en marcha ascendente. Pero la libertad a que apuntaba

(7) Carta a Mehring del 14 de julio de 1893.

no era la libertad únicamente para aquélla, sino la libertad para todos; cabalmente porque exigía esta libertad como su derecho. El derecho, por su esencia, plantea una pretensión a la justicia, empero, la justicia exige generalidad de la ley, igualdad de todos ante la ley. Una exigencia erigida en la forma de lo justo significa, por consiguiente, que se está dispuesto a conceder a los otros lo que para sí mismo se pretende. Porque la burguesía exigió la libertad en la forma de lo justo, por eso pudo esta libertad serlo para todos; por eso, también, en su forma de libertad de coalición pudo ser de gran utilidad en la lucha del proletariado, convirtiéndose en medio de combate contra la misma burguesía de cuyos intereses había surgido originariamente.

Este ejemplo nos enseña dos cosas: primero, que aquella «transposición y traducción» de los intereses económicos en la forma cultural del derecho, significa una libertad de desarrollo para la legalidad propia de lo jurídico, legalidad que intenta cada vez más escaparse de su sumisión a los intereses económicos. Segundo, que este derecho, desdoblándose según su propia legalidad, es capaz, por su parte, de reaccionar, variándolas, contra las relaciones de fuerzas económicas de las que ha nacido. En resumen: entre la base económica y la superestructura de la ideología jurídica existe una acción recíproca (8).

Si de esta manera se restaura la independencia de la Filosofía del Derecho dentro de la ciencia social, por otra parte, queda igualmente sometida a la crítica la

(8) Cf. FEDERICO ENGELS, carta a Conrad Schmidt del 27 de octubre de 1890, en donde hay ejemplos justamente sacados del derecho; también RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee* (Derecho de clases e idea del Derecho), *Zeitschr. f. soziales R.*, 1.ª anualidad, 1929, p. 75 ss.

unificación de Filosofía social y ciencia social, del ser y del deber ser, de la tendencia evolutiva ineludible y del fin válido por el qué luchar. No cabe duda, que el eficaz impulso agitador del Manifiesto comunista estriba precisamente en que su autor no fundó el socialismo, como sus utópicos antecesores, sobre el suelo vacilante de los deseos y esperanzas, sobre humanitarismos tan bien intencionados como impotentes, sobre ideologías metafísicas, sino que lo afirmó, con el gesto de la propia seguridad victoriosa del intelecto, sobre el firme fundamento de un cálculo demostrable e irrefutable, exponiéndolo como un destino fatal que a toda oposición acobarda y a toda esperanza da alas. Pero, a su vez, es indudable que la teoría del futuro fatal del socialismo afirmó a la convicción socialista, pero no fue capaz de fundamentarla. Pues, en verdad, el socialista profesa el socialismo, no porque lo sepa inevitable, sino porque percibe como injusto el estado social contemporáneo, como «explotación» y «opresión», y en cambio contempla al orden social socialista como una exigencia de la justicia. El socialismo no es sólo Prognosis, sino también Verbo, no sólo Profecía, sino también Programa, Política y no Fatalismo. Desde que el socialismo dejó de estar condenado a esperar y se sintió llamado a la actuación, esta videncia activista penetra más y más en la teoría. La concepción materialista de la historia causal-empírica busca consciente o inconscientemente su complemento en una Filosofía jurídica y social-teleológica del socialismo (9).

(9) El ejemplo más eminente de esta dirección es H. DE MAN, *Psychologie des Sozialismus* (tr. esp. con el título *Más allá del Marxismo*, Aguilar); además, RADBRUCH, *Überwindung des Marxismus?* (¿Superación del marxismo?), *Gesellschaft*, 1926, II, p. 368 ss.

5. De esta manera, en el historicismo, en el hegelianismo y en el materialismo, la llama de la Filosofía, amenazada de ahogo por el positivismo, se abría paso de nuevo; a través de la consideración del ser penetraba la consideración valorativa. Ahora ya, aquella llama se extinguió realmente: entramos en la centuria del positivismo jurídico. No se investiga ya más en la realidad del derecho el valor jurídico, antes bien se declara anticientífica toda consideración valorativa del derecho y hay que limitarse conscientemente a la investigación empírica del mismo. El lugar de la Filosofía del Derecho lo ocupa la Teoría general del Derecho, el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas, y tal vez, elevándose por cima de la ordenación jurídica nacional, exponer comparativamente los conceptos jurídicos semejantes de las distintas ordenaciones jurídicas, hasta que al fin, trascendiendo el dominio de lo jurídico poder investigar sus relaciones con otros dominios de la cultura (10).

Todo lo más habría aquí que mencionar a la teoría general del derecho como la Eutanasia de la filosofía jurídica, si no fuera porque también en ella irrumpe, casi contra su voluntad, la inextirpable apetencia filosófica. Los conceptos jurídicos que desarrolló son, en su mayor parte, conceptos que no puede demostrarse hayan sido simplemente inducidos de lo común a todas las ordenaciones jurídicas, sino tales que pueden ser

(10) El programa de la Teoría general del derecho fue trazado por KARL BERGBOHM; *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie* (Jurisprudencia y F. del D.), 1892. Sus principales representantes fueron, ERNST RUDOLF BIERLING, ADOLF MERKEL y KARL BINDING.

conocidos a priori como válidos para toda ordenación jurídica que pueda pensarse. Se mostrará más tarde que conceptos como sujeto de derecho y objeto de derecho, relación jurídica y antijuridicidad, y el concepto mismo del derecho, no son posesión casual de algunas o todas las ordenaciones jurídicas, sino supuestos necesarios para comprender una ordenación jurídica como tal orden de derecho. Semejantes conceptos no pertenecen a una teoría general del derecho empírica, sino a una filosofía del derecho positivo —desde luego, sólo del derecho positivo—. Obtenidos por una análisis crítica del derecho positivo, no pueden nunca, rompiendo el círculo del derecho positivo, llevar a una valoración de ese derecho positivo. También pertenecen, sin embargo, a una consideración valorativa, pero el objeto de ésta no lo forma el derecho, sino el conocimiento del derecho; el problema que se plantea no es, cuándo un derecho es justo, sino cómo un derecho puede ser aprehendido con certeza. Pertenecen, pues, a la teoría del conocimiento jurídico, a la filosofía teórica, pero no a la filosofía del derecho considerada como una rama de la filosofía práctica.

6. Sin RODOLFO VON JHERING no podría pensarse la Teoría general del Derecho. Empero, hay ya en él alusiones tan decididas a algo más allá del positivismo, que no es posible valorarlo en los límites de éste. En su pecho se encontraban todos los motivos de pensamiento que hasta aquí hemos considerado, y se realizaba entre ellos aquella confrontación recíproca de la cual provienen el renacimiento de la Filosofía del Derecho y la revisión del método jurídico que nosotros hemos vivido.

JHERING ha realizado el programa de la escuela histórica y lo ha superado. Lo realizó en cuanto mostró

de modo genial en su «Espíritu del derecho romano» aquella conexión del derecho con el espíritu del pueblo, que la escuela histórica afirmaba en su programa y que nunca se había emprendido constatarlo en particular. Y lo superó, pues en lugar de una fuerza oscura, afirmó a la voluntad consciente de un fin como soporte de la evolución jurídica: «El fin es el creador de todo el derecho» y «en la lucha debes encontrar tu derecho», he aquí los lemas de sus dos obras: «El fin en el derecho» y «La lucha por el derecho». Al irracionalismo de la escuela histórica opuso de nuevo un racionalismo, pero situándolo diversamente que HEGEL, en su más propio dominio; frente a «la dialéctica lógica del concepto», la dialéctica «práctica compulsa del fin», en vez de una doctrina filosófica, una histórico-sociológica. De esta manera, al menos en su exposición, no ha superado JHERING al empirismo. El fin, considerado por él como el creador del derecho, no es la idea supraempírica, que quizá ineficaz en la efectividad de la evolución jurídica constituye sin embargo la medida para su enjuiciamiento, sino más bien el hecho empírico de la posición de fines humanos; por tanto, no una oposición, sino una subespecie de la causa: causa finalis. Permaneciendo en el campo del monismo metódico, únicamente conoce una manera de consideración científica: la causal; pues lo que consideraba como teleológica no es otra cosa que la causal en su especial aplicación a la causalidad del obrar humano. Muchas veces parece ciertamente, como si JHERING hubiera empleado conscientemente aquella ficción, tan corriente para la filosofía jurídica a través de la teoría del pacto social, que trata del fundamento justificante en la forma de causa originaria; también parece como si hubiera

apuntado a la relación teleológica de una institución jurídica con una idea de fin supraempírico allí donde hablaba de su relación causal con una posición empírica de fines; en una palabra, parece como si en realidad fuera un filósofo del derecho bajo ropaje de sociólogo. Sea ello como fuere, todavía habría necesitado JHERING dar un paso para avanzar de la Sociología a la Filosofía del Derecho: si se hubiera representado no como espectador contemplativo de ajenas posiciones de fines, sino como actor de la evolución jurídica en cuanto capaz también de poner fines, si no hubiera visto sólo la existencia de fines de hecho, sino también ante sí la exigencia del fin; y hubiera vivido la confrontación de la realidad jurídica como una medida normativa del derecho, hubiera percibido el dualismo entre la consideración de la realidad jurídica y la del valor jurídico y superado, al fin, el utilitarismo de las parciales posiciones de fines en una absoluta y suprema idea de fin. Realizó este progreso cuando él en «Broma y en serio» opuso a la «jurisprudencia constructiva conceptual» la formación teleológica de conceptos; con ello se reconocía ya al jurista como factor cooperante en la evolución jurídica; y si la muerte no hubiera arrancado a su autor la pluma de la mano, seguramente en «El fin en el derecho» se habría deducido la consecuencia, necesaria, del dualismo metódico. De esta manera, JHERING, desde el irracionalismo de SAVIGNY pasando por el racionalismo hegeliano, conduce a la superación del monismo metódico, común a ambos.

7. La nueva fundamentación de la filosofía jurídica, la restauración de la independencia de una consideración valorativa del derecho al lado de la investigación de la realidad jurídica en el terreno del dualismo

metódico de la filosofía kantiana, fue la gran obra de RODOLFO STAMMLER (11). Desde luego, ha planteado más que resuelto los problemas de la Filosofía del Derecho. Con una tenaz constancia y sin rubor ante las repeticiones, ha golpeado en toda forma a la conciencia filosófico-jurídica de su época con el desarrollo, siempre semejante, de dos pensamientos: primero, que al lado de la investigación del derecho positivo, debe desenvolverse con plena independencia la «teoría del derecho justo» y que, segundo, esta teoría es sólo un método que no desarrolla ningún sistema de Filosofía del Derecho. La teoría del derecho justo no puede ni quiere desarrollar ningún precepto jurídico que pueda demostrarse justo con validez general. Adquiere la validez general de sus conceptos a costa de su carácter puramente formal. Así, es menos una Filosofía jurídica, que una lógica de la Filosofía del Derecho; una teoría del conocimiento de la consideración valorativa del de-

(11) Wirtschaft. u. Recht. (Economía y derecho), ed. esp. Reus, 5.ª ed., 1924; Lehre v. richtigen Recht. (La doctrina del derecho justo), 2.ª ed., 1926; Theorie d. Rechtswissenschaft (Teoría de la ciencia del derecho), 2.ª ed., 1923; Lehrbuch d. RPh. (Manual de Filosofía del Derecho), tra. esp. de Reus; Beitrag. RPh. en: Das gesamte deutsche Recht, hrsg. von Stammler. (Capítulo F.ª del D.º en la obra colectiva: ..., editada por St.); RPh. Abh. u. Vorträge (Conferencias y disertaciones filosóficojurídicas). Entre los innumerables escritos críticos sobre St. merecen ser resaltados: MAX WEBER en Ges. Aufs. z. Wissenschaftslehre (Colección de artículos sobre la teoría de la ciencia), 1922, p. 291 ss. y 556ss.; M. E. MAYER en la revista Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung u. Rechtsw., 1905, p. 178 ss.; BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee (Concepto e idea del derecho), 1915; ERICH KAUFMANN, Kritik d. neukant, RPh. (Crítica de la filosofía del derecho neokantiana), 1921, p. 11 ss.; a favor de St. GRAFDONNA, Kanstudien, vol. 31, p. 1 ys.

Yo me uno, palabra por palabra, a la excelente apreciación de SOMLÓ de la obra de St. aceptando sus reservas y reconocimientos: Jurist. Grundlehre (Teoría jurídica fundamental), p. 45, nota 2ª.

recho, una crítica de la razón jurídica; unos cimientos de utilidad poco común para toda filosofía del derecho posible, pero todavía no el edificio mismo (12).

8. Aquí se insertan los esfuerzos de aquellos que no pueden olvidar que siempre en sus mejores tiempos la Filosofía del Derecho se ha esforzado por ser útil a la vida, bien marcando una finalidad a los grandes movimientos políticos, ya aclarándola, y que por eso quisieran arrancar a la Filosofía del Derecho del círculo de las investigaciones incesantes sobre su propio método, para constituirla en un sistema pleno de decididos juicios de valor. Es cierto, sin embargo, que ninguna Filosofía del Derecho puede pasar de largo ante el conocimiento fundamentado por KANT y nuevamente afirmado por STAMMLER, de que lo conocible con validez general, es sólo lo que lleva en sí carácter formal; a aquella filosofía jurídica no le queda más camino que renunciar a su validez general, cuando no sólo pretende el método sino también el sistema. Ahora bien, si no desea, por otra parte, permanecer en lo arbitrario de un solo sistema no le queda otra elección que desarrollar el sistema de los sistemas, sin propia

(12) Provenientes como St. de la escuela de Marburgo (Cohen, Natorp) hay que citar aquí a MAX SALOMON, Grundlegung der RPh. (Fundamento de la F.ª del D.º) 2ª ed. 1925, y a C. A. EMGE, Vorschule der RPh. (Prolegómenos a la F.ª del D.º), 1925, y Geschichte der RPh. (Historia de la F.ª del D.º), 1931. Para SALOMON la ciencia jurídica es «problemática del derecho», ciencia que se propone mostrar dónde se encuentran los problemas jurídicos, y en consecuencia el derecho positivo es sólo un conjunto de determinadas posibilidades de solución. Estos problemas constituyen el objeto de una mera técnica jurídica, en cambio la Filosofía del Derecho es la teoría de la idea del derecho, como una cuestión previa a la problemática jurídica. Para EMGE, el objeto de la Filosofía del Derecho está constituido por los supuestos lógicos, a los que debe la ciencia jurídica su particularidad.

decisión entre ellos; que es, precisamente, la tarea de la filosofía jurídica relativista. El impulso del conocimiento humano intentará repetidamente romper esta autolimitación modesta del relativismo; en nuestro más inmediato pasado hay toda una serie de tales intentos. El relativismo se satisface con cada intento de esta suerte, pues supone una aclaración de una postura filosófico-jurídica singular, un poner de relieve y hacer visible con la plenitud de la personalidad uno de los posibles sistemas, sin todo lo cual precisamente la Filosofía del Derecho relativista aparecería como un reino de sombras sin forma y sin color. Pero no puede acceder a dejar de rechazar las pretensiones exageradas de validez universal que tienen tales intentos y de mostrar la sumisión de ésta a determinados supuestos dentro de una concepción del mundo y de la vida.

9. Mas también en otra dirección, la evolución filosófico-jurídica traspasa los estrechos límites de la Filosofía del Derecho de STAMMLER. STAMMLER cree poder separar de modo tajante el concepto del derecho de la idea del derecho, derivando el concepto del derecho sin referencia alguna a la idea del derecho. Ya hemos visto (Capítulo 1) que ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el derecho. Detrás de esta concepción del concepto del derecho está la vivencia fundamental, que en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existente entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio de valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura: la idea del Derecho es un valor, empero, el

derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del derecho (cuando se hace caso omiso del cuarto, del religioso). Este tránsito convierte a la Filosofía del Derecho en una filosofía cultural del derecho (13).

10. Junto a la Filosofía jurídica edificada por el trialismo metódico y el relativismo, que vimos es el resultado de la marcha evolutiva de la nueva Filosofía del Derecho antes descrita, se afirman todavía en la actualidad los primeros peldaños de aquella evolución (14). La doctrina del derecho natural se ha mantenido con vida y hasta adquirido nuevas fuerzas (15). Con plenitud sistemática e imperturbabilidad digna de respeto penetra hasta la actualidad la Filosofía jurídica medieval en la forma de la Filosofía católica del derecho

(13) Fue fundador de esta dirección de la filosofía jurídica EMIL LASK (v. antes § 1, nota 1) y está representada por MAX ERNST MAYER, RPh. (F.^a del D.), 1922; WILHELM SAUER, Lehrb. d. R. u. Sozialph. (F.^a Jur. y Social), tr. esp. Labor, 1929. Grundlagen der Gesellschaft (Fundamentos de la sociedad), 1924; TSATSOS, Der Begriff des positiven Recht (El concepto del derecho positivo), 1928; RAVÁ, Compiti della Filosofia di fronte al Diritto, 1907, e Introduzione alla Fil. del. Dir., 1919. Cf. ANGERTHAL, Unters. z. Kulturidee i. d. neuen RPh. (Investigaciones sobre la idea de cultura en la nueva F.^a del D.^o), 1929; véase también la aguda crítica de Kelsen en el Jahrbuch de Schmoller, vol. 40, 1916, p. 1180. Dualismo y relativismo se encuentran también unidos entre sí en KANTOROWICZ. Cf. Rechtswissenschaft und Soziologie (Ciencia del derecho y Sociología), 1911, p. 21 ss.; Staatsauffassungen (Las concepciones del Estado), en el Jahrbuch f. Soziologie, tomo 1.^o, 1925, p. 101 ss.

(14) LARENZ, Rs. u. Staatsphilosophie. d. Gegenwart (La Filosofía del Derecho y del Estado contemporánea), 1931; RECASENS SICHES, Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico. Labor, 1929.

(15) GRIESS, Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart in Deutschland (Las corrientes contemporáneas del jusnaturalismo en Alemania), 1926; Jusnaturae et gentium, Zeitschr. f. inter. Recht, vol. 34, 1925, p. 113.

(16). Y el derecho racional de la ilustración celebra su restauración, en contacto con KANT y FRIES, en un sistema que impresiona por su inmovible creencia en la razón (17). Otro continuador de la ilustración, valientemente inactual, trata de fundamentar el «principio eudemonista» por él defendido con una «intuición apoyada en la empiria más posiblemente comprensiva», con una metafísica de base empírica (18). También el muy invocado renacimiento hegeliano actúa poderosamente, hasta con abandono por quien le sostuvo del punto de vista del criticismo kantiano (19). Y también SCHOPENHAUER, el contradictor filosófico de HEGEL, ha sido descubierto muy recientemente para la Filosofía del Derecho (20). Por otra parte, la teoría general del derecho ha encontrado una importante exposición en la forma ya transformada de una «Teoría jurídica fun-

(16) Cf. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht* (Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo), ed. esp. en Reus edit.: v. HERTLING, *Recht, Staat, und Gesellschaft* (Derecho, Estado y Sociedad), 4.ª ed., 1917; MAUSBACH, *Naturrecht und Volkesrecht* (Derecho Natural y Derecho Internacional), 1918; Hölscher, *Sittliche Rechtslehre* (Doctrina ética del derecho), 2 vol., 1928.

(17) LEONARD NELSON, *System d. phil. Rechtslehre und Politik* (Sistema de teoría filosófica del Derecho y de Política), 1929 (p. 85 «La justicia es el derecho»). Véase mi discusión en *Jur. Woch. Schr.*, 1925, tomo 1, p. 1252.

(18) ARTHUR BAUMGARTEN, R. Ph. (F.ª del D.º), 1929, *Die Wissenschaft vom Rechte und ihre Methode* (La ciencia del Derecho y su método), 2 vols., 1920 y 1922.

(19) JULIUS BINDER, Ph. d. Rs. (F.ª del D.º), 1925 (p. 67: «en HEGEL encontramos lo que en KANT habíamos buscado inútilmente: la realidad de las ideas en el mundo empírico, una realidad plena de ideas y la Historia como el proceso de aparición de la idea en la realidad»). Con su libro anterior *Rechtsbegriff und Rechtsidee* [Concepto e idea del derecho], 1915, estaba BINDER en la dirección señalada en la p. 38, nota 1.

(20) GEORG STOCK, RPh. (F.ª del D.º), 1931.

damental», en la que se oponen a los simples conceptos jurídicos generales de validez general empírica, conceptos jurídicos fundamentales, supuestos de toda ciencia jurídica posible (21). Igualmente Filosofía jurídica del Derecho positivo, más que Filosofía del Derecho en absoluto, es la llamada teoría pura del derecho (22), una singular unión del positivismo con su aparentemente opuesta «Teoría normológica del deber ser», que en su inexorable desenmascarar de hipóstasis y ficciones parece aceptar de nuevo el lema de un original filósofo de la escuela de LUDWIG FEUERBACH (23): «cómo una alta policía del saber» deshacer «todos los fantasmas jurídicos» para finalmente «aniquilarse a sí misma». Desde la teoría pura del derecho brotan numerosas conexiones con la investigación fenomenológica del derecho (24). La «intuición esencial» aplicada a la «naturaleza de las cosas» no necesita valer a la par como juicio de valor: las determinaciones del deber ser exigidas por el derecho positivo, pueden separarse con buenos fundamentos de las leyes del ser descubiertas por la fenomenología (25). Así, el problema de la fenomenología del derecho podría ser otro

(21) SOMLÓ, *Juristische Grundlehre* (Teoría jurídica fundamental), 1917, 2.ª ed. 1927.

(22) Iniciada por HANS Kelsen en su libro «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*» (Problemas fundamentales de la teoría jurídica del Estado), 1911, 2.ª ed. 1923, y desde entonces mantenida en numerosos libros de Kelsen y sus discípulos.

(23) LUDWIG KNAPP, *System, d. R. Ph.* (Sistema de Filosofía del Derecho), 1857.

(24) Iniciada por ADOLF REINACH, *Die apriorischen Grundlagen d. Bürgerlichen Rechts* (Los fundamentos a priori del Derecho civil), 1913. Además, FÉLIX KAUFMANN, FRITZ SCHREIER, GERHARD HUSSERL, WILHEM SCHAPP.

(25) Así al menos en REINACH, p. 133.

que el de la filosofía valorativa del derecho (26). Finalmente, también el vocerío en torno al problema del «jefe» ha tenido su eco en la Filosofía del Derecho: una «teoría pragmática del derecho» se apoya en la «representación fundamental de la jefatura»; no pregunta por la Idea sino por la personalidad, que de la «última vivencia de la necesidad» hace brotar creadoramente la Idea (27). Y no podemos hablar aquí en sus particularidades de la Filosofía jurídica extranjera, en especial de las muy desarrolladas francesa e italiana (28).

Entre tantas voces e idiomas, apenas comprensibles unos para otros, hay mucha agudeza, pero raramente la luz penetrante y llena de juegos de la finura o el rayo estremecedor y afortunado de la profundidad, más raramente aún la impronta sencilla, valedora de sí misma, de la clásica objetividad.

(26) A otros problemas que no son de Filosofía jurídica responde ERNST WEIGELIN en sus investigaciones sobre la «realidad ética»: «Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie (Introducción a la filosofía de la moral y del derecho), 1927.

(27) WILHELM GLUNGLER, *Prolegomena zur Rechtspolitik* (Prolegómenos a la Política del D.^o), 2 vols., 1931.

(28) Cf. GIORGIO DEL VECCHIO, *Lezioni di F.^a del Dir.* (Lecciones de Filosofía del Derecho), trad. esp. de RECASENS SICHES con extensas adiciones. Bosch. Barcelona), 1930; y respecto a Francia véase la novísima revista *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*.

*Quien recela de la idea, no logra
tampoco captar nunca el concepto.
Goethe.*

4 El concepto del Derecho.

Derecho: la realidad referida a la idea del Derecho; La Justicia como idea del Derecho; La Equidad; Deducción del concepto del Derecho; Conceptos jurídicos a priori.

Parece a primera vista que el problema del concepto del Derecho pertenece más que a la Filosofía del Derecho, a la ciencia del mismo. En efecto, la ciencia del derecho ha emprendido repetidamente el intento de lograr inductivamente el concepto del derecho de los fenómenos jurídicos singulares; y no hay duda, que es fundamentalmente posible la adquisición por comparación de los fenómenos jurídicos singulares del concepto general, sustrato de todos ellos. Pero si de este modo se adquiere ciertamente el concepto del derecho, no se le puede fundamentar. Pueden obtenerse de la experiencia tantos conceptos generales como se quiera, por ejemplo, todos los hombres con una determinada letra inicial o una cierta fecha de nacimiento, pero la generalidad de tales conceptos para un círculo mayor o menor de hechos singulares no es garantía de su valor. Ahora bien, no puede demostrarse nunca por el camino de la inducción generalizadora que aquellos conceptos no son casuales, sino conceptos universales necesarios; es decir, eficientes y fecundos. Que el concepto del derecho es

uno de semejantes conceptos universales y qué cosa esto significa, habrá de mostrarse ahora por el modo de su deducción. El concepto del derecho es un concepto cultural, o, lo que es lo mismo, un concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho. El concepto del derecho está, pues, predibujado en la idea del Derecho (1).

La idea del derecho no puede ser otra que la justicia. «Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius», dice la glosa al 1. 1. pr. D. 1. 1. Está, por tanto, justificado que nos detengamos en la justicia, como en un último punto de partida, ya que lo Justo —como lo Bueno, lo Verdadero y lo Bello—, es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro (2).

Pudiera intentarse ver únicamente en la justicia una manifestación de lo moralmente bueno. Y así lo es, en efecto, cuando se la considera como propiedad humana, como virtud, diciendo con ULPiano: «constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi». Pero esta

(1) De acuerdo con BINDER, Rechtsbegriff u. Rechtsidee (Concepto e idea del derecho), 1915, p. 60: «todo aquello en donde actúa la norma a priori del derecho —o sea, la idea del derecho— es Derecho»; GURVITCH, L'Idée du Droit Social, 1931, p. 96: «La notion du droit est... essentielle-ment liée a l'idée de justice. Le droit est toujours un essai en vue de réaliser la justice»; DEL VECCHIO, Filosofia del Diritto (trad. esp. de RECASENS SICHES), 1930, p. 158: «La forma lógica (del Diritto) non ci dice punto ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, ma ci dice solo quale è il senso di qualunque affermazione di giusto o ingiusto; è insomma il contrassegno della giuridicità» ... Contra la concepción aquí expuesta, véase SOMLÓ, Jur. Grundlehre (Teoría jurídica fundamental), 1917, p. 131 ss.

(2) Para el concepto de justicia: MAX RÜMELIN, Die Gerechtigkeit (La jus.), 1920; DEL VECCHIO, La Giustizia, 1924.

justicia en sentido subjetivo, no puede definirse de otra manera que como el estado de conciencia dirigido a la justicia objetiva, de modo semejante a como lo hace la veracidad a la verdad. Mas aquí sólo se trata de esa justicia objetiva. Esta, empero, afecta en su valoración a un objeto distinto de aquel a que se dirige el juicio de valor moral: siempre lo moralmente bueno es únicamente un hombre, una voluntad, una conciencia, un carácter humano. También la Ética social estima sólo a los hombres en sus relaciones con otros hombres y no estas relaciones mismas. Lo justo, en cambio, en el sentido de la justicia objetiva no puede ser más que una relación entre hombres. El patrón de lo moralmente bueno se expresa en un hombre ideal, el patrón de la justicia en una ordenación ideal de la sociedad.

La justicia también, desde otro punto de vista, se nos presenta con dos aspectos. Puede llamarse justa a la aplicación u obediencia de una ley o a esta ley misma. A aquella primera especie de la justicia, la justicia del juez que aplica el derecho, mejor habría que llamarla justicidad. En todo caso, aquí no se trata de la justicia medida por el derecho positivo, sino de la que es patrón de este mismo derecho.

Justicia en semejante sentido significa igualdad, pero la igualdad misma es susceptible de diversa significación. Por una parte, según su objeto, puede referirse a bienes o a hombres: justo es el salario que corresponde al valor del trabajo, pero lo mismo la pena que afecta igualmente a unos que a otros. Por otra parte, según su medida, puede ser igualdad absoluta o relativa: el salario igual al trabajo o bien la pena de varios en relación con su culpa. Ambas distinciones une la famosa doctrina aristotélica de la justicia. La absoluta

Justicia igualitaria
y justicia distributiva

igualdad entre bienes, por ejemplo, entre trabajo y salario, entre daño y compensación, se califica por él como Justicia niveladora o igualitaria, por el contrario, la igualdad proporcionada, por ejemplo, la tributación según capacidad, la ayuda según necesidad y la recompensa y castigo según mérito y culpa, es la esencia de la justicia distributiva. La justicia igualitaria exige, por lo menos, dos personas, la distributiva por lo menos tres. Aquellas dos personas están equiparadas una a otra, en cambio de aquellas tres personas hay una que impone las cargas o distribuye las ventajas, estando en una relación superior con respecto a las otras. La justicia igualitaria es la justicia en las relaciones de coordinación, la distributiva es la que tiene validez en las relaciones de subordinación y supraordinación. La justicia igualitaria es la justicia del derecho privado, la distributiva es la justicia del derecho público. Con ello la relación entre ambas está aclarada ya de modo suficiente. La justicia igualitaria es justicia entre equiparados, presupone, pues, un acto de la justicia distributiva que haya otorgado a los partícipes la misma equiparación, la misma capacidad de relaciones, el mismo Status (3).

De esta manera es la justicia distributiva la forma originaria de la justicia (4). En ella hemos encontrado

(3) Lo mismo en EMGE, Geschichte d. R. Ph. (Historia de la Filosofía del Derecho), 1931, p. 34 s.

(4) Además, en oposición a la justicia distributiva, quizá no pueda representar la justicia igualitaria un valor absoluto, sino más bien significar un procedimiento adecuado destinado al mayor logro posible y al mismo tiempo, de dos egoísmos. Cf. Paschûkanis, all. Rechtslehre u. Marxismus, p. 143, y también el excelente artículo de ERNST MARCUS, en la Moslemische Revue, tomo 2, 1925, p. 13, en donde describe a la equivalencia como la raíz común de la ley natural, de la ley jurídica y de la ley de las costumbres.

la idea de la justicia hacia la que debe orientarse el concepto del derecho.

No debe afirmarse, con esto, que la construcción del derecho se agote en la justicia. Por una parte, el precepto fundamental de la justicia distributiva nada nos dice respecto a quién debe ser tratado como igual y quién debe serlo como desigual, presupone más bien, que la igualdad y desigualdad ha sido ya fijada desde una perspectiva que no puede lograrse desde ella misma. La igualdad no es un dato, las cosas y los hombres son tan desiguales «como un huevo a otro»; la igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista determinado de una desigualdad dada. Por otra parte, del pensamiento de la justicia distributiva puede sólo deducirse la relación, pero no el modo de tratar a personas diversas; puede, en efecto, deducirse la penalidad atenuada del robo en relación con el asesinato, pero no si el ladrón debe ser ahorcado y el asesino enroldado o si debe pensarse al ladrón con multa y al asesino con presidio. En ambos casos necesita la justicia completarse, con otros preceptos fundamentales, si se quiere obtener de ella preceptos de derecho justo (5). En este sentido, la justicia no es el principio exhaustivo, sino el específico del derecho que nos da la pauta para la determinación conceptual del mismo: Derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia.

En las luchas de poder por el derecho aparece a porfía con la justicia la equidad (6). Ya ARISTÓTELES,

(5) El mero carácter formal de la justicia lo patentiza F. K. MANN con el ejemplo de la justicia tributaria. (Homenaje a Schanz), 1928, p. 112 ss.

(6) Cf. MAX RÜMELIN, Die Billigkeit im. Recht (La equidad en el derecho), 1921; BINDER, Ph. d. Rs. (F.^a del D.^o), p. 396 ss.

en un famoso capítulo de su *Ética a Nicómaco* (V. 14), se había preocupado con interés de este dilema: que la equidad debiera ser mejor que la justicia y no pudiera ser algo contrapuesto a ella, sino más bien una especie de la misma. El mismo ARISTÓTELES apuntó también la solución: justicia y equidad no son distintos valores, sino distintos caminos para llegar al valor uno del derecho. La justicia ve el caso singular desde el punto de vista de la norma general, la equidad busca en el caso singular su propia ley, que al mismo tiempo y finalmente debe tolerar su conversión en ley general, ya que en fin de cuentas, la equidad como la justicia es de naturaleza generalizadora. Así se manifiesta en la distinción entre justicia y equidad la distinción metódica, ya antes indicada, entre un desarrollo deductivo del derecho justo de preceptos fundamentales universales, y un conocimiento inductivo del derecho justo según la «naturaleza de la cosa». La equidad es la justicia del caso concreto y por eso su consideración no nos obliga a variar nuestra fórmula: el derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia.

Pero con todo esto, se nos ha mostrado el camino para la determinación conceptual del derecho, mas no se ha obtenido la determinación conceptual misma. Exigimos saber qué especie de realidad sea ésta que está destinada a servir a la justicia; y para ello, en efecto, podemos desde aquel sentido de la realidad jurídica tornar la mirada hacia su esencia. La justicia en su adecuación al derecho significa lo reglado, lo recto, y merced a esta determinación de la idea por la materia estamos en situación de deducir de la idea consecuencias con respecto a la materia para que vale.

Las realidades cuyo sentido reside en estar al servicio de ideas, tienen la naturaleza psicológica de valoraciones y exigencias, y muestran una especie particular de realidad, una estructura intermedia entre la idea y las otras realidades, pertenecen, como situaciones de hecho psicológicas, a la realidad misma, pero, al mismo tiempo, se elevan sobre las otras realidades en cuanto reconocen pautas y erigen exigencias. De tal especie son la conciencia, el gusto y la razón en las formaciones culturales que se refieren respectivamente a la idea de lo moral, lo estético y lo lógico. La situación de hecho que en semejante relación corresponde a la idea del derecho, es la de ordenación. También de ella puede predicarse aquel carácter particular de realidad; es decir, positividad al par que normatividad. La ordenación como una realidad especial referida a la idea del derecho, la justicia, participa, además, con la justicia el objeto a que ésta se refiere: las relaciones recíprocas entre los hombres; tiene, pues, carácter social. Así como, finalmente, la esencia de la justicia consiste en dar forma a estas relaciones en el sentido de la igualdad, de modo parejo, pertenece a la esencia de la ordenación jurídica, y según su sentido, el estar orientada hacia la igualdad, el llevar consigo el carácter de lo general, erigiendo una pretensión de generalidad. Una ordenación para un hombre solo o una relación única, por ejemplo, un «decreto» según el artículo 48 de la Constitución del Reich, sólo puede ser un precepto de derecho cuando su carácter individual estriba en que únicamente afecta a esta persona individual o a aquella relación individual; es decir, cuando el sustrato tiene carácter individual, pero no la ordenación misma. Podemos resumir diciendo que la esencia de la

ordenación jurídica reside en su doble naturaleza, a la par positiva y normativa, social y general, y determinamos en este sentido al derecho como el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común. Esta determinación conceptual no se ha obtenido inductivamente de los fenómenos jurídicos singulares, sino que ha sido derivada deductivamente de la idea del derecho. Por tanto, no es de naturaleza jurídica, sino prejurídica, es decir, de carácter a priori en su relación con la ciencia jurídica (7). El concepto del derecho no es un concepto usual y casual, sino universal y necesario; el derecho no es tal porque los fenómenos jurídicos singulares permitan ser inordinados por él, sino al contrario, los fenómenos jurídicos son cabalmente jurídicos porque el concepto del derecho los encierra o comprende. Los fenómenos jurídicos no han puesto sobre sí democráticamente al concepto del derecho, sino que éste por la «gracia de Dios», es decir, por la gracia de la idea, ha obtenido el señorío sobre ellos. Sólo cuando contemplamos el caos de los datos desde el punto de vista del derecho, se separan, como tierra y agua por la palabra del creador, lo esencial jurídico de lo inesencial jurídico. Cuando se concibe al derecho (según frase de SAVIGNY) como «la vida misma del hombre contemplada desde un aspecto determinado», desde una cierta perspectiva, este punto de vista constitutivo para el mundo jurídico es precisamente el concepto a priori del derecho.

En el concepto del derecho se contienen, empero, una serie de conceptos jurídicos singulares que partici-

(7) «Un a priori relativo de la ciencia jurídica», SOMLÓ, Jur. Grundlehre (Teoría jurídica fundamental), p. 127.

pan de su naturaleza a priori; que tienen la propiedad de ser, no resultados, sino instrumentos de la ciencia jurídica, no generalizaciones casuales de fenómenos jurídicos empíricos, sino categorías imprescindibles del pensamiento jurídico. Así se origina de la naturaleza a la vez positiva y normativa del derecho, el concepto del precepto jurídico y el de sus ingredientes: cabe decir de un modo previo, es decir, a priori, que no puede darse ningún precepto jurídico que no regule algo, por tanto, que no deba contener tanto, aquel algo como su regulación: Situación de hecho y consecuencia jurídica. Con las propiedades de positividad y normatividad, está inseparablemente unido el problema de las fuentes del derecho: no hay ningún derecho que ante la cuestión del origen de su carácter normativo no nos deba una respuesta y no sea capaz de darla. Del carácter normativo del derecho se origina la doble posibilidad de actuar de acuerdo con él o en su contra, y con ello se nos dan los conceptos de juricidad y antijuricidad, ante los cuales todo hecho jurídico ha de demostrar la obligatoriedad a priori. De la validez del derecho para la vida de los hombres en común, para las relaciones de unos con otros, se sigue que su contenido debe estar constituido por relaciones jurídicas, que fundamentan como sus elementos: deberes jurídicos y derechos subjetivos; no puede pensarse orden jurídico alguno que no pueda descomponerse en relaciones jurídicas, en derecho y deberes. Y, a su vez, no cabe pensar derechos y deberes sin sujetos en quien residan y sin objetos a qué referirse.

Sujeto de derecho y objeto de derecho no son conceptos de los que una ordenación jurídica haga uso y de los que otra prescinda, sino que son conceptos necesarios para todo Derecho que pueda pensarse.

Encontraremos todavía en el transcurso de nuestras consideraciones otros conceptos jurídicos a priori. Pues la aprioridad es un concepto de relación, que califica una conexión de un determinado concepto con un material de hecho determinado; ahora bien, el concepto del derecho sólo desarrolla la plenitud de su aprioridad posteriormente, en lo múltiple de los hechos jurídicos, y, por eso, la enumeración de estos desarrollos es tan imposible como la de los hechos a los que el concepto del derecho ha de aplicarse. La idea de una «tabla de categorías», es decir, de una tabla simétrica de todos los conceptos jurídicos a priori, no es, por tanto, realizable (8).

(8) STAMMLER, Th. d. RW. (Teoría de la ciencia del Derecho), 1911, p. 222s.

Por lo demás, se ha querido siempre mantener vacilantes á las leyes morales en el mayor grado posible. ¿Por qué no se escriben y graban tan fijamente como la ley divina y la civil? Quizá, porque una ley moral honradamente escrita debería absorber también los derechos de los hombres.
Strindberg.

5 Derecho y Moral.

Exterioridad-interioridad según el objeto; según el sujeto de fines; según el modo de obligar; según la fuente de validez. La moral como fundamento de validez del derecho; y como fin del Derecho.

Del concepto del derecho fijado por nosotros antes, debe poderse deducir ahora de un modo completo la distinción entre ese derecho y otras clases de normas. Esta distinción la comenzamos por las clases de normas más próximas: moral y decoro social.

Cuando, como a menudo sucede, se colocan derecho y ética uno junto a otra, se comparan magnitudes inconmensurables. El Derecho es un concepto de la cultura, la ética un concepto del valor. De igual manera que la idea de la justicia en el derecho, así en el hecho psicológico de la conciencia es donde alcanza la idea de lo ético en la moralidad realidad cultural. Sólo pueden compararse o dos conceptos de valor: justicia y ética, o dos conceptos de cultura: derecho y moralidad.

Se acostumbra a designar la distinción entre derecho y moral con el tópico: exterioridad del derecho, interioridad de la moral. Esta fórmula cobija, empero, cuatro diferentes significaciones:

1ª En primer lugar, se ha referido el contraste «exterioridad-interioridad» al sustrato del derecho y de la moral, en cuanto se ha creído regular la conducta externa jurídicamente y la interna moralmente: *cogitationis poenam nemo patitur*. Esta proposición parece derivarse necesariamente de la concepción del derecho como un conjunto de preceptos para la vida humana en común, pues ésta sólo existe allí donde los individuos en su actividad entran en relación con otros individuos.

La experiencia jurídica conoce, sin embargo, y a pesar de esto, una multitud de conductas internas jurídicamente relevantes, tanto en la forma de una conducta interna decisiva para la calificación jurídica de la conducta externa a que va unida (p. ej., clases de culpa, buena fe), bien, ocasionalmente, en la forma de una conducta interna que clama por sí misma efectos jurídicos: tal, cuando la situación de peligro de la «salud espiritual» de un niño, lleva a una ordenación de los cuidados educativos del Estado. Y así como el juicio jurídico no se limita sólo a las acciones externas, el juicio moral, a su vez, no se limita únicamente a la conducta interna; al contrario, le está precisamente sustraída. Parejamente a como no cuentan para el mérito los «deseos piadosos» nunca realizados, y los «buenos propósitos» con que está empedrado el camino del infierno, no debe, consecuentemente, encontrarse culpa en el deseo perverso, la tentación y la tentativa (1). La

(1) «¡Ah, los malos pensamientos! No podemos impedir que los pájaros vuelen por encima de nosotros; pero sí podemos impedir que pongan sus

vida pasiva de los impulsos es, por sí misma, irrelevante; moralmente relevante lo es sólo la voluntad activa que con ellos se enfrenta. La voluntad se distingue del impulso cabalmente por su actividad, tan sólo por la acción testimonia su existencia; por eso debe buscarse con razón el círculo de aplicación de la moral en las acciones humanas.

De esta manera, tanto la conducta externa es susceptible de valoración moral, como la interna de la jurídica. No hay ningún dominio de acciones internas o externas que no pueda someterse a valoración tanto jurídica como moral. Lo que al principio aparecía como una distinción entre moral y derecho, puede mantenerse como una distinción en la dirección de sus intereses: la conducta externa interesa sólo a la moral, en cuanto es un testimonio de una conducta íntima; la conducta interna emerge sólo en el círculo del derecho, en cuanto de ella cabe esperar una acción externa. Cuando, p. ej., el movimiento de reforma penal, viendo en el hecho criminal un síntoma de la conciencia criminal de su autor considera a esta conciencia como el fundamento propio de la pena, es porque esta conciencia criminal es sólo, a su vez, la fuente virtual de posibles hechos criminales que tienen ya una significación jurídica.

De igual modo que la conciencia es únicamente relevante para el derecho en cuanto síntoma de futuras acciones, a la inversa hay acciones inabordables para

nidos en nuestras cabezas» (LUTERO, citado en una carta de T. Fontane). «Los pensamientos llegaron sin que yo fuera culpable de ello y sin yo llamarlos. Yo no sabía que eran malos. Luché luego con el pensamiento y no quiero que pueda cansarme en tanto viva» (OTTO LUDWIG —citado por WEIGELIN, *Moral u. R. Ph. (Moral y F.^a del D.^o)*, p. 60, nota 1).

el derecho en cuanto sólo entran en consideración como síntomas de conciencia. Las relaciones que se exteriorizan ciertamente en acciones, pero en las que estas acciones sólo son relevantes, no por lo que en sí son, sino sólo en la medida de lo que significan, por lo que revelan del alma del que las ejecuta, deben pertenecer exclusivamente al dominio de la valoración moral. Por eso es por lo que el derecho se retira ante la amistad, pues la conducta externa en ésta es cosa secundaria sin propia significación, sólo con sentido en cuanto traduce un estado de conciencia, en cuanto es como una prueba o demostración de la amistad. LEÓN TOLSTOI, atenido a su concepción de que toda conducta entre hombres sólo tiene sentido en cuanto sea expresión de una comunidad de amor, despoja, consecuentemente, de justificación a todo derecho y a toda vida estatal. Esta forma nobilísima del anarquismo tiene sus raíces en la repugnancia a reconocer un valor, por limitado que sea, en la exterioridad sin alma; en el elevado y unilateral pensamiento de que todo lo externo es sólo valioso por el alma que en él se ponga; y en el presentimiento profundo del estado sin espíritu a que puede conducir la costumbre profesional de los juristas, que al contrario de lo que en realidad es, consideran de soslayo a las almas humanas como fuente secundaria de los hechos, que son lo único para ellos con sustantividad jurídica. «La apresurada e inútil actividad externa, que estriba en la producción y aplicación de las formas externas de la vida, encubre ante las gentes la actividad interna propiamente esencial, las modificaciones de la conciencia, única capaz de mejorar la vida». La esencia y el pecado mortal del derecho y sus representantes está «en creer que hay relaciones, en las que

un hombre puede darse sin amor; mas semejantes relaciones no existen» (2).

2ª La antítesis «exterioridad-interioridad» puede apuntar ulteriormente al sujeto de fines del derecho y de la moral. El valor jurídico califica a una conducta como buena para la vida humana en común, el valor moral la califica como buena pura y simplemente. El valor jurídico es un valor de la conducta para los otros o para la totalidad de los otros, el valor moral es el valor de una conducta en absoluto. La escolástica acostumbraba a decir que la moral era, «ab agenti», el derecho «ad alterum». Por eso frente al obligado jurídicamente hay siempre un interesado, pretensor o acreedor, mientras que al deber moral, sólo simbólicamente se atribuye un pretensor o interesado semejante, así, cuando se habla de deberes para con Dios, para con la propia conciencia, para con la humanidad, para con la parte mejor de nosotros mismos. En el dominio del derecho puede hablarse de deber y obligación, en cambio el deber moral no significa obligación, deber ante un acreedor, sino deber pura y simplemente. Asimismo, los llamados deberes para con los demás, no lo son en el sentido que su cumplimiento pueda ser exigido por ellos: «A cualquiera que te hiriere en tu mejilla diestra, vuélvele también la otra. Y al que quisiere ponerte pleito y tomar tu ropa, déjale también la capa»; estos mandamientos no pretenden dar un derecho a la bofetada y a la capa, sino precisamente patentizar la

(2) TOLSTOI, La ley de la fuerza y la ley del amor (ed. alemana, 1909, p. 102); Resurrección, 2.ª parte, cap. 40. Sobre esto véase el hermoso libro de BORIS SAPIR, Dostoiowski u. Tolstoi über Probleme des Rechts (D. y T. ante los problemas del derecho), 1932.

futilidad de todo derecho para una y otra parte. PRETRAZYCKI puso en la naturaleza «imperativo-atributiva» del derecho y en la puramente atributiva de la moral, el fundamento de su distinción; y no es mera casualidad, que TOLSTOI —que quería saber fundadas todas las relaciones humanas de un modo puramente ético, desbordándose espontáneas de una plenitud de amor, no surgidas por la fuerza obligatoria de una pretensión—, atacara, precisamente, en la persona de PRETRAZYCKI las características de la actitud jurídica (3).

3ª La oposición entre exterioridad e interioridad, parece afectar, en tercer lugar, a la diversidad de los modos de obligar. La moral exige que se cumpla el deber por el sentimiento de ese deber, el derecho admite otros impulsos. A la moral le basta únicamente la conciencia conforme a la norma, al derecho la conducta conforme al precepto, o con expresión kantiana: la moral exige «moralidad» (Moralität), el derecho sólo legalidad (Legalität). Esta distinción que es exacta, deja de serlo cuando se la concibe como una distinción de los modos de obligar. Un deber de mera legalidad es una contradicción en sí, cuando se comprende por deber una relación de subordinación de la voluntad a una norma; y apenas cabe otra determinación conceptual. Si se quieren reconocer «deberes de legalidad hay que entender por ello una obligatoriedad del cuerpo sin una

(3) L. V. PRETRAZYCKI, *Über die Motive des Handels und über das Wesen der Moral und des Rechts* (Sobre los motivos de la conducta y sobre la esencia de la moral y del derecho), 1907; TOLSTOI, *Über das Recht, Briefwechsel mit einem Juristen* (Sobre el derecho. Correspondencia con un jurista); sobre PRETRAZYCKI véase Gurvitch, *Arch. d. Ph. d. Dr.*, 1931, p. 403 ss. También DEL VECCHIO, *Fil. del Dir.*, p. 171, funda en esta característica la distinción entre moral y derecho: che questo concetto della bilateralità è la chiave di volta dell'edificio giuridico.

obligatoriedad simultánea de la voluntad; hay que decidirse, entonces, a designar como deber, con plena generalidad, a la relación del sustrato de la norma con la norma de cualquier especie que sea tal sustrato, y a hablar de una obligatoriedad de los pensamientos por la norma lógica o del deber estético del mármol ante el cincel (4).

Moralidad y legalidad no significan según esto una distinción en los modos de obligar, sino que sólo la norma moral tiene en la voluntad un sustrato de deber, mientras que el sustrato del derecho, la conducta, excluye por necesidad conceptual serlo en igual sentido; es, pues, simplemente una distinción de sustrato, el hecho que solamente la moral tiene como objeto al individuo con sus motivaciones y el derecho, al contrario, la vida en común en la que sólo cuenta la conducta externa (la interna sólo mediatamente) del individuo y no sus motivaciones. Así entendida, no es la legalidad característica singular del derecho, sino común a todos los valores que no tienen por objeto al individuo y sus motivaciones, como los valores lógicos y estéticos. En consecuencia, hay que achacar al punto de vista de la legalidad, que parejamente a lo que ocurre con el valor de una conducta jurídica, se juzgue el valor estético o lógico de una obra de arte o científica, sin tener en cuenta las motivaciones de su creador; que por eso, no se considere a la aportación cultural de la humanidad disminuida de valor porque sea en su mayor parte el resultado de la ambición humana, o que, al contrario,

(4) Tanto Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht* (Norma jurídica y deber jurídico), 1912, como LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff* (El concepto del derecho como concepto de relación), 1915, p. 57 s., eliminan el concepto de deber del dominio de lo jurídico.

no se considere mejor al «músico malo» por el solo hecho de ser una buena persona (5).

De esta consideración se desprende que las normas jurídicas en su forma originaria más tenían el carácter de medidas para la vida humana en común, que de mandatos dirigidos a los individuos; que de acuerdo con su carácter primario se componen de «normas de valoración» y no de «normas determinadoras» (6).

Pero el derecho no solamente quiere juzgar la conducta humana sino promoverla conforme a él, e impedir la que se le oponga. Las medidas jurídicas se transforman, por eso, en imperativos, es decir, en mandatos y prohibiciones determinantes para la voluntad humana—y no tal vez «normas determinadoras» que activen valorando en la voluntad humana. Mas la distinción entre norma e imperativo exige una consideración más a fondo (7).

Donde mejor se patentiza esta distinción, es en algunos preceptos, en los que una norma va unida a un imperativo, apareciendo un contenido normativo en una forma imperativa (8). «¡Cumple tu deber!»

(5) Hasta qué punto tiene validez para el mismo KANT esta interpretación de la legalidad (Legalität), es lo que investiga HAENSEL en su libro *Kants Lehre v. Widerstandsrecht* (La doctrina kantiana del derecho de resistencia), 1926, p. 32 ss.

(6) Esta concepción es, como se sabe, de una gran importancia para las teorías penales de la antijuricidad y de la culpa.

(7) Según el desarrollo conceptual que sigue el «imperativo categórico» de KANT, es en verdad una norma.

(8) Bajo la forma del imperativo hay que entender toda forma de la tendencia a una posición de motivos, que se manifieste de palabra o por escrito. La siguiente escala patentiza la fuerza imperativa creciente de las formas orales del mandato: ¡Ven!

— (Debes venir! —¡Habrás de venir! —¡Ya estás viniendo! El lenguaje jurídico francés (y español) prefiere el imperativo futuro (será puni —se castigará, será castigado), el alemán el imperativo presente (wird bestraft).

Cuando en este precepto se separa el sentido de su soporte, lo decretado de su expresión, se obtiene por un lado un producto sensible, temporal y espacialmente determinado, causalmente ocasionado y con efectos ulteriores, una serie de sonidos que suenan aquí ahora, y que han nacido de un proceso psicológico en el que habla, para suscitar otro en el que escucha; por otro lado, el contenido de una significación no causal, intemporal e inespacial; una necesidad moral que vale independientemente del lugar, tiempo y virtualidad de aquel mandato. Aquel precepto es un imperativo en cuanto que es y opera, una norma en cuanto significa y vale; imperativo en cuanto por él se ejecuta un querer, una norma en cuanto por él se enuncia un deber ser; ambas cosas unidas ciertamente en el precepto antes citado, pero de ninguna manera siempre igual en otros casos. La norma es una no realidad que quiere ser realizada, el imperativo es una realidad que quiere actuar. La norma pretende ser fin, el imperativo sólo medio para un fin. La norma como fin no se satisface sino cuando ha sido cumplida ella misma, el imperativo, como simple medio para un fin, termina cuando su fin se cumple, sea por su propia fuerza motivadora, sea «sin su intervención» por la existencia de una motivación operante en una dirección paralela. La norma exige una conducta de acuerdo con ella, por motivos de conformidad con la norma; al imperativo satisface una conducta conforme a él, sea como quiera motivada. Con otras palabras: la norma exige moralidad, el imperativo legalidad; sin embargo, aun para esta forma secundaria, imperativista del derecho, no es la legalidad un modo de obligar, ya que la esencia de un imperativo no reside en

obligar, sino en determinar, no en valer, sino en actuar (9).

4ª Se ha buscado, por último, la exterioridad del derecho y la interioridad de la moral en la diversidad de sus fuentes de vigencia o validez: se adjudica al derecho la heteronomía porque parece que llega a sus sometidos como una voluntad extraña que obliga desde fuera, a la moral se atribuye autonomía, porque sus leyes sólo están promulgadas para cada uno a través de su propia personalidad moral (10). Pero una obligatoriedad heterónoma, producida por una voluntad extraña es una contradicción en sí. Un querer puede producir un cumplimiento inexorable (müssen) cuando la fuerza de la compulsión le acompaña, pero nunca puede dar lugar a un deber ser; y no sólo un querer extraño, sino un querer propio: la expresión «Autonomía» es comprensible tan sólo cuando no se considere como obligante de esa relación de obligarse por sí mismo un querer cualquiera —aunque sea la exigencia de la conciencia—, una realidad cualquiera empírico-psicológica, sino la personalidad moral, un producto meramente normativo, ideal e irreal; en otras palabras, que se entienda por ella la norma obligante: no obliga la conciencia, sino la norma que por ella habla. De esta manera se llega al siguiente dilema: o se concibe al derecho como voluntad —y entonces hay que renunciar a la fundamentación de su validez, de su fuerza obligante, de su carácter de lo debido— o se le considera como lo debido (Gesollt), lo obligante, lo válido —em-

(9) En contra BRODMANN, *Recht u. Gewalt* (Derecho y fuerza), 1921, p. 13 s.; Kelsen en el *Jahrbuch de Schmoller*, tomo 40, 1916, p. 1234 ss.

(10) Sobre el problema de la heteronomía o autonomía del derecho, véase DARMSTAEDTER, *Recht u. Rechtsordnung* (Derecho y orden jurídico), 1925.

pero, fundando esta validez autónomamente, como exigencia de la propia personalidad moral de los sometidos al derecho (11).

Con ello queda ya insinuado, que junto a las diferencias entre moral y derecho, deben también existir relaciones entre ambos; mas no ciertamente en el sentido que el derecho sea el «mínimo ético» (GEORG JELLINEK) o el «máximo ético» (GUSTAV SCHMOLLER): extensivo mínimo ético, porque sólo algunos de los deberes éticos erige en deberes jurídicos, e intensivo mínimo ético porque se satisface con el cumplimiento exterior sin exigir una actitud íntima de conciencia; pero máximo ético, también, a consecuencia del poder coactivo para su plena ejecución, en contraste con la impotencia física de la moral. Ambas opiniones desconocen la posibilidad de trágicos conflictos entre derecho y moral, como los que dimanantes del carácter preceptivo del derecho y de convencimiento de la moral pueden darse en el delincuente por conciencia. Hay que pensar, por tanto, que el derecho y la moral en el contenido de sus exigencias coinciden sólo en parte y casualmente. La relación entre ambos dominios de normas reside, más bien, en que la moral es por un lado fin del derecho, y por otro fundamento de su validez obligatoria.

I. Únicamente la moral es capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho. De los preceptos jurídicos considerados como imperativos, como manifestaciones de voluntad, puede derivarse como antes se indicó un cumplimiento necesario (müssen), pero jamás

(11) Igualmente RUDOLF LAUN, *Recht u. Sittlichkeit* (Derecho y moralidad), 1925.

un deber ser. Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido, en la propia conciencia, de fuerza moral de obligar. Habrá de desvanecerse en nuestras posteriores consideraciones en torno a la validez del derecho el aparente temor de que la fundamentación por la moral de la validez jurídica, convierta la dependencia de esta validez, en sentido jusnaturalista, de la justicia del derecho, en una dependencia, al modo anarquista, de su reconocimiento por la conciencia individual. Hay que mostrar ahora cómo esta concepción de ninguna manera destruye la obtenida separación, por sus contenidos, de moral y derecho, convirtiendo al derecho en una simple parte de la moral y a la norma jurídica en una norma moral de un contenido determinado. La naturalización del deber jurídico en el dominio de la moral se manifiesta como un caso de un fenómeno general que apenas está estudiado: la investidura de un mismo material con doble carácter de valor; así, el valor lógico de la verdad, llega a ser objeto de valoración ética, convirtiéndose en un bien moral, cuando se le considera objeto del deber de la veracidad. De especie semejante son todos los «deberes culturales», los cuales, productos de valor, como la verdad en la forma de ciencia, o la belleza en la forma de arte, se hacen objeto de la conducta moral; o como la justicia, por la que el derecho justo, o la juricidad, por la que el derecho positivo, se conciben como bienes éticos. Y de la misma manera que esta elevación a valores morales no afecta a la independencia de las leyes lógicas del valor de verdad, o estéticas del valor de belleza, permanece completamente salvaguardada la legalidad pro-

pia del dominio jurídico luego de su anexión por la moral. KANT dijo con razón «qué todos los deberes, simplemente porque son deberes, pertenecen a la Etica; pero que su legislación no está contenida para todos en la Etica, sino fuera de la misma para muchos de ellos (12).

La moral se somete aquí a una legislación extraña, se abandona a la dialéctica específica de otro dominio de la razón, firma, por decirlo así, en blanco la aceptación de un deber, cuyo contenido ha de fijarse luego en otro dominio de normas. Sella al derecho y la justicia como si fueran tareas morales, pero abandonan la fijación de su contenido a una legislación que cae fuera de lo moral.

2. Esta sanción del derecho por la moral es cabalmente posible, porque el derecho a pesar de toda la diversidad posible de su contenido, tiene, empero, a la moral como su fin. Desde luego, el derecho no pretende servir a la realización de los deberes morales, por el hecho de pertrecharlos de la sanción de los deberes jurídicos, pues la norma moral, que sólo quiere ser cumplida en cuanto es, nada gana con que a su lado surja el imperativo de naturaleza bien diferente a la suya. El derecho sirve a la moral, no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el de los deberes (13). Garantiza derechos a los in-

(12) *Metafísica de las costumbres* (ed. esp. de D. M. G. Morente. Calpe), ed. alemana de Vorländer, p. 1907, p. 22 s.

(13) El problema de cuál sea la forma originaria: el derecho o el deber jurídico, tiene contestación diversa para la jurisprudencia y para la filosofía jurídica. Para la jurisprudencia la serie lógica es ésta: mediante el derecho objetivo el deber jurídico y a través de éste (posiblemente) un

dividuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales. Piénsese en la justificación que, en este sentido, se ha buscado a la propiedad. «La propiedad obliga, su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general.» (Art. 153 Cons. alemana). De esta manera se aclara el pathos ético existente en los derechos subjetivos, el hecho, que tanto el pensamiento: «¡mi derecho!», como el pensamiento «¡mi deber!», infundan aquel sentimiento de sublimidad que vive el alma individual cuando se siente inmersa en una poderosa conciencia que la trasciende, cuando conscientemente venera la humanidad en el hombre. El orgullo moral, que siempre va unido a lo que el hombre se da a sí mismo, va ligado en los derechos subjetivos a lo que uno aporta a los demás; el impulso y el interés, encadenados siempre por la norma, quedan ahora libertados por la misma norma. Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir mi deber moral; y al contrario, es, por eso, mi deber, garantizar mi derecho. En sus derechos lucha el hombre por sus deberes, por su personalidad moral. Así pudo JHERING predicar la «lucha por el derecho» como un deber de la «autoafirmación moral». El tipo ideal de la lucha por el derecho, de la lucha en la cual el hombre en la forma de sus intereses defiende su personalidad moral permite, sin embargo, un desarrollo hacia dos extremos opuestos: puede tratarse de una pura lucha por la personalidad moral, sin atención al propio interés, y hasta llegar a la propia aniquilación (MIGUEL KOHLHAAS), o bien de una desnuda lucha de intereses sin fondo moral,

derecho subjetivo; en cambio para la Filosofía del Derecho es esta otra: por causa del deber moral el derecho subjetivo, y en méritos de este derecho subjetivo, el derecho objetivo y el deber jurídico.

incluso descendiendo a puro leguleyismo aun sin contenido de interés (SHYLOCK). El derecho es sólo, pues, la posibilidad de la moral, y cabalmente por eso también, la posibilidad de lo inmoral. El derecho puede únicamente posibilitar la moral, y no forzarla porque el hecho moral por necesidad conceptual sólo puede ser un hecho de la libertad; pero porque sólo puede posibilitar la moral, tiene también de modo ineludible que posibilitar lo inmoral (14).

La relación entre moral y derecho se nos muestra así, como una fecunda relación de tensión. El derecho está en principio tan ajeno, y diferenciable, y en el modo posible, tan opuesto a la moral, como está siempre el medio en relación al fin; para luego, precisamente, como medio para la realización moral y participando de lo valioso de su fin, ser acogido, ya reservada su propia legalidad, en el seno de la moral.

(14) De modo semejante MAX ASCOLI, In torno alla concezione del diritto nel sistema di Benedetto Croce. Fin del derecho: salvare nell'uomo la possibilità di divenir buono (p. 85), por consiguiente, amoralità del diritto (p. 41).

Un poderoso enemigo de la rectitud de los hombres unos con otros, es la cortesía ciudadana. La mayor infelicidad de los discretos y la mayor felicidad de los tontos estriba en las conveniencias sociales.

Franz Schubert

6 Derecho y decoro social.

Carácter contradictorio del decoro social; su función social.

Los intentos de limitar conceptualmente uno de otro el derecho del decoro social han fracasado siempre. Cuando se concibe al derecho como algo hecho y al convencionalismo social como algo crecido, podría refutarse esta concepción con una referencia al derecho consuetudinario; cuando se explica el derecho como coactivo y al decoro social como voluntario en su cumplimiento, bastaría en contra con aludir, por una parte, a los numerosos deberes jurídicos incoaccionables, no sólo deberes jurídicos internacionales y deberes constitucionales de los órganos supremos (¿quis custodiet custodes?), sino muchos deberes de los simples ciudadanos (ley alemana de procedimientos civiles, § 888, p. 2); y también, por otra parte, con referirse a que aquella fuerza coactiva de carácter psicológico, indispensable para la validez del derecho, no es menos apropiada al decoro social que al derecho, como lo demuestra la obligación de vino en la mesa del hués-

ped o a la que alude este cartel « Permitida la entrada, sin obligación de compra» (1).

La vanidad de todos los intentos hasta aquí realizados, obliga a sospechar en la imposibilidad de una delimitación entre derecho y convencionalismo, y en efecto, puede demostrarse tal imposibilidad. Los conceptos culturales referidos a un valor, pueden definirse con ayuda de la idea a que se orientan. De esta manera, hemos determinado a la Moral como la realidad cuyo sentido estriba en desarrollar la idea de lo bueno y al Derecho como la realidad que tiene el sentido de servir a la Justicia. Una idea, empero, a la que el decoro social pudiera orientarse, no se encuentra, y con ello fracasa la comensurabilidad de la moral y el derecho, por un lado, con el decoro social, por otro. El decoro social no puede coordinarse a los otros conceptos culturales, carece de sitio en el sistema de los conceptos de la cultura (2).

El decoro social está respecto al derecho y la moral en una conexión histórica, mejor que sistemática. Es la protoforma común, en que todavía se contienen indistintos el derecho y la moral, el «estado de indiferencia del que se emancipan en direcciones distintas las formas del derecho y de la moral». (GEORG SIMMEL). De esta manera, el uso de la limosna se desarrolla por un lado, en el deber moral de la misericordia y por otro, en la institución jurídica de la beneficencia. El destino

(1) Igualmente, el concepto stammleriano de la «regla convencional» no ha llevado al problema más cerca de su solución. La pretensión de validez de los convencionalismos es la de ser aún más «soberana» que la del derecho.

(2) En contra, WEIGELIN, *Sitte, Recht u. Moral* (Decoro social, derecho y moral), 1919, p. 915; BAUMGARTEN, *Wissenschaft v. Recht* (Ciencia del Derecho), v. 1, 1920, p. 190.

del convencionalismo social es el de ser absorbido por el derecho y la moral, luego que él, preparó e hizo posibles tanto el derecho como la moral.

Por este carácter preparatorio del derecho y la moral que el decoro social posee, se explica su propia degeneración tan pronto como el derecho y la moral se forman como productos culturales independientes y mutuamente separados. Hoy es el decoro social un producto mezclado, y en sí mismo contradictorio, de valoración moral y jurídica. Con igual derecho cabe atribuirle lo mismo la exterioridad del derecho en todos sus sentidos, que la interioridad de la moral. Por un lado participa de la exterioridad del derecho: se interesa sólo por la conducta externa, obliga siempre en interés de alguien situado externamente, de alguien facultado para exigir; hace llegar desde fuera sus mandatos a los destinatarios; y se satisface, cuando estos mandatos quedan cumplidos, cualquiera que hayan sido las motivaciones. Mas, por otro lado también pretende para sí la interioridad de la moral; su interés no está en el simple apretón de manos, sino en la participación que éste significa; no sólo se exige de los demás, sino que uno mismo se obliga a guardar la conducta correcta; nuestros deberes de sociedad están ordenados por nuestra conciencia y no por nuestro cuaderno de visitas y felicitaciones; y únicamente es «gentleman» quien respeta de corazón el decoro social, pues quien sólo lo realiza externamente es un «parvenú». Estas concepciones mutuamente excluyentes, están inseparablemente unidas en el decoro social y, a decir verdad, por medio de la ficción, de la «mentira convencional». Se ha acordado tácitamente conducirse como si detrás de la exterioridad del convencionalismo estuviera la

correspondiente intimidad, tras la apariencia el ser, tras el saludo la devoción, tras la dádiva, en cuanto se manifieste en cantidades de cuatro cifras, la magnanimidad, convertida ya en pura fórmula. Se está de acuerdo en aceptar con buenas sonrisas papel por oro, sin plantear el doloroso problema de su cobertura. Mas, precisamente, porque el decoro social reúne en sí, aunque sea por una ficción, la doble fuerza de la obligatoriedad interna y externa, es por lo que es más poderoso que el derecho y la moral. En este sentido dice BERTHOLD AUERBACH: «No es la moralidad quien rige el mundo sino una forma endurecida de la misma, el decoro social. Tal como es el mundo, perdona antes una transgresión de la moralidad que una transgresión de los usos sociales. ¡Afortunados los pueblos y las épocas en que ambas coinciden! Toda lucha que se desarrolla, sea en grandes o en pequeños, en general o por algunos, gira en torno del esfuerzo por anular las contradicciones entre ambas, y hacer de nuevo fluida por la moral la forma anquilosada del decoro social, valorando otra vez lo ya acuñado, por el contenido interno de valor.» LEÓN TOLSTOI, sin embargo, es el que ha criticado con más penetración—como lo hizo con el derecho—el decoro social; continuamente encontramos en sus novelas el contraste de la bondad sin maneras de las clases populares, con las maneras sin bondad de la «buena sociedad».

Con su pureza moral pierde, también, el convencionalismo su función social. En contraste con los «buenos viejos usos», no son los «convencionalismos elegantes» usos del pueblo sino de una clase; los viejos usos fueron rurales, el actual convencionalismo es urbano; aquéllos fueron cosa de campesinos, éste como

«cortesía», cosa de ciudad, de corte; aquéllos fueron producto de la «comunidad», éste de la «sociedad» (3), o, mejor aún, de la «buena sociedad». El viejo uso actuó como aglutinante del pueblo, el moderno convencionalismo obra dividiendo a ese mismo pueblo. Lo convencional es una expresión de la voluntad y la capacidad de ser considerado como perteneciente a una casta superior de la sociedad, algo así como el saludo de los masones, que se varia tan pronto como los no iniciados lo conocen y practican. Si los usos fueron por largo tiempo un lazo de unión entre las cambiantes generaciones, por eso, en cambio, el convencionalismo está sometido a la moda; pues llamamos moda al esfuerzo de la capa superior por distinguirse de la inferior por características externas, a aquella apresurada porfía de las capas inferiores con la superior, que continuamente se cree obligada a variar las apariencias de su dignidad jerárquica, tan pronto fueron apropiadas por la capa inferior. Este carácter de clase del convencionalismo, nada lo pone de relieve con mayor claridad, como el hecho de que se exija no tanto su cumplimiento como su conocimiento y dominio. Mientras la transgresión de los preceptos morales sólo puede ser consciente, y, parejamente, en la de los jurídicos la conciencia de la antijuricidad hace surgir en todo caso a la culpa, en el convencionalismo, a la inversa, a quien se perdona más difícilmente es al torpe que no sabe conducirse, mientras se contempla sonriente al hombre de mundo que sabe con gracia hacer caso omiso de un formalismo social.

En consecuencia, sería un error, aun después de su separación del derecho y la moral, negarle a los

(3) Comp. Tönnies, *Die Sitte* (El decoro social), 1908.

convencionalismos toda función social. Perviven todavía en la «sociedad» numerosos fragmentos de «comunidad», capas populares y pueblos primitivos, en los que el decoro social conserva intacta su unidad, y en los que todavía ejerce su obra educativa. Y también, de igual manera que en la vida común el dominio de los usos ha preparado su transformación en Moral (y Derecho), asimismo en la educación individual la moral aparece por vez primera en la forma de lo convencional; ninguna educación puede evadir en sus comienzos este imperativo: «Esto no se hace», que significa la referencia al decoro social. Esta función de decoro social, que todavía cumple en la actualidad, no invalida a las anteriores afirmaciones de que no está sistemáticamente coordinado al derecho y a la moral, sino históricamente preordinado; de modo igual a como el hacha y la jabalina, todavía hoy en uso, en una enseñanza sistemática de las armas de combate no pueden aparecer sino en la introducción histórica.

Falk: ¿Crees tú que los hombres fueron creados para los Estados, o que los Estados lo fueron a causa de los hombres? Ernesto: Aquello, parece lo quieren afirmar algunos. Pero esto, quizá sea lo verdadero.
LESSING.

7 El fin del Derecho.

Las concepciones individualista, supraindividualista, y transpersonal del derecho. Relación dialéctica entre ellas; la concepción transpersonal en particular.

Resultó de nuestras consideraciones, que la justicia es la idea específica del derecho, suficiente para determinar el concepto del mismo, pero, asimismo, que la idea del derecho no se agota en la justicia. Con doble fundamento se muestra la justicia insuficiente para poder derivar de ella preceptos jurídicos de contenido determinado: la justicia ordena ciertamente tratar a los iguales como iguales, y a los desiguales de modo distinto según medida de su desigualdad, pero deja abierto el problema de a quién hay que considerar como igual o desigual, y de qué manera han de tratarse. La justicia determina sólo la forma de lo jurídico. Para ganar el contenido del derecho hay que añadir un segundo pensamiento: el de su adecuación a un fin. Si el problema de la justicia pudo plantearse y responderse con independencia de toda cuestión de fines, y, por tanto, de la de los fines del Estado, ahora,

por vez primera en la perspectiva de nuestras consideraciones, parece el Estado en el ámbito del problema del fin del Derecho. Pues ya que el Derecho, en su parte esencial, es voluntad del Estado, y el Estado, en su parte esencial, institución jurídica, los problemas de los fines del derecho y del Estado son inseparables. Cuando se plantea el problema de los fines del derecho no se pregunta por las finalidades empíricas que puedan haberle originado, sino por la idea de fin, supraempírica, que ha de ser la pauta del Derecho. La respuesta a tal problema sólo puede obtenerse por la convicción que se tenga de cuál sea el valor —al que debe atribuirse igual validez absoluta que al valor de lo justo—a cuyo servicio esté el derecho destinado y adecuado.

Podemos contentarnos con la referencia a la tradicional trinidad de los valores supremos, el ético, el lógico y el estético, los ideales de lo Bueno, de lo Verdadero y de lo Bello, pues en seguida aparece claro que el derecho sólo puede estar destinado a servir inmediatamente a uno de estos valores, al valor ético de lo Bueno.

Cierto es que el valor ético de lo bueno absorbe en sí los demás valores absolutos del modo antes descrito; el valor lógico de lo Verdadero, el estético de lo Bello, aparecen revestidos de carácter ético al insertarse en la doctrina de los bienes morales, como finalidades o metas de la conducta ética. La doctrina de los bienes éticos y la de los deberes éticos están en relación de recíproca dependencia, pues, de un lado, el cumplimiento de los deberes éticos produce un bien: la personalidad moral y, por otro, bienes éticos, como la verdad, invocan, a su vez, el cumpli-

miento de deberes morales, tal, en este caso, la veracidad (1).

Los bienes éticos, dados de esta manera, no pueden alcanzarse todos al mismo tiempo. Si no que más bien, sólo puede lograrse uno a costa de descuidar o hasta conculcar a los otros. Se aclara esto perfectamente en cuanto nos representamos el sustrato de los diversos bienes morales.

Hay únicamente en el amplio dominio del mundo de la experiencia, tres clases de objetos susceptibles de ser medidos con valores absolutos: las personalidades humanas individuales, las personalidades totales (Gesamt) y las obras humanas.

Podemos, pues, distinguir tres clases de valores de acuerdo con sus sustratos; valores individuales, valores colectivos y valores de las obras o de trabajo (WERKWERTE). Valor individual es la personalidad moral. También es de especie moral el valor de que sea capaz una persona total, caso de ser reconocida. Los valores estéticos y lógicos se revelan en las obras de la ciencia y del arte como valores de trabajo o de obra.

Ahora bien, es fácil mostrar que no se está en situación de servir a todos estos valores en igual medida. «La personalidad en el dominio científico, tan sólo es de quien se entrega con fervor al servicio del objeto. Y esto no es sólo en el dominio científico. No cono-

(1) «Se reconoce a la moral como la forma del deber ser que se añade a los contenidos de valor de la vida. Pero, según su contenido, es la dirección personal hacia el valor objetivo supremo de nuestro propio e íntimo ser». SPRANGER, Lebensformen (Las formas de la Vida), 3ª ed. 1922, p. 257 s.

ceamos a ningún gran artista que haya hecho otra cosa que entregarse a su tarea y sólo a ella» (2).

Los valores de la obra exigen, pues, lo contrario de los valores individuales: no personalidad, sino objetividad. En el dominio de los valores individuales de la personalidad moral rige una «Ética de la conciencia», por ejemplo, la verdad a toda costa; en el dominio de los valores colectivos, una «Ética de la responsabilidad», por ejemplo, mentiras diplomáticas en beneficio del bienestar común (3).

Los valores colectivos exigen, pues, lo contrario de aquello que demandan los valores individuales. Por eso dice TEODORO STORM, aunque en otro sentido: «Uno pregunta: ¿qué resultará de esto? y el otro solamente: ¿es esto justo?». Finalmente, existe entre el fin de potencia de las personas totales y el fin cultural, tirantes que apenas pueden resolverse. «La fuerza es en sí misma mala, quienquiera que la ejerza. Va uno a parar con ella, insensiblemente, en manos de aquellas potencias menos adecuadas para el florecer continuo de

(2) MAX WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (La Ciencia como profesión), 1919, p. 13.

(3) MAX WEBER, *Politik als Beruf* (La política como profesión), 1919, p. 56 s. Un ejemplo de sacrificio de la «Ética de la conciencia» ante la «Ética de la responsabilidad», se encuentra en las Memorias de VERA FIGNER: «La razón nos aconsejaba marchar con los compañeros que habían emprendido el camino del terror político. El sentimiento nos retornaba al mundo de los desheredados y miserables. Más tarde nos dimos cuenta que aquella situación de ánimo significaba el impulso hacia una vida moral pura, hacia valores personales supremos. En íntima lucha dominamos luego nuestro sentimiento, nuestra situación de ánimo; renunciamos a la satisfacción moral que la vida y el trabajo nos habían dado en la tierra llana, y nos hicimos un miembro más de la serie de aquellos compañeros superiores a nosotros por su instinto político.»

la cultura» (4). Los valores colectivos reclaman, pues, lo contrario de lo que exigen los valores de las obras.

Esto significa que hay que decidirse respecto a qué valores se otorga el primer lugar en su rango, si a los individuales, a los colectivos o a los de las obras. Según sea la decisión, según cuál sea el grupo de valores a que se incline la concepción del mundo y de la vida, y en particular del Derecho y del Estado, distinguimos nosotros las concepciones, individualista, supraindividualista y transpersonal (5). Hagámonos patente el contraste de estas concepciones con una serie de proposiciones centrales, cada una de las cuales se pronuncia categóricamente con la creencia en su incontestabilidad. POPPER-LYNKEUS: «Cuando un individuo cualquiera, aun tan insignificante que no ponga en peligro con intención ninguna otra vida, desaparece de este mundo sin su voluntad o contra ella, constituye un suceso desigualmente más importante que todos los acontecimientos políticos, religiosos o nacionales y que todo el conjunto de los progresos científicos, artísticos y técnicos de todos los siglos y pueblos». SCHILLER: «Todo debe sacrificarse al bien del Estado, menos aquello para lo que el Estado mismo sirve sólo como medio. El Estado por sí no es nunca fin, su importancia reside en ser una condición bajo la que se logra el fin de la Humanidad, y este fin de la

(4) JACOB BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (Consideraciones sobre la Historia Universal), 3.^a ed., 1918, p. 96.

(5) En otra terminología, muy extendida, se opone al individualismo, el Universalismo; comp., p. ej., G. JELLINEK, *Allg. Staatslehre* (T^a general del Estado), 3.^a ed., p. 174. WINDELBAND, *Einleitg. i. d. Ph.* (Introducción a la Filosofía), 1914, p. 64; SPANN, *Haupttheorien der Volkswirtschaftslehre* (Teorías fundamentales de la Economía), 20 ed., 1930, p. 26 s.

Humanidad no es otro que el desarrollo de todas las fuerzas del hombre». A estas actitudes individualistas se oponen, con no menos rudeza, otras supraindividualistas: La moralidad absoluta no es otra cosa que «la vida absoluta en la patria y por el pueblo», la «totalidad moral absoluta no es otra cosa que el pueblo mismo», el Estado «el fundamento y el punto de cruce de los otros aspectos concretos de la vida de un pueblo, arte, decoro, religión, ciencia; todo hacer espiritual sólo tiene por fin devenir consciente de esta unificación». (HEGEL). «La nación italiana es un organismo que tiene finalidades, vida y medios de acción superiores por su potencia y duración a los de los individuos—disociados o reunidos—que la componen. Es una unidad moral, política y económica que actúa integralmente en el Estado Fascista» (MUSSOLINI, Carta del Lavoro, art. 10). A la concepción transpersonal presta la frase KURT EISNERS «Yo, al menos, no valoro mi vida tan alto como una creación de arte eterna y no estimo tan bajo el arte que lo considere inferior a un ser viviente»; igual que aquella frase indecible por lo dura: «Una estatua de Fidias vale por toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad» (TREITSCHKE); y también el dicho de PLUTARCO: «Apreciamos una obra y despreciamos a su creador». Cuando el templo de la isla de Filé, en el Nilo, fue destruido a causa de una construcción de canales, protestó de ello públicamente SIR GEORGE BIRDWOOD. Entonces SIR GEORGE KNOLLYS le dirigió esta pregunta: ¿Qué haría Sir George Birdwood, si al hallarse en una casa incendiada hubiera de elegir para salvar del fuego entre un niño y la Madonna de Dresde de Rafael? SIR GEORGE BIRDWOOD replicó que daría la

preferencia a la Madonna (6). FEDERICO NIETZSCHE dice por su parte: «Hacen más falta grandes hombres sin obra, que grandes obras por las que haya de pagarse un precio como el de la vida humana». Y GERHART HAUPTMANN respondía a ROMAIN ROLLAND, que protestaba de los daños que las obras de arte sufrían por las acciones de guerra: «Honremos a Rubens, pero yo estoy con aquellos para quienes el pecho destrozado de un hermano en humanidad arranca un dolor mucho más profundo.»

Resumamos ahora estos patentes contrastes en forma conceptual:

Para la concepción individualista los valores de las obras y de la colectividad están al servicio de los valores de la personalidad. La Cultura es sólo un medio para la formación personal, el Estado y el Derecho sólo son instituciones para la seguridad y progreso de los individuos.

Para la concepción supraindividualista los valores de la personalidad y de las obras están al servicio de los valores colectivos, la Moralidad y la Cultura al servicio del Estado y del Derecho.

Para la concepción transpersonal los valores colectivos y de la personalidad están al servicio de los valores de la obra y del trabajo; tanto Moralidad como Derecho y Estado, al servicio de la Cultura.

Las metas supremas, resumidas en una frase, son: para la concepción individualista, la Libertad, para la supraindividualista, la Nación y para la transpersonal, la Cultura.

(6) Un análisis de este ejemplo en SPRANGER, *Lebensformen* (Formas de la vida), 3.ª ed., 1922, p. 285.

Para la concepción individualista, Derecho y Estado son relaciones entre los individuos, para la supraindividualista, un todo sobre los individuos, y para la transpersonal, relaciones comunes de los individuos con algo que está fuera de ellos, su trabajo conjunto, su obra común.

La doctrina supraindividualista patentiza su concepción en la figura del Organismo: como en el cuerpo humano de modo igual en un buen Estado el todo no existe a causa de los miembros, sino los miembros a causa del todo.

La teoría individualista se sirve para dar idea de su concepción, de la figura del Contrato (7). Lo mismo que la teoría del organismo, no pretende la del contrato valer para el Estado real. No quiere afirmar que los Estados reales se hayan originado por vía contractual, sino, tan sólo, que un Estado justo hay que pensarlo como nacido de un contrato entre sus miembros.

No es necesario, en modo alguno, presuponer al contrato «como un factum, sino que es una simple idea de la Razón, que posee su indudable realidad práctica pues liga al legislador de modo que establezca sus leyes como si hubieran podido brotar de las voluntades reunidas de todo un pueblo, y a cada subdito, en cuanto quiera ser ciudadano, como si hubiera codeterminado semejante voluntad. «Esta es la piedra de toque de la juricidad de toda ley pública.» (KANT). La teoría del contrato considera justificado al Estado, no porque haya surgido del contrato, sino cuando permita pensársele

(7) Gütermann, impugna esta coordinación exclusiva de la teoría del contrato con la concepción individualista en su recensión de este libro en Arch. f. Soz. Wiss u. Soz Pol., v. 41, p. 507.

como originado por él, esto es, porque sólo entonces, puede ser contemplado como puesto en interés de todos sus miembros. Por eso, allí donde la teoría del contrato emplea la expresión «voluntad», debe introducirse la expresión, por aquélla simbolizada, de «interés», si se quiere entender rectamente la teoría del contrato (8).

Finalmente, la concepción transpersonal emplea con frecuencia el ejemplo de un edificio en donde los que le construyen no están unidos ni por un todo que los comprende, ni por relaciones inmediatas que ellos anudan, sino por el trabajo común que realizan y por la obra común que de éste ha de surgir.

En fin, como expresiones técnicas, proponemos las siguientes, en parte en relación con FERNANDO TÖNNIES: «Sociedad» para la vida en común estructurada con fundamento individualista; «Totalidad» (Gesamtheit) para las formas colectivas concebidas supraindividualistamente; y «Comunidad» para la forma transpersonal de las relaciones humanas. Mientras sociedad y totalidad son formas y relaciones sociales inmediatas, la comunidad, en cambio, es una forma cuya conexión social deriva de una cosa común.

Sociedad, totalidad y comunidad están recíprocamente en relación dialéctica. Cada una de ellas se transforma en las otras. Sólo puede lograrse una de ellas, cuando uno se ha esforzado por otra.

Término final de la sociedad es la personalidad, mas ésta pertenece a aquellos valores que sólo pueden lograrse cuando no se les persigue. La personalidad es

(8) Por esto, no significa una corrección que supere, sino otra expresión para el pensamiento fundamental de la teoría del contrato, el intento de Theodor Herzl de fundar el Estado en la «negotiorum gestio» en vez de en el contrato. Judenstaat (El Estado judío), 6ª ed., p. 72 s.

sólo la recompensa inesperada por la entrega plena a la tarea, es donación y gracia. «El que ama su vida, la perderá; y el que aborrece su vida en este mundo, para vida eterna la guardará.»

La personalidad se alcanza únicamente con el olvido de sí mismo en lo objetivo. El muchacho que se esfuerza por lograr rasgos caligráficos característicos, lo más probable es que antes los consiga feos que personales. Y aquel que en su esfuerzo inmediato se dirige a ganar una personalidad, será un fatuo con un espejo en la mano, pero nunca tendrá personalidad.

Lo dicho para la personalidad, vale también para la totalidad, para la nación. La característica nacional no se logra por esfuerzo inmedido, por caluroso que sea, es también únicamente regalo y gracia. Un pueblo no llega a ser nación esforzándose por su característica nacional, sino entregándose con propio olvido de sí a tareas universales. Arte patrio y poesía de terruño, hechos conscientemente de intento, quedan siempre en rango secundario. El arte que pensando en la humanidad se propone grandes temas, es al mismo tiempo incomparablemente nacional. Una verdad alemana, un Dios tudesco, como tareas del esfuerzo alemán, no existen, pero lo que un alemán haga por voluntad y amor de la cosa misma quedará para siempre con la impronta alemana. La nación como la personalidad son categorías históricas, que la historia posteriormente aplica, pero no son ideales para el hacer cultural.

De esta manera, tanto la «sociedad» como la «totalidad» nos remiten a la «comunidad» y a las obras. Empero, tarea y comunidad nos empujan, por su parte, a la sociedad y a la «totalidad» en una acción recíproca, cuyo círculo no podrá nunca romperse, Y si la perso-

nalidad alcanza sólo un pleno desarrollo por la entrega a la tarea, a su vez la verdadera obra extraordinaria es sólo el desbordamiento de una rica personalidad: «Lo máximo crea sólo, quien no puede otra cosa.» Y lo mismo que la personalidad, es también la nación supuesto de una verdadera comunidad de trabajo. Ahora bien, el fin de la comunidad de trabajo no es la obra aislada, el libro empolvado de una biblioteca o la estatua caída rota al suelo, sino la cultura, el todo membrado, la unidad viva en que todas las obras culturales tienen su lugar. Esa unidad, sin embargo, no radica en las obras mismas, sino en la conciencia que las abarca, y no en una conciencia individual incapaz de darles cabida en su plenitud, sino en la conciencia total de la nación, que comprende a todos los individuos y que une a las generaciones.

Por eso, cuando se postula como fin de la vida colectiva e invidual, ora la personalidad individual, ya la personalidad total, bien la cultura del trabajo, no se hace sino subrayar un segmento de un círculo cerrado y no romper este círculo. Las tres posibles concepciones del Derecho y del Estado, se originan de la especial acentuación de los diversos elementos de un todo indivisible (9).

Su encarnación empírica se realiza en los partidos políticos. Tan sólo la concepción de una cultura de obras o trabajo no se expresa en un determinado partido; no es un programa sino un sentimiento vital: tal el sentimiento vital del movimiento juvenil, que se ex-

(9) Esta exposición muestra que yo de modo alguno hipostatizo una oposición relativa en una absoluta como me imputa ERICH KAUFMANN, *Neukantische Rechtsphilosophie* (La filosofía jurídica neokantiana), 1921, p. 71, nota.

presa con la palabra «comunidad». Ahora bien, ya que el transpersonalismo, de un modo peculiar, une en sí elementos individualistas y supraindividualistas, puede llegar a constituir el fondo de concreción personal de todas las actitudes políticas. No hubo Estado alguno que se formara según esta concepción; por causas empíricas parece poder servir de patrón en comunidades jurídicas parciales —Universidades, Ordenes religiosas, Iglesia católica— pero nunca en la comunidad jurídica total del Estado. Ciertamente que a la concepción transpersonalista parece corresponder un tipo de Estado: el Estado corporativo: pero allí donde esta concepción transpersonal y profesional del Estado, del *stato corporativo*, se ha realizado, lo ha hecho como fachada de un Estado de fuerza, supraindividualista. Sin embargo, es con esta medida transpersonal con la que la historia juzga posteriormente a las naciones. El instinto de conservación de los pueblos quiere que su Estado esté al servicio de los individuos o de los entes totales. Empero la Historia, a la inversa, juzga a los Estados por lo que de ellos queda, cuando los hombres y los pueblos han desaparecido: por sus obras.

A continuación no habrá de intentarse construir en el vacío la imagen ideal de un Estado orientado por la cultura transpersonal de las obras (10), sino que sólo habrán de mostrarse las concepciones individualistas y supraindividualistas del Estado y del Derecho en aquellas ideologías de partido en que han tomado figura histórica.

(10) Referencias para esta dirección en RADBRUCH, *Kulturlehre von Sozialismus* (Doctrina Cultural del Socialismo), 2.ª ed., 1927, y en RADBRUCH, *Wilhelm Meisters Sozialpolitische Sendung* (La misión político-social de Wilhelm Meister), Logos, t. 8, 1919, p. 152 s.

*En la atmósfera, sobre los partidos, no
hay nadie. Entre los luchadores
revolotean sus bufones, víctimas seguras
de la espada.*

ADOLF GLASBRENNER.

8 La teoría filosófico-jurídica de los partidos.

Significación de las ideologías de partido. Individualismo. Liberalismo y Democracia en particular. Concepto social del derecho y socialismo. Catolicismo político.

Trataremos a continuación de las concepciones de los partidos, es decir, de las ideologías políticas. Puede argumentárenos que con la ideología no captamos el partido en su lado esencial. Lo real es únicamente el interés del partido, la ideología un simple antemuro, una simple bella fachada de ese interés. Aceptemos, por una vez, que un partido esté fundado, en efecto, sobre la base de meros intereses políticos sin cooperación alguna de ideas políticas; pues bien, semejante partido se vería obligado con necesidad sociológica a formarse una ideología, es decir, a sostener, por lo menos, que su interés particular está puesto en interés de la generalidad. Por eso, aunque esa ideología no fuera al principio otra cosa que un disfraz engañoso para encubrir la desnudez de sus intereses, llegaría pronto a ser mucho más por necesidad sociológica. La ideología de un partido no es sólo elemento de lucha contra sus enemigos, sino modo de ganar nuevos adeptos.

tos. En torno al grupo de gente ligada al interés de un partido, se forma un círculo cada vez mayor de partidarios, cuya pertenencia al partido no está determinada por el interés sino por la ideología de aquél y que, por eso, exigen de modo consecuente y absoluto la realización de la ideología, aun a costa del interés; ligando así al partido la idea que, a su vez, los había llevado al mismo.

También de otra manera sobrepasa la idea de un partido a su interés. Para que los ejércitos de la lucha política no se vean sorprendidos por su flanco necesitan extender cada vez más su frente ideal. La porfía de los partidos obliga a cada uno de ellos a tener sobre todos los problemas de la vida pública una visión programática, incluso respecto de aquellos que con su interés originario no tienen ninguna conexión o la tienen muy endeble. De esta manera, un programa de partido acoge en sí nuevas pretensiones que no están sociológicamente condicionadas, sino motivadas ideológicamente.

En el momento en que el interés invoca a la idea se entrega por su parte a la lógica de esa idea, que a partir de tal momento se desarrolla atendida a su propia ley, posiblemente aun en contra del interés que la invocó para ponerla a su servicio. A los espíritus como a los fantasmas se les puede conjurar a voluntad, pero no desprenderse de ellos con igual albedrío. El interés deviene, aun en contra de su voluntad, vehículo de la idea. HEGEL llamaba a esto la «astucia de la razón» que aun contra su voluntad se aprovecha de los intereses.

No nos ocupamos, por tanto, de meros fantasmas cerebrales sino de unas fuerzas sociológicas realmente

operantes, cuando, ahora, estudiamos las ideologías políticas (1).

Desde muy pronto la concepción individualista del Estado y del derecho encontró su precipitado en las ideologías de partido y ciertamente en toda una serie de diversas ideologías. El punto desde el cual todas estas ideologías irradian es el concepto del individuo (2).

Con frecuencia hay inclinación a buscar el individuo de que deriva el individualismo en el hombre singular y empírico. Pero de la individualidad concreta, con todos sus humores, manías y «spleens», no nace vía alguna que lleve a una ordenación del Estado y del Derecho que a todos sirva de modo semejante (agradar a todos es imposible), sino más bien a una negación de todo Derecho y Estado. MAX STIRNER, que comenzó con el Único, es decir, el yo concreto, había de acabar, consecuentemente, en el Anarquismo. El anarquismo es aquella forma del individualismo que cree poder partir de la individualidad concreta, empírica.

(1) Para lo siguiente, BINDER, Ph. d. R. (Filosofía del Derecho), p. 288 ss.; M. E. MAYER. R. Ph. (Fª del D.º, p. 71 ss., y para sus desarrollos M. SALOMON, Arch. f. R. u. WPh., t. 18, 1924-25, p. 431 ss.

(2) El individuo como sujeto de fines de la norma jurídica y el individuo como punto de incidencia para la fuerza motivadora de la norma, son dos problemas diversos. Aquí se trata del primero, del último en mi conferencia «El hombre en el Derecho» (Der Mensch im Recht), 1927. De qué manera los romanos concibieron al hombre en el derecho con aquel último sentido, lo expresa GOETHE: «Propiamente sólo se interesaba por el hombre en cuanto podía obtener algo de él, por la fuerza o por persuasión»; es decir, el hombre muy egoísta y muy inteligente, el homo oeconomicus, que todavía queda hoy como homo juridicus. Por el contrario en qué forma concibieron los romanos al individuo como sujeto de fines de la norma, lo ha expresado HEGEL en la frase luego transcrita en la p. 85 nota 2.

Pero si el Estado y el Derecho no pueden ponerse como tarea servir al hombre real, concreto, con todas sus inclinaciones irracionales e inmorales, tampoco pueden ponerse por obra la imagen ideal del hombre perfecto, racional y moral; pues yace en la esencia de la Razón y de la Moralidad el no poder ser resultado de la coacción jurídica, sino producto de la libertad. Por eso fracasaba el Despotismo ilustrado, una forma también del individualismo (3), pues pretendía servir al individuo aun contra de su voluntad, es decir, coaccionar lo incoaccionable: Razón y Moralidad. El despotismo ilustrado es aquella forma del individualismo, que pone a la moral y a la razón de los individuos como término inmediato de su compulsión.

El concepto del individuo a que apuntan tanto el Liberalismo como la Democracia debe, por ende, estar en un punto medio entre la individualidad empírica y la personalidad moral. Es el individuo natural, en cuanto puede llegar a ser personalidad moral, el conjunto personificado de la capacidad para la moral; la libertad personificada. En precisión progresiva se nos dan estas proposiciones; el derecho debe estar al servicio del individuo; el derecho debe hacer posible la moralidad individual; el derecho debe producir la libertad individual; producirla en cuanto es posible, es decir, no la libertad interna, sino la exterior, que es supuesto de la otra; originar, pues, la liberación de las motivaciones coactivas del contorno social, ora consistan en el terrorismo de la lucha de todos contra todos, bien en las sugestiones del medio social.

(3) Contra esta caracterización, GÜTERMANN, Arch. f. Soz W. u. Soz Pol., v. 41, p. 506.

El individuo de la concepción individualista del Estado es, pues, en un aspecto el individuo aislado que no está unido con los otros individuos por más vínculo que por aquellos que el derecho crea. El fenómeno social del derecho, según la concepción individualista, tiene, expresada paradójicamente, esta tarea: destruir la determinabilidad de cada uno por todos o por otros, sustituyéndola por una yuxtaposición, sin contactos, de hombres libres; o menos paradójicamente: sustituir el irracionalismo espontáneo de una vinculación social diversamente entrelazada, por un sistema racional mínimo de relaciones jurídicas. Un refrán jurídico dice: «El derecho separa pero no hace amigos.» Nosotros percibimos este efecto liberador, esta, permitiéndonos la hipérbole, función antisocial del derecho, cada vez que encontrándonos en medio de relaciones personales difícilmente desenredables vemos como única salida el considerar la cosa en su aspecto puro de negocio, es decir, meramente jurídico (4).

Si el individuo del individualismo filosófico-jurídico no es otra cosa que la libertad personificada, de modo semejante representa también la igualdad de todos los individuos. Diversidad, particularidad e individualidad existen sólo en el individuo empírico y en la personalidad moral («Ante cada uno hay una imagen de lo que debe ser»), pero el individuo en sentido

(4) SHOPENHAUER, compara a la sociedad humana con una sociedad de puerco-espines, que para calentarse se apretaran unos con otros, pero debiendo mantenerse lo suficientemente alejados para no herirse con sus espinas. La lejanía media que encuentran es para SCHOPENHAUER la cortesía humana; y hubiera podido decir: el derecho concebido al modo individualista.

filosófico-jurídico, pensado como la facultad de los individuos empíricos para la moral individualizada, es en sí mismo incapaz de toda característica individualizadora. Es un individuo sin individualidad, comparable y comparado muchas veces al átomo de las ciencias naturales, siempre el mismo en medio de sus miles multiplicaciones e infinitos juegos. «El hombre abstracto, la más apta, regular y perfeccionada de todas las máquinas, ha sido construido y encontrado y debe contemplarse como un fantasma en la clara y sabia verdad del día» (TÖNNIES) (5).

La imagen del contrato social es singularmente apropiada para hacer visible esta naturaleza abstracta del individuo filosófico-jurídico. Este contrato no significa un acuerdo efectivo de voluntades reales de hombres reales, sino, más bien, que en él se finge como querido lo que todo hombre razonable no puede dejar de querer, ya que está puesto a causa de su propio interés. Se finge el contrayente del contrato social como un puro ser racional que conoce su verdadero interés y que sólo por él se deja determinar. No es un hombre

(5) HEGEL en su *Ph. d. Geschichte* (Filosofía de la Historia, ed. esp. R. de O. tr. J. Gaos.) muestra cómo los romanos crearon este concepto del individuo sin individualidad: «La personalidad universal abstracta no existía (entre los griegos), pues el espíritu tuvo que formarse antes para esta forma de la universalidad abstracta, que tan dulce disciplina ha ejercido sobre la humanidad. Ahora, aquí, en Roma encontramos esa abstracta universalidad, esa abstracta libertad, que por un lado sitúa al Estado abstracto, a la Política y al Poder sobre la individualidad concreta, sometiénola completamente, y que por otro lado, crea a la Personalidad frente a esta generalidad; la libertad del yo en sí que debe distinguirse de la individualidad. Pues la personalidad constituye la determinación fundamental del derecho: halla fundamentalmente su existencia en la propiedad, es, empero, indiferente a las determinaciones del espíritu vivo que ocupan a la individualidad.»

real el que se liga en el contrato social, sino un abstracto esquema racional en infinita repetición.

Así se explica que a muchos la concepción individualista del Estado parezca tan antiindividualista; es decir, cuando esta expresión no se refiere al individuo, sino a la individualidad. Cabalmente porque para el individualismo es la individualidad moral un valor de rango supremo y el derecho y el Estado sólo son medios a su servicio, sólo puede realizarse aquélla más allá de la esfera jurídica, y, a su vez, sólo puede la individualidad empírica advenir al derecho en la forma generalizada de «una personificada posibilidad para lo ético», en la forma de la libertad personificada, en una palabra, en la forma del individuo desindividualizado. De este modo, la individualidad para el individualismo, queda siempre más allá y más acá de la Idea del Derecho.

Si el Liberalismo y la Democracia se distinguen del anarquismo y del despotismo ilustrado por un concepto diverso del individuo, se separan luego, entre sí, por una diferente valoración del individuo. Era errónea la designación que antes se hacía de la democracia como un liberalismo de izquierda, como una especie más acentuada del liberalismo. Que entre liberalismo y democracia no existe sólo distinción de medida, sino de especie, se nos muestra de la oposición entre el anarquismo, como forma extrema del liberalismo, y el socialismo, como continuación de la democracia desde la política a la economía. Este contraste en sus concepciones del mundo y la vida entre el liberalismo y la democracia, lo obtendremos ahora progresivamente de sus efectos políticos.

La democracia pretende la dominación absoluta de la voluntad mayoritaria, el liberalismo exige la posibi-

lidad para las voluntades individuales de poderse afirmar en determinadas circunstancias, aun en contra de la voluntad de la mayoría. Para el liberalismo son punto de partida del pensamiento jurídico-filosófico del Estado los derechos del hombre, los derechos fundamentales, los derechos de libertad del individuo, trozos de su libertad natural preestatal que ha introducido en el Estado con la pretensión absoluta de su respeto, porque el Estado únicamente en la protección de éstos encuentra a la par su justificación y su tarea: «El fin de toda sociedad política es el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre» (Declaración de 1789). En la concepción democrática, al contrario, pone el individuo su libertad preestatal en absoluto a disposición de la voluntad del Estado, de la voluntad de la mayoría, reservándose sólo como compensación, el participar en la formación de esta voluntad de la mayoría. De esta diversidad en sus concepciones fundamentales deriva la diversidad de sus respectivos principios políticos de organización, la conocida oposición entre MONTESQUIEU y ROUSSEAU: el liberalismo acata la teoría de la división de poderes de MONTESQUIEU, cuyo sentido reside en conjugar recíprocamente a los dos pretendientes al absolutismo el monarca y la mayoría, de tal modo, que resulten incólumes los derechos de libertad del individuo; la democracia rechaza con ROUSSEAU la división de poderes, pues precisamente aspira al absolutismo de la mayoría que aquélla combate.

En la democracia, mayoría, en el liberalismo, libertad; en aquélla, participación en el Estado y, a ser posible, en la mayoría, en éste, libertad ante el Estado; en la democracia, «libertad ciudadana en el Estado»,

en el liberalismo, «libertad individual»; en aquélla derechos políticos de libertad garantizados, aquí libertad semejante a todos para uso de sus diversas capacidades naturales, es decir, libertad en el arranque de una porfía que será productora de nueva desigualdad; en la democracia el concepto de igualdad sobrepuja al de libertad, en el liberalismo, al contrario, el de libertad excede al de igualdad. De todo lo cual se desprende, que no se trata por esta distinción de la eliminación del elemento liberal por el democrático, o viceversa, del democrático por el liberal, sino de la preponderancia de uno u otro, en la, con expresión fascista, llamada mezcla «demoliberal».

Ahora ya estamos en situación de llegar hasta la oposición de concepciones del mundo, de que los descritos contrastes particulares proceden. Expresándola en fórmulas casi algebraicas: la democracia imputa al individuo únicamente un valor finito, el liberalismo uno infinito. Para la democracia el valor del individuo es multiplicable, el valor de la mayoría es superior al de la minoría; el valor individual infinito del liberalismo es, al contrario, por necesidad conceptual, insuperable aun por el contenido de valor de una mayoría por grande que ésta sea. Esta diferente valoración del individuo exige fundarse en la diversa estructura de sus sendos conceptos del valor ético. El liberalismo cree que el valor ético llega fundamentalmente a cumplimiento pleno en un individuo singular. Todo individuo está llamado a realizar un valor ético que es igual para todos y, por tanto, insuperable e infinito. Para la democracia, en contra, el valor moral recibe su contenido de su aplicación a los más diversos individuos y por cada individuo un contenido distinto; tan sólo en un

número infinito de individuos es capaz de desarrollarse la gran riqueza del mundo moral.

Junto al individualismo liberal y democrático, está además el individualismo social. Surgió de la crítica de la igualdad burguesa, en medio de la desigualdad social y económica, tal como aquélla parece la esencia del individualismo «demoliberal». Semejante igualdad meramente jurídico-formal significa disimulo y profundización de la desigualdad real de la sociedad. La libertad de propiedad igual para todos se convierte en la realidad social, para los poseedores de los medios de producción, de un mero dominio sobre las cosas en un poder sobre los hombres, y para las clases desheredadas en una dependencia de la propiedad. La libertad contractual, igual para todos, se transforma para los propietarios en una libertad de prescribir al dictado, para los desposeídos en una necesidad de entregarse sin defensa a ese dictado. Los derechos políticos iguales para todos, para los que se hallan en situación de alimentar las cajas de los partidos y de financiar la prensa, significan, en comparación con los desheredados, una potenciación de su fuerza. Esta crítica de la mera igualdad jurídico-formal significa en último extremo una crítica del individuo aislado y sin individualidad de que parte la concepción demo-liberal; significa el postulado de una orientación del Derecho y el Estado hacia el individuo socializado y concreto (6);

(6) KARL MARX (En torno a la cuestión judía). «La emancipación humana sólo será plena cuando el hombre real individual absorba en sí al ciudadano abstracto, cuando como hombre individual, en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, llegue a ser esencia genérica, cuando el hombre haya reconocido y organizado sus «propes forces» como fuerzas sociales, de modo que no aparte más de sí la fuerza social en la estructura de la fuerza política.»

no ciertamente la individualidad de cada individuo, de la que, como vimos, no parte vía alguna que conduzca a una concepción del Estado y del Derecho, ni tampoco el abstracto concepto genérico del hombre concebido como la libertad personificada, sino la de una diversidad de tipos sociales, tales como los del patrono y del asalariado, del obrero y del empleado (7). De este modo, la concepción social del Estado y del derecho haciendo visible a la consideración jurídica las diferencias de poder, la fuerza de unos y la debilidad de otros, hace posible que éstas sean tomadas en cuenta jurídicamente, y favorece el tratamiento diferente de los socialmente poderosos y de los socialmente débiles, la protección de los débiles y la contención de los fuertes, sustituyendo, al fin, el pensamiento demoliberal de la igualdad, por el pensamiento social de la equiparación. El derecho social, así caracterizado, se nos presenta como un triunfo de la equidad sobre una justicia anquilosada y rígida.

Mientras el pensamiento social se esfuerza por la nivelación de la desigualdad social, el Socialismo exige la remoción de sus causas: la propiedad privada de los medios de producción, y con ella, por ende, la desigualdad misma. Empero, de igual modo que la concepción social es el socialismo una forma del individualismo filosófico-jurídico. La consideración económica pone al socialismo en oposición con el individualismo, porque en él la vida económica no se considera como una acción conjunta y recíproca del in-

(7) Comp. RADBRUCH: Von der individualistischen zur sozialen Rechtsauffassung (De la concepción jurídica individualista a la social), Hanseatisches Rechts-und Gerichtszeitschrift, 13. Ann, p. 457. (Igualmente, Archives de Phil. du Droit), p. 387 s.

dividuo libre, sino que quiere someterla a una regulación supra-individual. Para la consideración filosófico-jurídica sólo importa, empero, que esta regulación, en fin de cuentas, está concebida para servicio del individuo. Así, hasta el mismo Manifiesto comunista culmina en la meta final de una «asociación, en donde el libre desarrollo de cada uno sea la condición del libre desarrollo de todos». Que, no obstante, este fin de la libertad de todos, se consiga por una limitación de la libertad de todos, es una paradoja de la que el socialismo participa con todas las otras concepciones individualistas, el problema básico del individualismo con el que ya tuvo que luchar la teoría del contrato social. De las relaciones del socialismo con el individualismo «burgués», se deriva la duplicidad de sus direcciones tácticas: la forma transitoria para la comunidad socialista, la dictadura del proletariado, se concibe por un lado como el dominio democrático de la mayoría, por otro como el dominio minoritario de una «élite» proletaria. En la primera forma se enlazan el pensamiento socialista con el demoliberal, en la otra el socialismo cree necesario desprenderse, aunque sea de modo transitorio, de la forma del Estado popular y de derecho.

Frente a las ideologías de los partidos individualistas surge mucho más tarde una ideología transindividualista, conservadora (8). Aquéllas son ideologías agresivas, ésta defensiva. Los partidos individualistas pretendían transformar los hechos políticos de acuerdo con sus ideologías, los partidos conservadores cimentan los hechos políticos existentes con una construc-

(8) Comp. MANNHEIM, *Das conservative Denken* (El pensamiento conservador). Arch. f. Sw. u. SP., vol. 57, p. 68 ss., 470 ss.

ción ideológica a posteriori. Para aquéllos es el Estado como una máquina que puede construirse con sus partes, para éstos es como un organismo producido por una misteriosa fuerza fatal. La imagen del organismo, del dominio de la cabeza sobre los miembros, sirve a los conservadores para patentizar la doctrina de que así como el organismo afirma su identidad a través del cambio de sus células, de modo parejo el pueblo es la unidad de todos sus miembros, no sólo presentes sino pasados y futuros; «un vínculo sagrado entre las generaciones», según frase de TREITSCHKE; y de que cabalmente por eso el pueblo no elige a su soberano, sino que el soberano está puesto sobre el pueblo, pues él domina en nombre de todos y no en representación de algunos, pues él recibe su sanción, no de abajo, por la voluntad popular, sino de arriba, a través de la Historia y por la Religión, por legitimidad y gracia de Dios, como ungido con la carisma de jefe (9). «Autoridad, no mayoría», dijo STAHL, y MUSSOLINI sustituye la trinidad del 1789 por esta nueva: «Autoridad, Orden, Jus-

(9) Una función política idéntica a la que ejerció hasta aquí la teoría orgánica del Estado, realiza en la actualidad la teoría de la integración. (SMEND, *Verfassung u. Verfassungsrecht* [Constitución y derecho constitucional], 1928). Frente a la doctrina del organismo viene a dar validez al pensamiento «que no menos que el individuo en el todo, vive el todo en el individuo» (LITT, *Individuum und Gemeinschaft*. [Individuo y comunidad], tercera ed., 1926, p. 284). El todo vive tan sólo, en cuanto es continuamente vivido por el individuo. En la teoría de la integración viene a actualizarse la teoría orgánica transformada de estática en dinámica, de sustancial en funcional. La función política de la teoría de la integración, reside, como lo fue en la teoría orgánica, en poder fundamentar formas constitucionales no democráticas en la voluntad popular; ahora bien, concebida no como mayoría de la voluntad popular, sino como una voluntad integradora del pueblo, numéricamente incontrolable e indeterminada y aspirando a una comunidad popular construible a capricho.

ticia». (Justicia entendida en el sentido platónico del orden estamental.)

Más importantes casi que las consecuencias que de la teoría orgánica del Estado se desprenden para la situación de los soberanos, son las que resultan para la situación de los individuos. La filosofía del derecho individualista parte de individuos y de suma de individuos, la supraindividualista de individualidades y de totalidades de individualidades. Bajo la imagen del organismo se reclama un Estado ricamente membrado, con numerosas instituciones intermedias entre el todo y los individuos, diversidad y desigualdad de las funciones, especies distintas y diverso rango de territorios y lugares, de stirpes, clases e individualidades. La individualidad, pues, de modo inverso que en el individualismo, tiene su sitio en las ideologías conservadoras. El individuo en la concepción individualista del Estado aparecía abstracto, aislado y sin individualidad; ahora bien, porque el conservadurismo no piensa al individuo aislado, sino miembro de un organismo, está en situación de concebirlo como individualidad. Su libertad no es la libertad igual para todos, la posibilidad abstracta para todos y cada uno, sino la libertad de actuar cada uno en los límites de su peculiaridad en beneficio de la totalidad; no es, por eso, libertad de todos, sino libertad para algo, por consiguiente, libertad sin igualdad. Si la individualidad no tenía en la ideología individualista ningún lugar porque era cabalmente su meta final, en cambio lo tiene en la ideología conservadora, ya que la considera tan sólo como un medio al servicio de la totalidad. Semejante al individuo, es también el todo una individualidad. Como la concepción individualista comienza con el individuo

sin individualidad no puede, en consecuencia, pararse definitivamente, sino cuando alcanza la meta final de una Humanidad desnacionalizada. La concepción supraindividualista alcanza su término final en la individualidad del todo nacional. De esta manera conduce el conservadurismo a la doble estructuración del mundo en naciones y del Estado en clases.

En la actualidad la concepción conservadora del Estado y del Derecho logra únicamente una expresión mutilada en los partidos que le están más próximos. Para el conservatismo es propiamente esencial aquel monismo religioso o histórico, que encuentra el valor en la realidad. A los partidos que oponen a la realidad un ideal, aunque éste sea también el de un tiempo pasado, les falta necesariamente esta estructura del pensamiento conservador. Y abocan, todavía, a más fuerte oposición con el modo de pensar conservador, cuando incapaces de erigir la restauración plena del pasado, oponen a la actualidad un ideal futuro entretejido con elementos del pasado; profundizándose plenamente esta contradicción cuando semejantes partidos no pretenden realizar su ideal por medios constitucionales, sino revolucionarios, es decir, contrarrevolucionarios. Mas también en la imagen política futura de estos partidos, sólo se han manifestado hasta ahora los rasgos generales del supraindividualismo orgánico-conservador. En fin de cuentas, pueden resumirse en este tópico tan usado como equívoco: «Antes la utilidad común que la propia.» Todas las pretensiones singulares tienen más carácter agitador que programático. Al carácter irracional del pensamiento de estos partidos corresponde, que no pretendan la fuerza para la realización de un programa prefijado, sino al revés, que digan: ¡pri-

mero el poder, después el programa! De esta manera el programa del fascismo antes del golpe de Estado, se resumía completamente en esta frase: «Italia a noi»; y luego que logrado el poder aceptó una forma constitucional corporativa, se ha dicho con razón de ella, que no es un sistema estatal que descansa en sí mismo, sino un instrumento hábilmente formado para el manejo de la mera dictadura (10).

Finalmente, una situación intermedia entre los partidos individualistas y supraindividualistas, significa el Catolicismo político. Las concepciones de las Iglesias católica y evangélica se oponen recíprocamente como las del Estado supraindividualista e individualista. Para la concepción evangélica, la Iglesia es una institución creada para el servicio del alma individual, única con valor religioso. Según la opinión católica, por el contrario, la Iglesia independientemente del valor que tenga para la santificación del alma individual, es una institución creada por el mismo Dios y con propio valor religioso. En la concepción católica, el Estado, que debe estar inordinado o coordinado con relación a la Iglesia, puede ser considerado como «autoridad de Dios», recibiendo de este modo un destello del valor supraindividual de la Iglesia, pero al mismo tiempo, como Estado terreno, puede ser manejado como simple instrumento de los fines individuales de seguridad y bienestar. El catolicismo, por eso, puede conectarse, tanto a la derecha como a la izquierda, lo mismo a los partidos individualistas, como a los supraindividualistas.

(10) Cf. LUDWIG BERNHARD, *Der Staatsgedanke des Faschismus* (El pensamiento fascista del Estado), 1931, p. 42.

Así pues, la esencia de los partidos queda iluminada por la Filosofía del Derecho. Y en este sentido condicionada objetivamente. No hay, en cambio, luz alguna que pueda iluminar un camino a través de la fragosidad de los pequeños partidos, a través de la turbamulta de los partidos atomizados.

*¿Habéis pensado alguna vez una idea
hasta su último término, sin tropezares
con alguna contradicción?
Ibsen.*

9 Las antinomias de la idea del Derecho.

Justicia, finalidad, seguridad jurídica. Tensión existente entre ellas.

Tornemos la mirada al camino hasta aquí recorrido. El concepto del derecho, un concepto cultural, es decir, un concepto referido a un valor, nos impulsó hacia el valor jurídico, hacia la idea del derecho: El derecho es aquello cuyo sentido estriba en servir a la idea del derecho. Encontramos la idea del derecho en la Justicia y determinamos la esencia de ésta, de la justicia igualitaria, como igualdad: tratamiento igual de los hombres y relaciones iguales, y correspondiente desigual de los desiguales. Pudimos orientar por la justicia el concepto del derecho, mas sin lograr por ello un pensamiento conductor exhaustivo para la derivación del contenido del derecho. Pues la justicia nos indica, ciertamente, tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, nada nos dice, empero, respecto del punto de vista desde el cual y primeramente se califiquen unos como iguales y otros como desiguales; determina además sólo la relación, pero no el modo del tratamiento. Ambas cuestiones sólo pueden responderse con relación a los fines del derecho. Junto a la justicia entra pues, como segundo elemento

de la idea del derecho su adecuación a un fin o finalidad. Ahora bien, este problema del fin y de la adecuación a un fin, no puede responderse unívocamente, sino relativistamente por el desarrollo sistemático de las diferentes concepciones del Derecho y del Estado, de las diferentes ideologías políticas. Este relativismo, sin embargo, no puede quedar como la última palabra de la Filosofía del Derecho. El derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a las diversidades de opinión de los individuos, pues por encima de todos tiene que ser una ordenación, un Orden.

Con esto, pues, surge una tercera exigencia del derecho de igual condición que las anteriores, un tercer elemento de la idea del derecho: la seguridad jurídica. La seguridad jurídica exige positividad del derecho: si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico, y eso sí, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido (1). La positividad del derecho es así, de modo notable, propio supuesto de su justicia: tan propio es del concepto del derecho justo el ser positivo, como es tarea del derecho positivo ser justo en sus contenidos. De estos tres elementos de la idea del derecho, sólo para el segundo vale la autolimitación del relativismo, los otros dos, justicia y seguridad, están sobre la oposición de las concepciones en torno al Derecho y al Estado, por encima de la lucha de los partidos. Es más importante acabar con la batalla de las opiniones políticas, que no esperar a ponerle un término justo y con arreglo a fines; es más importante la existencia de un orden jurídico que

(1) De acuerdo con este razonamiento está MAX RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit* (La seguridad jurídica), 1924, p. 3.

su justicia y finalidad; estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el Orden, la paz (2). También a la exigencia de la justicia se subordinan todos en igual medida. El conjunto de la lucha política cotidiana se desarrolla como una discusión inacabable sobre la justicia. Escatimar a los otros lo que uno para sí pretende, necesidad de otorgar a los demás lo que uno toma para sí, no pretender para uno lo que otro no pueda exigir también, he aquí todos los reproches, exigencias y réplicas que entre los políticos y sus oposiciones respectivas, vuelan de aquí para allá como volantes, de un modo incesante; el supuesto tácito existente entre estas partes en lucha, es el de que debe ser consentido a otro lo que para uno sea recto o justo, es decir, la idea de la justicia. La idea de la justicia es absoluta, formal ciertamente, mas, por eso, de validez universal. Igual que la seguridad jurídica es una exigencia que está sobre los partidos. Pero que puede depender de las concepciones sobre el Estado y el Derecho, de la posición de los partidos, en la medida que estas exigencias del derecho procedan o sigan a las otras, en la medida que la finalidad y la justicia se sacrifiquen ante la seguridad, o suceda esto de modo inverso. Elementos de validez universal en la idea del derecho son la justicia y la seguridad, de validez relativa, empero, no sólo la finalidad misma, sino también la relación jerárquica de los tres elementos entre sí.

(2) «La paix, la sécurité sont les premiers bienfaits que le Droit doit nous procurer. Alors même que nous serions en désaccord profond, irréductible sur les fins supérieures du Droit, nous pouvons cependant nous entendre pour lui faire remplir ces fins intermédiaires auxquelles nous sommes tous intéressés.» CUCHE, *Conferences de Phi. du Droit*, 1928, p. 19.

Nuestra consideración nos ha empujado continuamente de uno de estos elementos de la idea del derecho hacia el otro; los tres se exigen mutuamente, ... pero, se contradicen, al mismo tiempo, mutuamente (3).

La justicia y la finalidad plantean contrarias pretensiones.

Justicia significa igualdad y la igualdad exige universalidad del precepto jurídico; justicia generalizada en cualquier grado. Pero la igualdad no se da en la realidad; es siempre una abstracción desde cierto punto de vista de una desigualdad dada. Ahora bien, desde el punto de vista de la adecuación al fin ha de permanecer toda desigualdad de una manera esencial; la finalidad exige individualizar tan lejos como se pueda. De esta manera, justicia y finalidad se contradicen mutuamente. Todo esto se nos patentiza en la lucha existente entre administración y justicia administrativa, entre las tendencias abstractas e individualizadoras en el derecho penal y en otros terrenos a través de la contradicción entre las exigencias pedagógicas y disciplinarias en toda educación de masas. Esta relación de tensiones, empero, es insuprimible (4).

Frente a la justicia y a la finalidad por un lado, aparece por otro en posición de contradicción la seguridad jurídica. La seguridad jurídica exige positividad. Mas, el derecho positivo pretende valer sin considera-

(3) Comp. RADBRUCH, Die Problematik der Rechtsidee (La problemática de la Idea del Derecho), en el anuario Die Dioskuren, 1924, p. 43 s. Sobre la «relación de tirantez» entre justicia y seguridad, también PRETRASCHEK, RPh. des Pesimismus (La filosofía jurídica del pesimismo), 1929, p. 181 ss., 408 ss.

(4) Isay, Rechtsnorm u. Entscheidung (Norma jurídica y decisión), 1929, p. 135 s.

ción de su justicia y de sus fines. La positividad es un factum, el derecho positivo supone una fuerza que lo pone o establece; de esta manera aparecen en estrecha unión derecho y factum, derecho y fuerza, que son, sin embargo, contrarios. Pero la seguridad jurídica no exige sólo la vigencia de los preceptos jurídicos que la fuerza establece y que se cumplen de hecho, sino que tiene también ciertas exigencias respecto a su contenido, la exigencia de su practicabilidad; mas ésta, marca al derecho con diversos rasgos que contradicen la finalidad individualizadora, así, por ejemplo, fija estrechos límites allí donde la vida sólo conoce tránsitos fluidos, o bien acepta de la situación de hecho sólo los síntomas externos en lugar de los hechos internos propiamente significativos.

Por último, hasta las mismas exigencias de la seguridad pueden llegar a chocar con las consecuencias de la positividad, que es en sí una exigencia de la seguridad, tal, por ejemplo, cuando en interés de la seguridad jurídica se reconoce fuerza obligatoria a una costumbre derogatoria o a un derecho revolucionario que habían logrado imponerse a costa del derecho positivo hasta entonces vigente. Es más, este fenómeno en el dominio de la validez, tiene su paralelo en el contenido de ese derecho vigente mismo. De modo igual a como en interés de la seguridad jurídica ciertos hechos antijurídicos anulan el derecho vigente y crean otro nuevo, hay también derechos subjetivos, que en interés de esa misma seguridad nacen y se extinguen por hechos antijurídicos. En interés de la seguridad jurídica existe la santidad de la cosa juzgada, de modo que el fallo de contenido injusto conserva su fuerza de obligar para el caso concreto; y aun trasciende en forma

de precedente a la singularidad del caso (5). En la prescripción, en la usucapión, en la protección de la posesión civil y en el statuo quo internacional, se otorgan efectos justificantes al estado antijurídico en méritos de la firmeza, es decir, de la seguridad de la vida jurídica (6).

Podría intentarse arbitrar la pugna entre justicia, finalidad y seguridad, de modo que se propusiera una honrada división del trabajo para cada uno de los tres principios según el dominio de su actuación: con la justicia se mediría si una ordenación determinada traía consigo la forma de lo jurídico; según el patrón de los fines habría que decidir si sus contenidos eran los adecuados; por último, se juzgaría por la medida de seguridad garantizada, si podía atribuírsele validez o vigencia. De hecho sólo decidimos con la medida de la justicia propuesta si una ordenación posee naturaleza jurídica, si está de acuerdo con el concepto del derecho (7). Mas, sobre el contenido pesan los tres principios. Ciertamente, que de modo fundamental se juzga según el principio de la finalidad, pero estos contenidos pueden ser modificados por la justicia, cuando un precepto fundamental ordenado por un fin por exigencias de la igualdad jurídica demanda una aplicación que desborda los límites de su adecuación a ese fin. Hay además, toda una serie de preceptos sólo dictados por la justi-

(5) Aquí cae igualmente el «Ideal de la unanimidad» en la declaración del derecho, erigido por W. JELLINEK en su *Shöpferische Rechtswissenschaft* (Ciencia del derecho creadora), 1928.

(6) En contra M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit* (La seguridad jurídica), 1924, p. 24, nota 4.

(7) Con esto, naturalmente, no se decide de su admisibilidad: así el art. 48 de la Constitución del Reich, admite «medidas» que a causa de su naturaleza individual no tienen ningún carácter jurídico.

cia o la seguridad. La igualdad ante la ley y la prohibición de tribunales extraordinarios, sólo se apoyan en exigencia de la justicia. Y únicamente están decretadas por exigencias de la seguridad las llamadas «normas de dirección» (8), las cuales por su mera existencia cumplen plenamente su propia función, sin que su contenido haya de colocarse bajo el señorío de un fin; son preceptos cuyo contrario podría ser igualmente justo, pues sólo se proponen una regulación única, sea ésta cual sea, por ejemplo, la prescripción de policía «¡Guardad la derecha!», cuya finalidad, evitar los choques, podría cumplirse igual con su contraria «¡Guardad la izquierda!» (9). Veremos, por último, que la vigencia o validez de un derecho positivo injusto o antijurídico no es cosa que pueda afirmarse sin más ni más, que el problema de la validez no es un juicio exclusivo del punto de vista de la seguridad, sino que también puede pronunciarse desde los de la justicia y finalidad.

Nuestro resultado sería, pues, éste: la justicia, la finalidad y la seguridad del derecho, dominan conjuntamente a éste en todos sus aspectos, aunque puedan surgir entre estos elementos entre sí agudas contradicciones. Hay épocas que se inclinan a marcar el tono sobre uno u otro principio. Así el Estado-policía intentó que predominase el principio de la finalidad, ol-

(8) Comp. MARSCHALL V. BIEBERSTEIN, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze* (De la lucha del derecho contra las leyes), 1927, p. 116.

(9) Tales «normas de dirección» serían también necesarias en una comunidad de seres perfectos, que conviviesen y practicasen plenamente todos los deberes de la justicia. Es por eso, completamente falso explicar el derecho como una ayuda necesaria de la naturaleza pecadora del hombre y destinada a desaparecer en el momento en que la humanidad se elevase a un estado de moralidad sin pecado. Ni los «ejércitos celestes» pueden evadir una reglamentación de su ejercicio.

vidando en las decisiones de su justicia de cámara (Kabinettjustiz) la justicia y la seguridad. La época del derecho natural intentó derivar al conjuro de la idea formal de justicia la totalidad de los contenidos jurídicos al par que su vigencia. La pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, sólo vio la positividad y la seguridad del derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del derecho establecido, haciendo enmudecer durante decenios a la Filosofía jurídica y a la Política del derecho. Empero, las unilateralidades de estas épocas jurídicas sucediéndose unas de otras, son cabalmente muy apropiadas para hacernos bien visible la multilateralidad, plena de contradicciones, de la idea del derecho.

Hemos mostrado contradicciones sin poderlas resolver. Y en ello no vemos defecto para un sistema. La filosofía no debe proporcionar decisiones, sino situar ante la decisión; no debe hacer la vida fácil, sino, precisamente problemática. Un sistema filosófico debe semejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugnar unas con otras. ¡Qué despreciable sería una Filosofía que no tuviera al mundo como una creación final de la razón y que desembocara, sin embargo, en un sistema de la razón ausente de contradicciones! ¡Y qué superflua sería una existencia para quien el mundo no fuera, en fin de cuentas, una contradicción y la vida una decisión! (10).

(10) A. BAUMGARTEN, R. Ph. (F^a del D.^o), p. 36, alude a la «estructura antinomial del mundo» y se declara por una «Filosofía de las contradicciones». Die Wissen, v. Recht (La ciencia del derecho), t. I, 1920, p. 52 s.

«Tú debes, porque yo quiero, es un desatino; pero, tú debes, porque yo debo, es una conclusión justa y la base del Derecho.»
SEUME.

10 La validez del Derecho.

Teoría jurídica de la validez. Teoría sociológica. (Teoría de la fuerza, teoría del reconocimiento o aceptación). Teoría filosófica. Antinomias.

En las consideraciones sobre la seguridad jurídica se roza el problema de la idea del derecho con el de su validez o vigencia, del que vamos ahora a tratar expresamente (1). El problema de la validez del derecho es el problema de la «normatividad de lo fáctico» (GEORG JELLINEK); ¿cómo es posible que surja una norma de un hecho? ¿De qué manera la voluntad jurídica del Estado o de la sociedad puede producir un deber ser? Ya que sabemos que un querer que se acompañe de la fuerza, puede originar un cumplimiento necesario (müssen), pero nunca un deber ser.

1. Ahora bien, para la ciencia jurídica en este caso sólo viene en cuestión aquel querer por el significado de su contenido, pero no en su aspecto de hecho psíquico. Empero, el puro contenido de un mandato sin

(1) Para el problema de la validez o vigencia del derecho véase especialmente EMGE, Vorschule d. RPh. (Prolegómenos a la F.^a del D.^o), p. 81 ss., y BURCKHARDT, Organisation der Rechtsgemeinschaft (Organización de la comunidad jurídica), 1927, p. 163 ss.

tener en cuenta el hecho de su imperatividad, sólo puede expresarse con estas palabras: ¡Esto debe ser! El sentido de un querer desprendido de su fundamento psicológico es un deber ser; el contenido de un imperativo limpiamente separado del proceso efectivo del acto de mandar, es una norma. La ciencia del derecho concibe, pues, con necesidad metodológica, al contenido del derecho como algo debido, obligante, vigente (2). Pero en la busca del fundamento de esta validez, tropieza fatalmente todas las veces la teoría jurídica de la validez con la situación de hecho de un querer autoritario, irreductible a toda ulterior derivación. Deducirá la validez de un precepto jurídico de la de otro precepto, la de un decreto de la de una ley, y la validez o vigencia de una ley de la constitución; pero la constitución misma puede y tiene que concebirse en una teoría puramente jurídica de la validez, como una causa sui. Esta teoría puede, por tanto, demostrar la validez de un precepto jurídico en relación con otros preceptos jurídicos, pero nunca, en cambio, la validez de los preceptos jurídicos supremos, los llamados principios fundamentales y, por eso mismo, jamás la validez de

(2) Resumamos nuevamente en este lugar la marcha sinuosa del pensamiento en relación al problema del deber jurídico. La Filosofía del Derecho no es capaz de fundamentar por sí misma el concepto del deber jurídico; conoce al derecho en su forma normativa únicamente como patrón, al imperativo sólo en su estructura fáctica. El mandato jurídico se transforma en deber, cuando ha sido erigido en deber moral, por consiguiente en el dominio de la Ética. El deber jurídico, pues, está fundamentado como deber moral y no como estricto deber jurídico. Deberes jurídicos auténticos sólo existen para la Jurisprudencia. Esta tiene por objeto el contenido de sentido del imperativo jurídico; ahora bien, este contenido de sentido desprendido del hecho del querer que lo sustenta, no puede concebirse de otro modo que como un deber ser, pero sólo en aquel sentido condicionado del que en seguida se hablará en el texto.

la ordenación jurídica como un todo. La ciencia jurídica, inmanente como es y prisionera en los límites de una determinada ordenación jurídica cuyo sentido ha de interpretar, puede sólo medir la validez de una ordenación jurídica por su propia pretensión de vigencia, pero nunca decidir imparcialmente sobre la pretensión de vigencia de una de estas ordenaciones en relación con la pretensión de otras.

Por eso, queda desarmada ante las «colisiones de normas» en cualquiera de sus modos posibles. En las pugnas entre decoro social, moral y derecho, únicamente puede siempre tomar partido por el derecho, que tiene como objeto, pero nunca puede ser un juez imparcial por encima de los litigantes. En la concurrencia entre derecho nacional y extranjero no puede fallar de manera imparcial, sino sólo con la pauta de la pretensión de validez del derecho nacional, del llamado «derecho internacional privado», que es siempre un ingrediente de la ordenación jurídica nacional. En las luchas entre derecho legislado y consuetudinario, entre derecho de gentes y territorial, entre Estado e Iglesia, entre legitimidad y revolución, en la pugna «del viejo derecho con el nuevo» (G. JELLINEK) puede ser tan sólo el abogado que unilateralmente sostiene la pretensión del litigante a que sirve, pero nunca el arbitro imparcial y objetivo. Es más, ni al mandato de un paranoico que se cree rey puede negarle la validez con fundamentos concluyentes. Únicamente puede, siempre desde el punto de vista de un orden jurídico, criticar la pretensión de validez de los otros—*tamquam e vinculis sermocinari* (BACON)—, pero nunca fundamentar con propia fuerza por qué aceptó, precisamente, el punto de vista de aquel orden jurídico. Ni una sola vez,

por tanto, es capaz de justificar con propia fuerza la elección del ámbito de su tarea. Hay, pues, que asignar a la ciencia del derecho el objeto de su labor por medio de una consideración metajurídica.

2. Parece, pues, indispensable para el fallo de todas aquellas colisiones de normas, saltar del mundo de los significados al mundo del ser. Está vigente o vale, aquel orden jurídico que ha sido capaz de crearse un cumplimiento efectivo, sea porque haya conseguido la conciencia favorable de los sometidos al derecho en una actuación de largo tiempo, persuasiva y consuetudinaria, sea porque la haya obligado compulsivamente por la coacción y el castigo. Sin embargo, no es necesario para la validez de un orden jurídico su efectividad en todo caso concreto, sino que basta su cumplimiento en el término medio de los casos.

Ya esta consideración tipificadora muestra que se trata aquí de una teoría descriptiva, histórico-sociológica y no de una teoría de la validez normativa, jurídica o filosófica. Las teorías normativas se proponen la tarea de demostrar la validez del derecho en cada caso concreto; pero la vigencia o validez del derecho frente a un hombre determinado no puede estar fundada por el hecho de que sea habitualmente cumplido, es decir, con relación o frente a otros hombres. Todavía en otro rasgo se apercibe la naturaleza descriptiva de esta teoría de la vigencia: se ve obligada a reconocer grados distintos de validez según los grados de efectividad y, por tanto, a reconocer una vigencia o validez gradualmente diversa a dos ordenaciones jurídicas contemporáneamente en lucha. Mientras que una teoría normativa se propone cabalmente en semejante pugna de órdenes jurídicos, pronunciarse por la validez de uno de ellos.

La teoría histórico-sociológica (3) se manifiesta en dos formas: la teoría de la fuerza y la teoría del reconocimiento. Según la teoría de la fuerza (*Machttheorie*) el derecho vale o está vigente, en tanto que ordenado por una fuerza que es capaz de hacerlo cumplir. Pero imperativo o mandato y fuerza, significan sólo un querer y un poder, que por parte de los destinatarios pueden producir, en todo caso, una necesidad ineludible de cumplimiento (*müssen*), pero no un deber ser (*sollen*), es decir, quizá una obediencia, pero nunca un deber de obedecer. Pues de modo semejante a como un papel sin valor (siguiendo la certera comparación de MERKEL) no adquiere validez de cambio por el hecho de que alguien, pistola en mano, haya obligado a otro a aceptarlo como medio de pago, tampoco logra validez un imperativo frente a aquel que a regañadientes ha sido obligado a someterse; ni a su vez la pierde, caso de tenerla, frente a aquel que ha sabido astutamente escabullirlo. Mas si el derecho vale sólo por razón de la fuerza que hay tras él, dejaría de valer en la medida que esta fuerza fracasara; a tenor de la moral espartana, no ser cogido sería equivalente a no haber faltado, y, luego, con la prescripción no se borraría únicamente la penalidad, sino también la misma ilegalidad del hecho.

A una superación de la teoría de la fuerza conduce un análisis del concepto de fuerza. La fuerza no tiene su límite en el poder. La fuerza es espíritu (4): toda

(3) Sobre la distinción entre teoría jurídica y sociológica de la validez, véase MAX WEBER, *Wirtschaft u. Gesellschaft* (Economía y sociedad), 2.^a ed., 1926, p. 368 ss.

(4) «¿Sabéis lo que en este mundo más me colma de admiración? La impotencia del poder material. Sólo hay en el mundo dos cosas, la espada y el espíritu. A la larga es siempre el espíritu el que logra la victoria sobre la espada.» NAPOLEÓN I, luego de la campaña de Rusia.

fuerza es en último extremo fuerza sobre las almas. «Egregio es el que manda, sólo por el que obedece» (SCHILLER) (5). La fuerza suprema, empero, es el derecho: «Aun el más fuerte no lo es bastante si no transforma su poder en derecho y la obediencia en deber» (ROUSSEAU), y por eso es el derecho la mejor «política del poder» (JHERING). Todo tu poder no es otra cosa que mi miedo: «Qui potest mori, non potest cogi». (SÉNECA). Toda fuerza descansa en la aceptación, voluntaria o involuntaria, de los sometidos a ella.

La teoría de la fuerza se transforma, pues, en la teoría del reconocimiento o aceptación. Contra esta teoría, que hace descansar la validez del derecho en la conformidad de los sometidos a ese derecho, se ha objetado, queriéndola refutar, que hace depender el vínculo jurídico del arbitrio de aquellos a quien precisamente debe unir, aniquilándolo por consecuencia: sub hac conditione sim volam nulla fit obligatio. Esta teoría ocasiona, por eso, que el derecho precisamente falle allí donde debe acreditarse: frente al delincuente, que por la transgresión de la ley le hurta su asentimiento de un modo indudable.

Pero esta objeción pasa por alto que el reconocimiento no es una función de la voluntad, sino del sentimiento, es decir, que pertenece al dominio de la pasividad del alma y no al de su espontaneidad; desconoce, asimismo, que tan lejos de nuestro arbitrio está encontrar algo justo o injusto, como encontrar algo hermoso o feo, bueno o malo, verdadero o falso y que aun menos podemos eliminar a capricho el gusto, la

(5) *Oboedientia facit imperantem*. Sobre esta supuesta frase de Espinoza, v. W. JELLINEK, *Grenzen d. Verfassungsgesetzgebung* (Límites de la actividad constituyente), 1931, p. 16, nota 29.

conciencia y la razón; por eso, el mismo criminal no se sacude sin más el sentimiento jurídico que le une a una norma, por el hecho de la transgresión de ésta. A menudo, el delincuente mismo expresa con su delito el reconocimiento del derecho que conculca: el ladrón viola la propiedad ajena para constituirse una propiedad, reconoce, por tanto, en su fundamento la institución jurídica de la propiedad y, consecuentemente, todo lo necesario para la protección de esta propiedad... inclusive, pues, su propia pena; el falsificador de documentos pretende para el documento falsificado la misma fe pública, que él con su falsificación conmueve; reconoce, por ende, el bien jurídico que ha violado, y en su consecuencia, también la protección jurídica que contra él mismo se aplica.

Estos ejemplos muestran ya bien a las claras, que la teoría del reconocimiento o aceptación no puede permanecer en el hecho psicológico del reconocimiento, sino que, más bien, supone como mediatamente reconocido lo que de un modo consecuente no puede dejar de ser reconocido. Como en la teoría del contrato social, en la del reconocimiento se finge como querido por el individuo aquello en que estriba su «verdadero interés». Si nos despojamos de esta ficción, fundamos la validez del derecho no en el reconocimiento fingido de su validez por los sometidos a él, sino en el verdadero interés que los sometidos al derecho tienen en su validez; y de esta manera realizamos el tránsito de la teoría histórico-sociológica de la validez a la filosófica.

3. Mas ¿una teoría filosófica de la validez no conduce necesariamente a la equiparación del derecho justo con el positivo y del positivo con el justo, a una equiparación de la vigencia positiva con la validez abso-

luta, a un retorno a la errónea doctrina del derecho natural que al derecho injusto, sólo por eso, le negaba la vigencia, y al derecho justo, tan sólo por serlo, se la reconocía?

Sin duda alguna: si el fin del derecho y los medios necesarios para lograrlo fuesen científica y claramente determinables, se produciría como inevitable consecuencia que habría de anularse la validez o vigencia de todo derecho positivo que disintiera de aquel derecho natural una vez científicamente conocido, como el error enmascarado ante la verdad descubierta. Pero ya hemos visto que no nos era posible responder al problema del fin del derecho sino con una enumeración de las diversas opiniones de partido en torno a él; ahora bien, es precisamente por causa de esta imposibilidad del derecho natural por lo que puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo. El relativismo, que hasta ahora sólo era un método en nuestra consideración, aparece en este lugar como piedra sillar de nuestro sistema.

El orden de la vida en común no puede ser abandonado a las concepciones jurídicas de los individuos que la integran —ya que posiblemente participan de las más encontradas opiniones—, sino que más bien ha de estar unívocamente determinado por una posición supraindividual, y puesto que según la concepción relativista la razón y la ciencia son incapaces de cumplir esta tarea, tiene que ser emprendida por la voluntad y la fuerza. Si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser derecho (6);

(6) Establecer lo que debe ser derecho, y no lo que es justo, lo cual sería una contradicción en sí. La facultad de establecer el derecho que el detentador del poder posee, puede poner, ciertamente, a una determinada

y si el derecho establecido debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del derecho a una voluntad que sea capaz de hacerlo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga. Aquel que es capaz de hacer cumplir el derecho demuestra que está llamado a establecerlo. O, al revés: quien no tenga fuerza suficiente para proteger en un pueblo a un individuo contra otro, no tiene derecho a mandarle (KANT). La primera promesa de un gobierno revolucionario es crear de nuevo y mantener «el orden y la tranquilidad que la revolución destruyó»; y es la primera de sus promesas, porque sólo por el mantenimiento de la tranquilidad y el orden es como puede legitimarse un gobierno revolucionario. Carlos Martell preguntó al Papa Zacarías: ¿Quién tiene el poder, debe ser rey? El Papa lo afirmó con este fundamento: *ne conturbaretur ordo* (7). «Señor es quien nos pro-

opinión jurídica como fundamento del orden jurídico, pero ya no invocarla como si fuera una verdad jurídica de validez universal; o lo que es igual, ha de terminar con la lucha de los poderes, pero no con la lucha de las opiniones jurídicas. Al contrario, el mismo relativismo que llama a la fuerza para una decisión sobre la vigencia de las opiniones jurídicas, exige que esta misma fuerza deje libre campo a la lucha de las opiniones —legalidad de la conducta, pero libertad de crítica y de propaganda. Como complemento. GÜTERMANN, Arch. G. Soz. Wiss. u. Soz. Pol., vol. 41, p. 508.

(7) RANKE, *Über die Epochen der neueren Geschichte* (En torno a las épocas de la historia moderna), conf.^a 8.^a, § 3. (8) Cf. WALTER JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung. und Zweckmässigkeitserwägung* (La ley, su aplicación y las consideraciones teleológicas), 1913, p. 27 ss., también en la p. 264, nota 1 de la 3.^a ed. de la Allg. Staatslehre de Georg Jellinek y además en la obra antes citada: *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, 1931, p. 16. Kelsen, dice igualmente, «que a través de la norma fundamental sólo puede ser establecida como autoridad productora del

porciona tranquilidad». (GOETHE, Fausto, parte II, acto IV). He aquí la norma fundamental en que apoyar la vigencia de todo derecho positivo, norma que se recoge en esta frase: «Cuando en una comunidad existe un poder supremo, aquello que él ordena debe ser cumplido» o, más brevemente, en la epístola a los romanos, 13, 1, «Que cada cual sea subdito de la autoridad que tiene poder sobre él» (8). La conexión de derecho y fuerza, la creación de un derecho por ruptura de otro anterior, la teoría del derecho internacional de los hechos consumados, la normatividad de lo fáctico, reciben ahora, en consecuencia, la fundamentación filosófica. Pero con esto de ninguna manera retornamos a la teoría sociológica de la validez. El derecho no vale o está vigente porque fue capaz de un cumplimiento efectivo, sino que vale en cuanto fue capaz de un cumplimiento efectivo, porque sólo entonces podía garantizar la seguridad jurídica. La validez del derecho positivo está fundada, pues, en la seguridad que sólo a él incumbe; o si queremos sustituir la expresión demasiado sabia de seguridad por una fórmula de valor de mayor peso, diríamos que aquella validez está fundada en la paz que instituye entre las concepciones jurídicas en pugna, en el orden con que finaliza la lucha de todos contra todos. El derecho positivo debe «crear la paz en el trato humano, mientras dura la guerra de las opinio-

derecho, aquella cuyas normas encuentren plena obediencia en la mayor parte» y encuentra en esta norma fundamental (Grundnorm) «la transformación de la fuerza en derecho» (Naturrechtslehre u. Rechtspositivismus [Derecho Natural y positivismo jurídico], 1928, p. 65). Luego de la revolución y en la Asamblea Nacional (12 febrero 1919) se invocó por el diputado centrista GRABER la Epístola a los romanos (13,1): «Somos de opinión que toda autoridad lo es por la gracia de Dios, lo misma que sea monárquica, que republicana.»

nes, durante la batalla de los filósofos». (ANSELM FEUERBACH). La justicia es el segundo gran tema del derecho, el primero, empero, la seguridad jurídica, la paz, el orden. «Yo prefiero sufrir una injusticia a soportar el desorden», ha dicho GOETHE, y en otra ocasión: «Es preferible que se te haga una injusticia a que el mundo esté sin ley» (9).

Esto, sin embargo, no puede ser la última palabra de la Filosofía del Derecho sobre el problema de la vigencia del derecho. Se ha demostrado tan sólo, que la seguridad jurídica es un valor y que la seguridad garantizada por el derecho positivo puede justificar hasta el derecho injusto o que sea inadecuado a un fin. Pero no se ha demostrado la primacía absoluta de esta exigencia que todo derecho positivo cumple de la seguridad ante las exigencias quizás incumplidas o abandonadas de la justicia y la finalidad. Los tres aspectos de la idea del derecho son todos de igual valor y, en caso de una pugna entre ellos, el fallo sólo puede pronunciarlo la conciencia individual. La validez absoluta de todo derecho positivo es cosa indemostrable frente a cada individuo. Y sería milagroso, si una cosa real tuviera absoluto valor y vigencia. La conciencia individual debe apreciar, y apreciará la mayor parte de las veces, una falta contra el derecho como una cosa más grave o arriesgada que el sacrificio de la propia con-

(9) Idéntica clase de sentimiento jurídico describe maravillosamente THEODOR FONTANE (Meine Kinderjahre – Mi infancia). «Desde el momento en que las luchas revolucionarias pierden la posibilidad de un triunfo seguro, acompaño a todas estas rebeldías ... con una mayor o menor desaprobación, fundada, no diré yo que en mi sentimiento jurídico, pero sí en mi sentido de orden; F. busca el fundamento de ello en «un cierto sentido del orden, en una pretensión natural que ha de situarse en la superioridad de número, o sea de fuerza».

vicción jurídica (10), pero pueden existir «leyes vergonzosas» (Schandgesetze) a las cuales la conciencia moral rehuse toda obediencia. En la época de las leyes contra el socialismo (en Alemania, tiempos de BISMARCK), el Congreso de Wyden aprobó la conclusión de modificar el programa de Gotha, en el sentido de que el partido lucharía con todos los medios posibles, y no con los meramente legales.

Desde luego, «para todo jurista debe ser la mejor la constitución legal existente, y cuando esta alta situación haya sido variada, la que entonces siga». (KANT). El juez, siervo de la interpretación y al servicio del orden jurídico positivo, no puede conocer otra teoría sobre la validez que la jurídica, la que equipara el sentido de validez, la pretensión de vigencia de la ley a la vigencia real. Para el juez es un deber profesional actualizar en la realidad la voluntad de vigencia de la ley, sacrificar su sentimiento jurídico al mandato imperativo del derecho establecido, preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es también justo. Podría interrogarse si este deber mismo del juez, si esta sacrificium intellectus, si esta entrega plena de la propia personalidad a un orden jurídico cuyas futuras transformaciones no pueden sospecharse, es moralmente posible. Empero, por injustamente que haya podido el derecho formar su contenido, ya se ha mostrado que por su mera existencia cumple siempre un fin, el de la seguridad jurídica. El juez, por el hecho de constituirse en servidor de la ley sin consideración a su justicia, no

(10) El valor de la seguridad jurídica frente a la convicción jurídica se valora demasiado bajo por MARSCHALL v. BIEBERSTEIN, Von Kampf des Rechtes gegen die Gesetze (Sobre la lucha del derecho contra las leyes), 1927.

se convierte, a pesar de esto, en mero servidor de los fines accidentales de la arbitrariedad. Aunque él deje de estar, porque la ley lo quiere, al servicio de la justicia, permanece siempre, sin embargo, al servicio de la seguridad jurídica. Despreciamos nosotros al sacerdote que predica contra su convicción, pero honramos al juez que no se deja perturbar en su fidelidad a la ley por la pugna de su propio sentimiento jurídico; pues el dogma tiene únicamente valor como expresión de la fe, mas la ley no lo tiene sólo como precipitado de la justicia, sino como garantía de la seguridad jurídica y particularmente como tal ha sido puesta en manos del juez. Un hombre justo vale más que uno atenido sólo a la ley; ahora bien, no solemos hablar de un juez «legalista», sino de un juez justo, puesto que todo juez atenido a la ley, es por eso, y sólo por eso también al mismo tiempo, un juez justo.

Pero frente al juez, obligado por su conciencia a considerar todo derecho establecido como válido, puede colocarse un acusado, obligado también por su conciencia a considerar como inválido, aunque esté establecido, el derecho injusto o inadecuado a su fin (11). El derecho frente a él puede acreditar su poder, pero nunca demostrar su validez. Este caso del delincuente por convicción, muestra precisamente porque no tiene solución que se trata de un caso verdaderamente trágico. El deber reclama el cumplimiento del delito, el deber exige del juez su castigo y quizá también un deber reclama la aceptación para el delito cometido del

(11) «Yo he jurado cumplir a conciencia la constitución; ¿mas cómo es posible si mi conciencia me ordena no cumplirla?» Bismarck al Kronprinz Federico Guillermo. Cf. ZEHLIN, Bismarcks Staatsstreichpläne (Los proyectos de Bismarck sobre un golpe de Estado), p. 60.

castigo acarreado por él: todo en méritos de la inviolabilidad del derecho y de la seguridad jurídica. Así pensó y obró SÓCRATES cuando rehusó evitar con la huida la ejecución de la sentencia. «¿Crees tú que podría subsistir y no aniquilarse un Estado, en el que las sentencias recaídas no tuvieran ninguna fuerza y pudieran ser invalidadas y frustradas por los particulares?» (12).

(12) Cf. ALSBERG, Der Prozess des Sokrates (El proceso de S.), 1925, p. 27 ss.

La piedra tolera paciente el cincel que la trabaja y las cuerdas que el artista pulsa le responden sin que a sus dedos opongan resistencia. Solamente el legislador trabaja con una materia autónoma y rebelde: la libertad humana.
Schiller.

11 La Filosofía de la Historia del Derecho.

Forma y materia del Derecho. Formación consciente e inconsciente del Derecho. Teoría de la legitimidad y teoría catastrófica.

Tema de la Filosofía de la Historia del Derecho es la historia desde el punto de vista de la realización del valor, la historia como ascensión hacia el valor o como extravío de él. La filosofía de la historia del derecho se propone, pues, considerar en la realidad del proceso histórico la realización del concepto, de la idea y de la validez del derecho (tal como fueron objeto de nuestra consideración en forma de tres círculos de problemas).

1. El derecho no es sólo la categoría que precede y yace en el fondo de toda consideración jurídica, la forma mental fuera de la que no es posible pensar nada como jurídico, sino que es también la forma de cultura real que apresa y forma cada uno de los hechos del mundo jurídico. Un nuevo impulso del derecho no se realiza nunca en un vacío jurídico, sino bien por transformación de una institución jurídica preexistente, ya por in-

serción de una nueva institución jurídica en un sistema jurídico dado, y en ambos casos construyendo dentro de la arquitectura poderosa de un edificio jurídico que él tan sólo varía en algún detalle, y de cuyo estilo no puede evadirse. El concepto categorial del derecho se expresa, pues, como una realidad en la forma cultural concreta del derecho. Aquí surge el problema —de filosofía de la historia— de la relación entre materia y forma del derecho, entre les donnés y le construit (GÉNY), entre los datos reales de la legislación (realien) y su estructuración legislativa (E. HUBER), el problema de las diversas apreciaciones sobre la fuerza estructurante de la forma del derecho y de la resistencia de la materia de ese derecho (1). El derecho natural cree poder evaluar como cero la fuerza de resistencia de la materia frente a la idea; es decir, volatiliza por completo a la materia del derecho. Considera como materia de la idea del derecho no una situación histórica determinada, sino el estado de naturaleza; describiendo este estado de naturaleza más bien que como una relación sociológica, como una asocial yuxtaposición de los individuos sin ninguna trabazón sociológica preexistente, y dejando reservada a la idea del derecho la creación, por vez primera, de las relaciones sociales. Y porque el derecho natural no conoce ninguna resistencia histórica o sociológica de la materia, niega la variabilidad de la idea del derecho, que sólo puede originarse de su elemento material y concreto y no de la forma, completamente vacía y, por eso, pura y universal; afirmando, en cambio, un ideal jurídico eterno y en todas partes idéntico.

(1) Comp. RADBRUCH, Rechtsidee u. Rechtsstoff (Idea y materia del derecho). Arch. f. R. u. WPh., 1.17, 1927, p. 343 ss.

El haber superado esta doctrina del poder absoluto de la forma es el gran mérito de la Escuela Histórica. En ésta se realzan los datos del «espíritu del pueblo» a costa de las formas creadoras de la Razón. Que en la realidad la existencia de la materia no puede evaluarse como cero, lo demuestra la simple reflexión de que los movimientos decisivos del mundo social escapan al influjo del derecho. El orden jurídico sólo puede mandar en los individuos; sobre los procesos sociales influye a través de esos individuos, es decir, dando un rodeo, y por eso de un modo muy limitado; no puede dominar, por ejemplo, los procesos de la psicología de masas. Y, desde luego, no tiene influencia alguna sobre los procesos naturales. La economía que es, a un mismo tiempo, un proceso natural y social, se mueve esencialmente fuera del influjo del derecho y, en cambio, puede reobrar eficazmente sobre él (2).

Semejantes consideraciones condujeron a enfrentar a la teoría del poder absoluto de la forma del derecho la de su impotencia absoluta. La concepción materialista de la Historia ve únicamente en el derecho una manifestación de la Economía, en la forma del derecho, por tanto, una manifestación de la materia del derecho. Al calificar al derecho de forma de la economía ve en aquélla, no la forma formadora (formende), sino la formada (geformte), no una forma que se imprime en la materia, sino una forma que la materia acepta; por tanto, en vez de la esencia íntima, el fenómeno externo. El derecho está condicionado por com-

(2) Comp. RENNER, Die Rechtsinstitute des Privats Rs. u. ihre soz. Funktion (Las instituciones del derecho privado y su función social), 1929, p. 145 ss.

pleto, histórica y sociológicamente, sin ningún ingrediente formal de validez absoluta. «No hay que olvidar que el derecho, igual que la religión, no tienen una historia propia», anotaban en este sentido MARX-ENGELS en su esquema de una ideología alemana. Ya se mostró anteriormente que el mismo materialismo histórico se había visto obligado a reconocer la legalidad propia de las formas culturales y en especial la forma jurídica y que no equiparaba sin más ni más lo ideal a lo material, sino que lo consideraba como una trasposición y traducción de lo material en una forma nueva, si bien no concediendo una atención suficiente al aspecto formal de este proceso. Por nuestra parte, habíamos fijado que la forma del derecho es la forma de la igualdad y generalidad, y que esta forma se impone a toda motivación de fines a que el derecho pueda servir, escapando a la dominación incondicionada de esos fines. La cuestión de filosofía de la historia sobre las relaciones entre materia y forma en el derecho, hay que contestarla, pues, diciendo que el derecho de un momento dado es un producto de forma y de materia jurídicas, en el que predomina ya éste, ya el otro elemento. Típicos en uno y otro aspecto son el derecho romano y el alemán. Con la concepción de la exclusiva determinabilidad por la materia de la forma del derecho está en estrecha conexión otra doctrina de filosofía de la historia. La teoría de la transitoriedad no simplemente de todo contenido jurídico, sino de la forma misma del derecho, la teoría marxista de la muerte del derecho. Según ésta, la concepción jurídica del mundo, sería la «clásica concepción del mundo de la burguesía» (ENGELS), desprendida de la concepción teológica del mundo del feudalismo; en el Estado pro-

letario de transición en vez de este derecho burgués con pretensiones de justicia, surgiría un derecho de clase sin «disfraces», es decir, con renuncia consciente de la forma del derecho, para desaparecer más tarde en una sociedad ya sin clases al ser sustituido por una simple administración de cosas». La justicia es sólo el reflejo ideológico del mercado con su *do ut des*, y destinada a desaparecer con la economía de mercado individualista. Claro es que la justicia a que aquí se alude es sólo la de derecho privado, la justicia igualitaria. Con la superación del «estrecho horizonte del derecho burgués» (MARX) y de la justicia igualitaria, se lograría, pues, únicamente el dominio exclusivo de otra clase de justicia, la de derecho público, la distributiva, o, con otras palabras, se produciría la conversión de todo el derecho en derecho público y la transformación del derecho individualista en derecho social. La comunidad socialista sería también un Estado de derecho, pero un Estado de derecho que estaría dominado por la justicia distributiva en vez de serlo por la igualitaria. Una vida humana en común no puede pensarse en absoluto sin una forma de derecho (3).

2. El problema de la realización de la idea del derecho en la historia puede plantearse de dos maneras: puede partirse de las ideas jurídicas de los distintos partidos y concepciones del mundo y preguntarse hasta dónde la historia ha servido a la realización de cada uno de ellos. A toda concepción del Derecho y del Es-

(3) PASCHÜKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (Teoría general del derecho y marxismo), y además RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee* (La idea del derecho y el derecho de clases), *Zeitschr. f. soz. Recht.*, primer año, 1929, p. 75 ss., y Kelsen, *Arch. f. SozW. u. SozP.*, vol. 66, 1931, p. 449 ss.

tado correspondería, según esto, una concepción particular de filosofía de la historia. Podrían ponerse como ejemplo de una filosofía de la historia liberal, la idea kantiana de una historia universal desde una perspectiva cosmopolita, de una filosofía de la historia socialista, el Manifiesto comunista, de una supraindividualista las conferencias de RANKE ante el Rey Max de Baviera, así como su «Conversación política» y, por último, como ejemplo de una concepción de la historia transpersonal, el libro de JACOBO Burckhardt «Consideraciones sobre la Historia universal. Por otra parte, puede también preguntarse de qué manera las ideas en general y en especial las jurídicas, pueden influir en la historia, si en forma de finalidades conscientes planteadas por los individuos, o bien en la forma de procesos inconscientes de la sociedad.

La contestación a este problema, yacente en el fondo de la oposición entre SAVIGNY y HEGEL (4), sólo puede ser que la idea del derecho devino progresivamente una fuerza histórica cada vez más consciente y capaz de fines. Este proceso puede calificarse de maneras diversas: como una evolución del espíritu del pueblo a la voluntad del Estado, del derecho consuetudinario al derecho escrito, del crecimiento orgánico del derecho al «fin en el derecho» y a la «lucha por el derecho»; (JHERING); o cuando se le piensa en la institu-

(4) HEGEL contra SAVIGNY: «Los bárbaros se regían por impulsos, sentimientos y usos, pero no tenían conciencia de ello. Mas en cuanto el derecho se establece y es consciente, cesa todo lo casual del sentimiento y la opinión, la forma de la venganza, de la lástima y del egoísmo y así, alcanza entonces el derecho su verdadera determinación y llega a la plenitud de su dignidad». Cf. Rothacker, Einleitung, in. d. Geisteswiss (Introducción a las ciencias del espíritu), 2.* ed., 1930, p. 62.

ción social productora de normas, como una evolución de la «comunidad» a «la sociedad» (TÖNNIES); o cuando se piensa en la estructuración de la situación jurídica de los particulares, como una evolución del status al contractus, es decir, del estado en que se ha nacido a una situación social creada por la propia voluntad (HENRY SUMNER MAINE).

Ciertamente, que a los fines que progresivamente entran en lugar de los impulsos no corresponden necesariamente ideas absolutas de fin, sino que pueden ser finalidades puramente egoístas y arbitrarias. Pero quizá, al igual de los impulsos, se transforman las finalidades conscientemente egoístas en instrumentos inconscientes de ideas de fin de valor universal. WUNDT ha descrito este hecho con el nombre de la «heteronomía de los fines» y HEGEL como «la astucia de la Razón». Nuestras anteriores consideraciones sobre las relaciones entre ideología e interés ofrecen un claro ejemplo. En este hecho sociológico del «sic vos non vobis», se funda la teoría del liberalismo, la teoría de la armonía preestablecida entre el egoísmo universal y el bienestar general, que Rückert «transportó y tradujo» líricamente: «cuando la rosa se engalana se engalana también todo el jardín». Pero también la teoría marxista del desarrollo fatal del socialismo merced a fuerzas sociales que de ningún modo marchan conscientemente hacia una ordenación social socialista, descansa en un pensamiento semejante. También la concepción materialista de la historia no desarrolla un idealismo subjetivo de motivos ideales, sino un idealismo objetivo del imperio de la idea. Si el pensamiento no empuja a la realidad, sí en cambio (según frase de MARX) la realidad al pensamiento.

El desarrollo fatal de la formación del derecho desde los impulsos a los fines, desde lo irracional a la racionalidad finalista, puede ser origen de juicios diversos de valor. La concepción de que la razón de las cosas y de las relaciones es superior a la razón de los individuos, tiene que derivar de aquella evolución fatal una actitud pesimista de la cultura, mientras que aquella otra que cree que no hay más razón en las cosas y en las relaciones que aquella que los hombres pusieron en ellas ha de ver en la misma evolución el rasgo de la razón triunfante a través de la historia y aceptar, por tanto, optimistamente un progreso indefinido (5).

3. Finalmente, también el problema de la validez del derecho es susceptible de consideración desde la filosofía de la historia. Desde el punto de vista de la teoría jurídica de la validez, puede ser objeto de investigación, no sólo la relación de un precepto jurídico con otro dentro de un determinado orden jurídico—por ejemplo, una ley respecto a la constitución—, sino también la relación recíproca de los diferentes órdenes que en la historia se suceden unos a otros. Aplicada a la historia la teoría jurídica de la validez, origina el principio de legitimidad, es decir, la exigencia de que cada orden jurídico sea desarrollo de su anterior por medios jurídicos. O, dicho de otra manera, lleva a la negación de todo orden jurídico que no sea capaz de justificarse ante el orden jurídico precedente. «El derecho debe permanecer siempre derecho.»

(5) Hay que hacer constar, sin embargo, que el gran teórico de la «comunidad» no deduce en modo alguno consecuencias pesimistas de la evolución incesante de la comunidad a la sociedad. Tönnies, en el *Jahrb. de Schmoller*, vol. 49, 1925, p. 188.

Pero «todo lo que en la humanidad contemporánea es derecho, llegó a ser realidad contra la forma del derecho» (FICHTE). «¿Cuántas existencias hay todavía en el mundo político de hoy, que no tengan raíces en un suelo revolucionario?» (BISMARCK) (6). Sólo hay una evolución legítima, no interrumpida y milenaria: la cadena de ordenaciones que desde los apóstoles lleva a cada uno de los sacerdotes católicos. La teoría de la legitimidad es tan incapaz de satisfacer los problemas de la filosofía de la historia, como lo fue la teoría jurídica de la validez ante los filósofos. El derecho no puede proceder sólo del derecho, siempre hay nuevo derecho que crece de raíces silvestres. Hay una creación jurídica originaria, una producción del derecho por los hechos, una aparición del derecho por la ruptura del derecho, algo como un nuevo suelo jurídico sobre la lava revolucionaria ya enfriada. Las dos concepciones opuestas, el vulcanismo y el neptunismo de la filosofía de la historia, la teoría de la continuidad y la catastrófica de la historia del derecho, como podría llamárselas, son manifestaciones de concepciones más amplias: del historicismo y del racionalismo. El legitimismo corresponde a la visión que hace de lo paulatino ininterrumpido, categoría del pensar histórico, una norma del obrar político. Erige, paralelamente a lo anterior, a la teoría jurídica de la validez—forma de pensamiento de la ciencia jurídica—, en una doctrina política. En contra puede hacerse valer que también la catástrofe histórica, no cae fuera de la historia, y que

(6) *Gedanke u. Erinnerungen* (Pensamientos y recuerdos), I, 1898, p. 176—en la discusión que por correspondencia sostuvo con GERLACH sobre el principio de legitimidad.

posteriormente puede vérsela en su necesaria causalidad histórica de larga preparación. A esta continuidad histórica corresponde también una jurídica. Invariable por encima de todas las catástrofes jurídicas permanece el precepto fundamental, de que en todo momento está llamado a establecer el derecho aquel que sea capaz de hacerlo cumplir. La revolución produce que al poder supremo, previsto en este precepto, le sucedan otras fuerzas sociales, pero por encima de todos los cambios de fuerzas impera invariablemente el precepto mismo. Este precepto origina que el nuevo gobierno revolucionario se considere como el sucesor jurídico del anterior gobierno legítimo. Sólo así se comprende que la variación revolucionaria de la forma del Estado no altere la identidad del Estado mismo; que, por ejemplo, el antiguo imperio alemán y la república alemana representen a una misma Alemania (7).

(7) Cf. ANSCHÜTZ, Reichverfassung (La Cons. del Reich), tercera ed. 10 A., 1929, p. 8ss.

*Nec ulla nobis magis res aliena
quam publica.*
TERTULIANO.

12 La filosofía religiosa del derecho.

Cristianismo primitivo. TOLSTOI. Catolicismo. LUTERO.

La Religión es una actitud superadora del valor y del desvalor y por consecuencia del contraste entre valor y realidad; la Religión significa unificación de valor y realidad y justificación de todo ser, es la Teodicea emocional. Por oposición a la Filosofía de los valores llamamos Filosofía de la Religión a la Teodicea desarrollada en conceptos. Ahora bien, a todo objeto es posible considerarlo desde ambos puntos de vista —igualmente, por tanto, el Derecho—(1). La plena unificación deseada entre valor y realidad es, sin embargo, irrealizable para la conciencia humana. Un instrumento de la filosofía de la religión con respecto a los hechos que no pueden aprehenderse ni como valiosos ni como no existentes, es el concepto de la inesencialidad: el desvalor, que resiste a todo intento hecho para superarlo, podrá ser contemplado en un sentido más profundo como no ente, como inesencial. Mas no sólo desvalores pueden aparecer como inesenciales ante la consideración de la filosofía de la religión, sino que hasta lo que la Filosofía de los valores ha decla-

(1) Cf. RADBRUCH, Über Religionsph. des Rechts. in Radbruch und Tülich, Religionsph. d. Kultur (Sobre la filosofía religiosa del derecho, en la obra de R. y T. Filosofía religiosa de la cultura), 2.ª ed., 1921.

rado como valioso puede aparecer ante la perspectiva suprema de la filosofía de la religión: «ante Dios», como inesencial. El problema de la filosofía religiosa del derecho es, pues, si el derecho es no sólo valioso, sino también soporte de propia esencia.

Una Mitología precristiana del derecho nos mostraría tanto a éste como al Estado rodeados de significación religiosa definitiva, y plena de esencia. Al contrario, ante el cristianismo en su forma primitiva aparecían Estado y derecho completamente alejados de Dios, en absoluto inesenciales e insignificantes. «¿Quién me ha puesto sobre vosotros para dirimir herencias?» —dice Jesús—. De la parábola sobre el tributo no se desprende otra cosa que la profunda indiferencia de Jesús ante las cosas del derecho y del Estado: «Pagad, pues, a César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios». ¡Sólo en la segunda parte está el acento de la frase! En la parábola de los obreros de la viña, la Bondad y la Gracia, aleja de sí con un gran movimiento de la mano el problema del derecho y de la justicia. Y cuando con un sarcasmo extraordinario se elige la conducta engañosa del mayordomo infiel como parábola de la preparación para el juicio ante Dios, se expresa, con tanta mayor y casi terrible agudeza cuanto no era ese el tema de la parábola, la opinión de Jesús sobre la inesencialidad de la valoración jurídica. ¿Es realmente tan grande la diferencia entre derecho e iniuria, entre propiedad y robo? En todas sus figuras Mammon, es siempre injusto —ésta pudiera ser la concepción yacente inexpresada en la parábola—; pues el Señor alabó al mayordomo infiel lo que él había hecho discretamente. Los justos y los injustos se entienden entre sí perfectamente, tal es la opinión de Jesús, pues ellos están, como

el guarda y el cazador furtivo, como el inquisidor y el delincuente, unidos entre sí por una subterránea simpatía y una secreta semejanza de familia. No se puede evitar el encanallarse cuando se le ha puesto a uno mano a mano con los canallas, ya que el modo de la defensa está determinado por el carácter del ataque; así, pues, la especie del derecho está determinada necesariamente por la iniuria, y el derecho, considerado en todo caso como un bien relativo, está trabado indisolublemente con la iniuria en una esfera común de pecado. Sobre este fondo es como puede comprenderse perfectamente la conmovedora frase, que es para toda época el más radical derrocamiento de todos los valores: «No resistáis al mal». ¡No pelearos por la ropa, dad también la capa en ese caso! ¡Ofrece tú mismo la mejilla a la bofetada! Mantener el derecho o sufrir la injusticia es lo mismo... ambos igualmente inesenciales. Pleno de esencia en las relaciones recíprocas de los hombres lo es sólo el amor; en el círculo de la religión no entra la vida de la comunidad como un resultado del orden jurídico sobre los individuos, sino como una irradiación del amor cristiano de los individuos. La comunidad humana no es en su esencia ninguna comunidad jurídica, sino una pura y anárquica comunidad de amor. «Sabéis que los que se ven ser príncipes entre las gentes, se enseñorean de ellas, y los que entre ellas son grandes, tienen sobre ellas potestad. Mas no será así entre vosotros; antes cualquiera que quisiere hacerse grande entre vosotros, será vuestro servidor. Y cualquiera de vosotros que quisiere hacerse el primero, será siervo de todos» (2).

(2) El problema de la relación entre Religión y Derecho aparece como problema teológico asimismo en la forma del problema de la relación

De tres modos diferentes se ha reaccionado en los tiempos posteriores a esta filosofía religiosa del derecho, puramente negativa.

1. LEÓN TOLSTOI ha enseñado no sólo que el derecho carece de esencia, sino que es anticristiano. Toda exterioridad únicamente tiene sentido en cuando irradiación de una intimidad, el derecho, empero, en cuanto valora a esa exterioridad por sí misma y contempla de soslayo al lado íntimo, nos desvía de lo que realmente no es necesario (3). Sin embargo, por radical que sea la negación del derecho por TOLSTOI y su anarquismo cristiano, todavía es más radical el Sermón de la Montaña, pues más radical que la pasión en lucha contra la coacción jurídica, es el reflexivo desdén que esquivo toda batalla, y mucho más todavía el mandamiento de no oponer resistencia al mal, que abarca, no sólo a la iniuria, sino también a la coacción jurídica, y que se extiende, no sólo a la resistencia activa de TOLSTOI, sino además a la pasiva. Hay que obedecer a la autoridad, porque sublevarse contra ella prestaría al problema, indiferente por completo a la religión, una significación que él por sí no tiene —éste parece ser el punto de vista del Sermón de la Montaña.

2. En cambio, el Catolicismo otorga al Derecho y al Estado una relativa significación religiosa. La idea del Derecho Natural se renueva con coloraciones religiosas y se considera al Derecho Natural en relación con la Ética amorosa del Sermón de la Montaña, al menos, como un jalón previo. El Estado estamental se

entre la Justicia y la Bondad Divina. Cf. Esposito, *Lineamenti di una Dottrina del Diritto*, 1930, p. 145 ss.

(3) Boris SAPIR, *Dostoiewski und Tolstoi über Probleme des Rechts* (La actitud de D. y T. ante el Derecho), 1932, p. 65 ss.

construye como una sucesión graduada de estamentos espirituales, cada uno de los cuales tiene su propia moralidad, pero sólo al supremo se le exige la plenitud de deberes de la Ética cristiana del amor. El Estado y el Derecho tienen su sitio en uno de los grados inferiores de esta construcción, bañándose por eso en un reflejo de significación religiosa. El Estado y el Derecho no son, como para TOLSTOI, anticristianos, sino sólo no plenamente cristianos. Es más, el Derecho recibe una valoración positiva: la Iglesia, según la concepción católica, tiene una ordenación jurídica que no se debe al arbitrio de los hombres, sino que ha sido impuesta por el mismo Dios. Existe un *jus divinum*, cuya vigencia no es sólo terrena y transitoria, sino absoluta y supraterrana. Mientras se estuvo satisfecho con ver en la religión no tanto una relación inmediata e íntima, como una relación del cuerpo total y unitario de la cristiandad con Dios, pudo parecer que se resolvía de modo pleno la contradicción existente entre la valoración del derecho por la filosofía de los valores y la filosofía religiosa.

3. La Reforma, empero, quiere poner de nuevo a todo hombre en relación inmediata con Dios. Cada hombre se ve puesto frente a frente de las supremas exigencias de la Ética cristiana del amor. Con ello se quiebra la posibilidad de considerar, por una parte, al Derecho, y por otra, a la Ética del amor, como dos círculos de deberes pertenecientes a estamentos distintos: de nuevo surge en cada pecho humano la contradicción entre el punto de vista jurídico y el Sermón de la Montaña. La Filosofía del Derecho y la Filosofía de la Religión, aparecen nuevamente una junto a otra, independientes, y en una contradicción

recíproca que nada puede ni debe velar: de un lado, la Ética de la santidad del derecho, de la auto-afirmación jurídica, de la lucha por el derecho, de otro lado, la doctrina de la inesencialidad del derecho, la doctrina de la no resistencia al mal, de la inanidad de toda lucha jurídica.

Allí la espada, la cólera y el aparato, el mero penar, impedir, juzgar y sentenciar para obligar a los malos y proteger a los buenos; aquí la gracia y la caridad y el puro olvidar, premiar, amar, servir y beneficiar, la paz y la amistad.

El alma fuerte de LUTERO se complacía moralmente en la tensión de estos contrastes. Los expresó él mismo a través de la oposición de la moral profesional frente a la moral personal, sin que, por otra parte, delimitara muy fijamente el dominio de esa moral profesional. Ha sido siempre característica de la renovación y del heroísmo religioso el extenderse como tizón con viento de tormenta por aquellos territorios en que la vida del mundo creía poderse desarrollar ajena a la religión, según su propia legalidad —desde Jesús hasta Tolstoi—. La religión, revolucionaria y poco respetuosa con los dogmas humanos, como todavía lo es, no tolera se limite su competencia con las bardas de una moral laica, y no otra cosa pensaba Lutero. Su fórmula no significa la superación, sino justamente la aguda manifestación de una contradicción insuperable. Hay que vivir en el mundo del Derecho y del Estado, sintiéndose uno mantenido por la exigencia religiosa absoluta, con la plena conciencia de la condicionalidad y fragilidad de ese mundo, vivir en él como en tierra extraña, como si no se viviese en él. El derecho y el Estado sólo tienen una significación transitoria, son, en

último extremo, inesenciales (4). La inesencialidad del derecho, tal como se anunciaba en el Sermón de la Montaña, fue interpretada por TOLSTOI en un sentido más agudo, viendo en el derecho algo que contradice los valores esenciales. En cambio el Catolicismo concibió esta idea en un sentido mucho más restringido, a saber: que el derecho no representa valores esenciales, pero sí a valores adherentes a éstos. LUTERO, con mayor radicalismo, reconoció tan sólo en el derecho un valor transitorio, lo que, en fin de cuentas, equivale a su inesencialidad. La filosofía de la religión cristiana, con su doctrina de la inesencialidad de Derecho y del Estado, es incapaz, sin embargo, de anular las doctrinas de la filosofía de los valores sobre el valor positivo del Derecho y del Estado. El Derecho y el Estado son inesenciales en la medida que toda la vida universal carece de esencia, es decir, desde un punto de vista fuera de este mundo, «ante Dios». La filosofía de los valores, así como la del derecho, aceptan un punto de vista terreno, pronuncian juicios de valor sólo para nuestro universo y se saben encerradas en la condicionalidad de la vida universal. Cada una de esas dos perspectivas tiene sus fundamentos naturales; frente a frente de la trabazón del hombre en sociedad aparece la suprema y terrible soledad de la mujer en el parto y del hombre en la agonía: «Trabajamos junto a cientos, amamos en parejas y morimos solos.» (IVÁN GOLL.).

(4) No otra cosa que el reconocimiento de esta concepción luterana de las relaciones del cristianismo con el Estado, el derecho y la guerra, fue lo que produjo el caso Dehn. Cf. GÜNTHER DEHN, *Kirche und Völkerverständigung* (La Iglesia y la reconciliación de los pueblos), 1932, p. 84.

La jurisprudencia, revestida con los colores tradicionales de la facultad, dice: Rojo es el derecho. En vuestra propia sangre debéis vivir sus mandatos, mis hijos. Si os esforzáis sólo con la lógica, no tendréis más que la miseria del derecho.

KARL HEINSHEIMER.

De una pieza para una fiesta académica.

13 La psicología del hombre de derecho.

El derecho objetivo como forma de vida. El derecho subjetivo como forma de vida.

A EDUARDO SPRANGER se debe el concepto de una Psicología concebida dentro de la dirección de las ciencias del espíritu (Geisteswissenschaftlichen Psychologie) (1). En oposición a las investigaciones de una Psicología ciega al valor, concebida como ciencia natural, trata de investigar la vida del alma referida a un valor, en su dirección hacía valores culturales, es decir, como estructura o comprensión de productos de sentido y, en una palabra, como un hacer espiritual. Investiga las «formas de vida», o las diferentes clases de las estructuras anímicas necesarias para un determinado hacer espiritual. Como tipos ideales de esas formas de vida, describe SPRANGER los siguientes tipos de hombres: el teórico, el económico, el estético, el social, el polí-

(1) Comp. EDUARD SPRANGER, *Lebensformen* (Formas de vida), 3.^a ed., 1922, p. 3 ss.

tico y el religioso. Entre estos tipos no aparece el del hombre de derecho, pues para SPRANGER no es una estructura simple, sino un producto complejo, una forma mezclada de la estructura social y la teórica (2). También nosotros vemos en la forma de vida del hombre de derecho un producto complejo, ya que la misma idea del derecho, con la que está en relación, es también un producto complejo, la citada trinidad de justicia, finalidad y seguridad. Con razón dice SPRANGER que «aquello a que se ha llamado fin del derecho no es por sí de naturaleza jurídica», sino más bien de naturaleza social, política y cultural, y que, en consecuencia, no corresponde al derecho una forma de vida propia al lado de la social, la política, la teórica y la estética. Sin embargo, los otros dos elementos son valores jurídicos específicos, irreducibles a otros valores. Por consiguiente, la forma de vida específica del hombre de derecho estructurada por la justicia, se sitúa justificadamente en la serie de formas de vida desarrollada por SPRANGER. La justicia, empero —hablando el lenguaje de SPRANGER— es decisiva para la estructura del hombre de derecho en un doble sentido: como justicia ideal y como positiva, es decir, en este último caso como seguridad jurídica.

La justicia y la seguridad marcan al hombre de derecho de modo diferente y aun diverso: la justicia tiene la propiedad de dar base a una conducta con respecto al derecho idealista y progresiva, la seguridad, en cambio, determina una conducta positivista y conservadora; frente al sentido de la justicia surge el sentido del de-

(2) Comp. Spranger, ob. cit., p. 326 ss. Para la psicología del hombre de derecho cons., además, Riezler, *Das Rechtsgefühl*, 1921.

recho como expresión de orden. El hombre de derecho lego o profano, se orienta siempre más hacia la justicia, el hombre de derecho jurista, se orienta, en cambio, más hacia la seguridad; hablando el lenguaje de SPRANGER, aquél es más «idealista del derecho» éste, más «formalista del derecho», o, para no emitir juicios, más «realista del derecho». Justamente por eso ha podido decirse que hay que evaluar con diferentes medidas el sentimiento jurídico de los juristas y de los profanos: el del jurista por el grado de dificultad en resignarse a una injusticia del derecho establecido, el del profano por la imposibilidad en absoluto de resignarse a una injusticia del derecho positivo en interés de la seguridad jurídica.

Si quisiéramos patentizar estas dos formas de vida del hombre de derecho a través de dos figuras, sólo tendríamos que pensar en SCHILLER y GOETHE. SCHILLER, que clama por asir del cielo y transportar a la tierra los derechos que allí penden imprescriptibles e inviolables (3) (alabando al par el orden como divino y bendito), y GOETHE, que prefería sufrir la injusticia a soportar el desorden (y sin embargo deploraba que no se tratase nunca de los derechos que con nosotros nacieron).

Ambas estructuras jurídicas conducen si no se penetran recíprocamente a formas degeneradas. Por un lado está el filisteo del orden, cuya encarnación entre los funcionarios da el tipo del burócrata y cuya forma ciudadana la describió GOETHE en su «Paseo de Pascuas», en otro lado está el tipo del fanático de la jus-

(3) La apelación al cielo de Locke (appeal to Heaven), (Comp. DEL VECCHIO, *Giustizia*, 2.^a ed., 1924, p. 73, nota 1^a).

ticia. La justicia es, como ya vimos, una categoría vacía que puede llenarse con los más diversos contenidos. De esta manera, la furia de una justicia desenfrenada en el vacío puede revestir aun lo más monstruoso con un ropaje ideal (¡ROBESPIERRE!). La justicia es un valor de polaridad que necesita de la resistencia para realizarse según su esencia. La justicia que no está suavizada continuamente por el amor lleva a la injusticia, de igual modo que el perdón significaría debilidad insostenible si no fuera continuamente combatido por la justicia. La justicia sin amor se convierte en endurecida autojusticia, de la que pronto o tarde se vengán terriblemente las fuerzas vitales oprimidas. SHAKESPEARE nos ha representado en la figura del Gobernador Angelo de su «Medida por medida» la rebelión de los impulsos oprimidos y embrutecidos contra la propia norma de los celadores fanáticos del derecho, que resbalaron ya en la autojusticia y la injusticia.

La seguridad jurídica y la justicia albergan en sí todavía ulteriores peligros que les son comunes, pues ambas exigen igualmente, que el hombre y la vida sean captados y medidos por conceptos. El concepto se caracteriza frente a la permanencia de la corriente de la vida como discontinuo y frente a la concretidad de los fenómenos vitales como general. Ahora bien, puede decirse sin paradoja, que una discontinuidad semejante de la corriente de la vida, una particularidad tal de los actos singulares no existe en absoluto, que sólo existe la permanente totalidad de un hombre o, mejor, sólo la totalidad fluyente de su vida. La vida y el hombre no están compuestos por un conjunto de actos singulares, como no lo está el mar por la suma de sus olas, sino que son totalidades, y sus actos singulares movimien-

tos que se penetran recíprocamente de un todo indivisible. Es quizá el mayor tormento de los hombres cogidos en la máquina del derecho, el que han de vivir impotentes la descomposición que la imagen de un hecho o la imagen total de una vida —de la que fueron arrancados violentamente—, experimentan en cuanto sólo se los considera en su particularización, y a la vida, de la que emanan, únicamente desde el aspecto de esta casual particularidad. Empero, pertenece a la esencia irrenunciable de la ciencia del derecho esta particularidad de ver sólo los árboles y no el bosque.

El jurista, además, ve sólo al hombre y al caso individual a través del cristal del concepto generalizador de la ley, semejante a un espeso velo que sólo permitiera ver los perfiles más acusados —justamente la venda de Themis— (4). Basta para hacer patente la pobreza de lo que el derecho capta de una realidad vital, la comparación de la biografía de un gran hombre con su precipitado jurídico. La herencia de GOETHE estribaría para un jurista en esto: inscripciones de nacimiento y defunción, títulos de admisión a la abogacía, sus documentos matrimoniales, inscripción de nacimiento de su hijo, inscripciones hipotecarias de su casa en Frauen-plan y de su jardín, contratos editoriales sobre sus obras y nombramiento de consejero secreto. De esta manera la individualidad concreta sólo cuenta para el derecho en su más abstracta propiedad; cabalmente por esto esa propiedad vale como un individuo concreto. El pensamiento jurídico exige el ocuparse de la vida más concreta y, sin embargo, sólo en sus más

(4) Sobre este símbolo, E. v. MOELLER, Zeitschr. f. Christl. Kunst, 1905, p. 107 ss. y 142 ss.

abstractos contornos. Esencialmente en la superioridad de esta fuerza de abstracción simplificadora y cruel de la plenitud de la vida, descansa la primacía del derecho romano frente al germano. El jurista debe ser capaz de ver únicamente en los hombres vivientes un esquema jurídico —era esto precisamente por lo que TOLSTOI condenaba a los juristas: «pues toda esta gente cree que hay circunstancias en la vida en las que no es necesaria una relación inmediata del hombre con sus prójimos» (5). En esta actitud del hombre de derecho piensa también SPRANGER, cuando le atribuye «el más estrecho parentesco con los sabios» y sus esfuerzos por una legalidad teórica universal. Hasta se ha intentado atribuirle la más estrecha semejanza con el matemático. De modo igual a como el matemático sólo puede ver en la realidad abigarrada conexiones espaciales y numéricas, sólo le está permitido al Jurista atender a los perfiles más acusados en la imagen plena de color y forma de la vida. SAVIGNY caracterizó realmente a la ciencia jurídica de «cálculo con conceptos» y en un libro reciente sobre la aptitud para ser jurista, se sostiene esta tesis: mal matemático, mal jurista (6).

Lo cual no significa sin más ni más: buen matemático, buen jurista. La forma degenerada del jurista de «espaldas al mundo» pretende calificar justamente a la costumbre profesional que ha olvidado en absoluto la capacidad de contemplar la plenitud borbollante de la vida, porque tuvo que habituarse a saber prescindir de ella. Esta forma degenerada surge cuando el hombre de derecho, por la justicia y la seguridad olvida el

(5) SAPIR, Dostoiowski u. Tolstoi, 1932, p. 78.

(6) Hollenberg, Jurist ohne Eignung (El jurista sin aptitud). 1931.

tercer aspecto de la idea del derecho, la finalidad. Y así como por el pensamiento de la justicia y la seguridad se aproxima al hombre teórico, por el pensamiento de la finalidad está emparentado con el hombre social y también con el político.

Hasta aquí hemos orientado la estructura del hombre de derecho en el derecho objetivo. Mas, puede relacionarse también con el derecho subjetivo. Si en aquella relación encarna ante todo en la figura del juez, en esta segunda relación toma la figura del luchador por el derecho. Se comprenderá con plena agudeza el sentimiento jurídico, como sentimiento del propio derecho, cuando se le compara con su paralelo: la conciencia (7).

Hay que hacerse, ante todo, clara conciencia de esta duplicidad de voces éticas en todo pecho humano, una legislación ética que sólo ordena deberes y otra que faculta para exigir; una que ata a la voluntad y otra que, al contrario, la libera de trabas; aquélla que abomina del interés y encadena al egoísmo y ésta que justifica el interés y se alia con el egoísmo. Escuchemos por un momento su diálogo.

La conciencia dice: «A cualquiera que te hiriere en tu mejilla diestra, vuélvele también la otra. Y al que quisiere ponerte pleito y tomar tu ropa, déjale también la capa.» Pero el sentimiento jurídico replica: «No dejar sin castigo el que otro os pisotee. Quien se hace gu-

(7) En contra ISAY, Rechtsnorm und Entscheidung (Norma jurídica y fallo), en su p. 90 afirma de la misma esencia al sentimiento jurídico y al sentimiento moral. RÜMELIN, Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein (Sentimiento del derecho y conciencia jurídica), expone al sentimiento jurídico como de «una estirpe con la conciencia». Empero, ambos no se refieren al sentimiento del propio derecho.

sano no puede quejarse cuando se le pisotea» (KANT). «Empero, yo os digo», responde la conciencia, «que no debéis resistir al mal». Y el sentimiento jurídico insiste: «Si se me ha de tratar con los pies, antes prefiero ser perro que hombre» (KLEIST). La conciencia de nuevo: «Ama a tus enemigos y bendice a los que te maldigan». Y en contra el sentimiento jurídico: «La lucha por el derecho es un imperativo de la autoconservación moral» (JHERING). «Bienaventurados sean los pacíficos», dice la conciencia, pero el sentimiento jurídico: «Quien siente que el derecho está de su parte debe mantenerlo duramente; un derecho cortés no significaría nada» (GOETHE). Pero la conciencia no quedará acallada con todo esto; no podemos escuchar por más tiempo este diálogo inacabable y de mala gana hemos de dejar pronunciar a una u otra parte la última palabra.

Cada uno de nosotros somos escenario de las contradicciones al parecer insuperables de dos sistemas éticos: un sistema del deber y del amor, de la paz y la humildad, y un sistema del derecho y del honor, de la lucha y del orgullo. Desde la aceptación del cristianismo hay en cada individuo una grieta a través de su mundo y vida moral: al lado de nuestra conciencia cristiana está sin tránsito nuestro sentimiento jurídico precristiano. Somos quizá por eso cristianos piadosos y convencidos duelistas o creemos de igual manera en el Dios del amor y en el derecho a la guerra. IBSEN, en su dramatizada casuística ética, ha buceado hasta lo más profundo esta contradicción de nuestras almas; repetidamente en él —la señora Alving, Rosmer, Solnes el constructor— se representa la rebelión de los derechos vitales oprimidos erigiendo su pretensión ética

frente a la tiranía, enemiga de la vida, de los deberes, la rebelión de los viejos dioses, los «Trolle», contra el despotismo de la conciencia cristiana.

KANT FUE el primero que intentó reconciliar sistemáticamente ambos mundos enemigos por el mismo proceso ideológico al que luego JHERING infundió el fuego de su elocuencia, caracterizando a la lucha por el derecho como lucha por la posibilidad del cumplimiento de nuestros deberes morales, como autoafirmación moral, otorgando, por tanto, al derecho, un contenido de deber moral. El equilibrio entre sentimiento jurídico y conciencia, tal como KANT y JHERING lo describen: la «modesta seguridad» siempre consciente de la posición subordinada del derecho frente al deber, y la «robusta conciencia» que bajo el peso de sus deberes no ha olvidado, sin embargo, la exigencia de su derecho, es un ideal ético, pero no una realidad psíquica. El sentimiento jurídico y la conciencia están ligados a supuestos caracterológicos tan diversos —tan diversos e inconciliables como lo son sus manifestaciones patológicas en la manía vindicatoria de los querulantes y en la manía inculpatória de los melancólicos— que apenas pueden encontrarse en un mismo hombre con igual intensidad. De tal modo, que el sentimiento jurídico y la conciencia han servido para caracterizar dos fundamentales tipos de hombres, el tipo colérico (Zorntypus) y el tipo pusilánime (Angsttypus) (8). El lector sólo tiene que fijarse en su contorno; pronto, desde la primera mirada, verá colocarse unos frente a otros aquellos en los que predo-

(8) Comp. Kornfeld, Das Rechtsgefühl (El sentimiento jurídico), Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, v. I, 1914, p. 135 ss.

mina la conciencia y aquellos en los que vence el sentimiento jurídico, los mansos y los coléricos, los buenos y los fuertes, los santos y los héroes, los humildes y los arrogantes. Justamente por eso después de KANT ciertos filósofos, más moralistas que sistemáticos, clamaron por corregir la unilateralidad por una unilateralidad opuesta y construyeron repetidamente la ética de un modo exclusivo, ya desde el sentimiento jurídico, ya desde la conciencia, bien exaltando al derecho como el más noble de los deberes, ora negándole al Derecho todo derecho. Una posición la mantuvo NIETZSCHE y la otra fue defendida por Tolstoi. El hombre noble, dice NIETZSCHE, «debe considerar a sus privilegios y al ejercicio de ellos como uno de sus deberes». Para TOLSTOI es nuestro deber no oponernos al mal, sufrir inermes la injusticia.

Pero la rareza de un sentimiento jurídico equilibrado no se explica tan sólo porque exige a su lado una conciencia igualmente equilibrada, sino que hay que añadir a esto el que el sentimiento jurídico, de modo distinto a la conciencia, presupone un intelecto ágil. Nuestro deber, en un caso concreto, nos lo anuncia la conciencia, sin necesidad de que se nos haga consciente de un modo previo la máxima general en la que aquél se fundamenta; nuestro derecho, por el contrario, se nos hace consciente por el conocimiento de la norma general de que emana. Pues la norma moral rige a los hombres aisladamente y el precepto jurídico, en cambio, a los hombres en sus relaciones recíprocas; y si el deber moral me exige aceptación sin tener en cuenta si rige también para otros hombres en las mismas circunstancias, por el contrario, sólo puedo atribuirme un derecho cuando esté dispuesto a otorgarlo a otro si-

tuado en igual circunstancia. Sin esta generalidad sólo pueden erigirse pretensiones con el sentimiento de la arbitrariedad, pero nunca con el del Derecho. El sentimiento jurídico exige, pues, un espíritu ágil capaz de saltar de lo particular a lo general, y, de nuevo, de lo general a lo particular. El luchador por el derecho se caracteriza por ser una mezcla singular de intelectualismo —que sólo ve lo individual en lo general y que, por eso, puede, a su vez, emitir un juicio de justicia— y de pasión —que sólo puede realizar el pensamiento abstracto de justicia con todo el fuego activo de su vida individual.

SPRANGER ha querido describir al luchador por el derecho en oposición al hombre de derecho, como un tipo de poder (*Machttypus*). También el tipo de impotencia del que lucha en vano, quizá contra la ejecutoriedad de una sentencia invariable, aparece en este sentido como un tipo de poder entorpecido, como una forma pasiva del tipo de poder. Pero con esto no queda suficientemente caracterizado el luchador por el derecho: la singularidad de este tipo estriba en que unge y consagra con un valor ético a la fuerza operante al servicio del interés, en que une en una sola figura el interés y el valor, siempre de otro modo en oposición recíproca. Cabalmente porque unifica en una sola fuerza las dos opuestas fuerzas del hombre, conciencia del valor e impulso, es por lo que el sentimiento jurídico posee una fuerza de acción tan explosiva y poderosa. Por ello se explica también el que el sentimiento jurídico esté tan expuesto a exageraciones y enfermedad. Se ha dicho que las numerosas neurosis de la renta (*rentenneurosis*) de nuestra época, no son en verdad sino «neurosis jurídicas», enfermedades del sentimiento

jurídico (9). Pero no sólo en la dirección de una intensidad excesiva está expuesto el sentimiento jurídico a degenerar fácilmente, sino también por el camino de su envilecimiento. Envidia, que quisiera tener lo que otro posee, ojeriza, que no puede sufrir lo que otro tiene sin que uno lo posea, venganza, que quiere hacer sufrir a otro el propio sufrimiento, todo esto, en forma hipócrita, puede revestirse con el ropaje de una exigencia de justicia e igualdad; y también la fuerza jurídica contenida en una facultad o derecho, puede degenerar en mero apetito de fuerza. Por eso llámase abuso de derecho al ejercicio de éste sin consideración a sus fines morales y utilitarios, sólo por la simple voluntad de su ejercicio; en este sentido «El Mercader de Venecia», si siguiendo ejemplos famosos queremos derivar de él una fórmula filosófico-jurídica, nos muestra, de modo parejo a como lo hacen otras historias de jueces sabios, de qué manera el derecho llega a contradicción consigo mismo en el abuso de derecho, y cómo se restablece, por decirlo así, por medio de un abuso de derecho de dirección contraria —¡tan fuerte está en él arraigado el esfuerzo moral por alcanzar un fin!

De esta manera la descripción del hombre de derecho nos ha patentizado también lo que en tantas formas hemos encontrado ya: que el derecho está en equilibrio inestable, siempre amenazado y continuamente restablecido, en medio de tiranteces y tensiones polares.

(9) Comp. V. WEIZSÄKER, *Der Nervenarzt*, anualidad 2.^a, 1929, p. 569 ss.

*Tú, a quien las Musas de los archivos
judiciales extienden benévolas las
rosadas manos; tú, servidor de dos
señores que son peores enemigos que
Mammon y Cristo...*

GOETHE A H. P. SCHLOSSER, 1774.

14 Estética del derecho.

Estética de las formas de expresión del Derecho. El Derecho como objeto del Arte.

El Derecho puede servirse del Arte y el Arte puede utilizar al Derecho. Como todo fenómeno cultural, necesita el derecho de medios corpóreos para su expresión: lenguaje, gestos, ropaje, símbolos, edificios. De igual modo que cualquier otro medio corpóreo expresivo, está sometida también la expresión corpórea del derecho a juicios de valor estéticos. Y como todo otro fenómeno puede ser también el Derecho materia del arte, penetrando en el propio dominio de la valoración estética. Debe existir, por tanto, una Estética del Derecho (1). Pero hasta aquí sólo ha existido en fragmentos y anticipaciones.

En el alba de los pueblos, en donde se desconoce la separación y propia legalidad de los dominios cul-

(1) Cf. THEODOR STERNBERG, *Introducción a la ciencia del derecho* (ed. esp. Labor) y también GEORG MÜLLER, *Recht u. Staat in unserer Dichtung* (El Derecho y el Estado en nuestra literatura), 1924; HANS FEHR, *Das Recht im Bilde* (El derecho en el arte), 1923; *Das Recht in der Dichtung* (El derecho en la literatura), 1931.

turales, no solamente están Derecho, Usos y Moral, Derecho y Religión, estrechamente unidos y mutuamente penetrados, sino también Derecho y Arte. Con relación a estos tiempos cabe rastrear, con JACOBO GRIMM «la poesía en el derecho», con OTTO GIERKE «el humor en el derechos», o con HIRZEL, las figuraciones mitológicas de la idea de derecho, Themis y Dike. Con la diferenciación de los distintos dominios de la cultura, derecho y arte se separan también y hasta se enfrentan hostilmente. El derecho, el más rígido de los productos culturales, y el arte, la forma de expresión más variable del espíritu inquieto del tiempo, viven, pues, en enemistad natural, tal como se manifiesta en numerosas expresiones de poetas sobre el derecho, y en la reiterada repugnancia de jóvenes artistas por la profesión jurídica (2).

Quizá justamente de esta separación del derecho y el arte pueda derivarse el valor estético específico del derecho, no debido simplemente a una mezcla con el dominio del arte a él ajeno. Lo cual se constata claramente en el lenguaje jurídico, que sólo pudo formarse por la rígida separación del derecho de otros dominios culturales, y que cabalmente por eso adquirió su particularidad estética, una particularidad ciertamente lograda a fuerza de muchas renunciaciones. El lenguaje jurídico es frío: renuncia a todo tono emocional; es áspero: renuncia a toda motivación; es conciso: renuncia a todo adoctrinamiento. Así surge la pobreza querida de un estilo lapidario, que sirve para expresar de modo insuperable la segura conciencia de poder del Estado que or-

(2) Cf. RADBRUCH. Introducción a la ciencia del derecho. Ed. esp. de Luis Recasens, en la edit. de la Revista de Derecho privado, p. 259.

dena, y que en su exactitud precisa pudo servir de modelo estilístico a un escritor del rango de STENDHAL (3).

Si el lenguaje jurídico es frío y lapidario, en extraño contraste el lenguaje del luchador por el derecho, del batallador sentimiento jurídico, es el de una retórica ardorosa. El sentimiento jurídico auna en sí dos momentos aparentemente contradictorios: la emoción, que únicamente suele aplicarse a lo concreto-intuible, con la generalidad abstracta del precepto jurídico. Para el luchador por el derecho es característica una mezcla de frialdad y ardor, de intelectualismo generalizador que del caso concreto remonta a su principio, y de pasión individualizadora que fulmina al entuerto que combate como si fuera una monstruosidad única. La forma expresiva adecuada de la lucha por el derecho es, pues, la retórica, cuya esencia consiste en presentar lo general tan intuible y efectivo como lo concreto, mientras que la poesía, al contrario, carga a lo concreto con la significación simbólica de un universal.

También otros valores estéticos son propios de los fallos judiciales y de la ciencia del derecho. Nos contentamos desde luego, con una solución justa de un problema jurídico, pero sólo nos entusiasma una solución elegante. Cuando RODOLFO SOHM alababa en Celso la capacidad «de desarrollar en el caso concreto la regla general, la cual concebida en una ceñida forma de lenguaje, elevaba con la fuerza impulsiva de una palabra alada, e iluminaba como lo hace el rayo en la lejanía de un paisaje», expresaba su alegría estética por una particularidad científica que en forma extraordinaria poseyó de propio modo el maestro incomparable.

(3) RADBRUCH, loc. cit., p. 34 ss.

Aquella elegancia en las soluciones jurídicas puede expresarse con esta fórmula: *simplex sigillum veri*; empero, esto significa que a la belleza se la contempla como índice de la verdad, que como medida de un valor lógico se emplea una medida estética.

De esta alegría y satisfacción por las soluciones elegantes de los intrincados y al parecer insolubles nudos jurídicos, viven y están llenas todas las historias de jueces sabios, propias de las literaturas de todos los pueblos. Impresionan por la sorpresa que produce el ver surgir, como por encantamiento, los fallos unívocos y claros, de palabras sencillas y de hechos inesperados.

Con esto hemos realizado ya el tránsito de la expresión artística del derecho, al derecho como materia del Arte. La propiedad que hace tan atractivo al derecho como materia de arte, estriba en la multiplicidad de antítesis que en él residen de un modo esencial: oposición entre ser y deber ser, entre derecho positivo y natural, legítimo y revolucionario, Libertad y Orden, Justicia y equidad, derecho y gracia, etc. Las formas artísticas, cuya esencia consiste en la representación de lo antitético, especialmente el drama, se adueñan del derecho con especial placer desde la «Antígona» de SÓFOCLES hasta el «Mercader de Venecia» y «Medida por Medida», de SHAKESPEARE. JORGE JELLINEK (4), mostró cómo en el drama antiguo se enaltecía la santidad e inviolabilidad del derecho objetivo, mientras que la simpatía del drama moderno está de parte de la sublevación del sentimiento subjetivo del derecho con-

(4) Escritos y discursos escogidos (*Ausgew. Schriften u. Reden*), t. I, 1911, p. 208 ss., también RADBRUCH, «Medida por medida». *Lübeckische Blätter* del 6 sep. 1931 (Escrito-homenaje a los juristas de Lübeck).

tra el orden jurídico. El derecho positivo en el arte actual aparece, o como el destino fatal contra el que el individuo se estrella, o como el poder duro contra el que se erige la bandera rebelde de una justicia superior, y quizá también simplemente como la rutina burocrática, de la que con chistes burlarse con alegría.

Con esto quedan ya aludidas las otras formas que son también singularmente apropiadas para la expresión de la antitética del derecho: dentro de la literatura, la sátira, y dentro del arte plástico, la caricatura. Un buen jurista dejaría de serlo, si en todo momento de su vida profesional no fuera consciente de la necesidad y al par de la profunda fragilidad de su profesión. Por eso, aun el más serio jurista contempla sin disgusto a aquellos hombres que al margen de sus Códigos dibujan toda suerte de interrogaciones irónicas y de signos admirativos, tal, por ejemplo, un ANATOLE FRANCE; pero todavía mira con mayor afecto a todos los poetas cavilosos que con humana duda remueven los fundamentos de la justicia, a un Tolstoi, a un DOSTOIEWSKI, o a un DAUMIER, el más grande de los caricaturistas de la justicia, pensador y humorista al mismo tiempo. Solamente el rastacuero se siente sin dudas en cada caso respecto a su utilidad social. El zapatero de SÓCRATES sabía para qué estaba en el mundo: para hacer zapatos a SÓCRATES y a los demás. SÓCRATES sólo sabía que él no sabía nada. A nosotros los juristas se nos ha impuesto la más difícil de las tareas: tener fe en la profesión de nuestra vida y, al mismo tiempo, dudar de ella continuamente en alguna de las capas más profundas de nuestro ser.

*Quelle vérité est —ce que ces montagne
bornent— mensonge au monde qui se
tient au deça?*

MONTAIGNE.

15 La Lógica de la Ciencia del Derecho.

La Ciencia del Derecho y las diversas ciencias jurídicas. Interpretación. Construcción y Sistemática. La ciencia del Derecho como ciencia cultural «comprehensiva». Transición a la parte especial.

Luego de haber terminado la consideración filosófico-jurídica del derecho en su estricto sentido, habíamos situado a éste en sus conexiones con la Filosofía de la Historia, la Filosofía de la Religión, la Psicología en la dirección de las ciencias del espíritu y con la Estética. También su relación con la Ética fue objeto de nuestro estudio al tratar del fin del Derecho. Sólo nos queda tratar del derecho como objeto de la Lógica, es decir, tratar de la metodología de la ciencia del Derecho.

Llamamos ciencias jurídicas a las ciencias que tienen al derecho por objeto, pero, entre ellas ciencia jurídica en sentido estricto sólo a aquella ciencia que elabora el derecho por medio de un método específicamente jurídico. Esta ciencia del derecho propiamente tal, dogmática y sistemática, puede definirse como la ciencia que se ocupa del sentido objetivo de una ordenación jurídica positiva; con lo cual se caracteriza perfectamente su particular situación frente a las otras ciencias del derecho.

1. Su objeto lo forman ordenaciones jurídicas positivas. Es una ciencia del derecho vigente, no del derecho justo; del derecho que es, no del que debe ser. Se separa, pues, de aquellas ciencias del derecho cuyo objeto es el derecho que debe ser: la Filosofía del Derecho, como ciencia de los fines jurídicos y la Política del derecho, como ciencia de los medios para el logro de estos fines.

2. La ciencia del derecho en sentido estricto, trata de ordenaciones jurídicas, no de la vida del derecho, de normas jurídicas y no de hechos. Queda, por tanto, delimitada frente a la investigación de los hechos jurídicos: desde la papirología hasta la criminología. El orden jurídico y las normas jurídicas son conceptos inmediatamente referidos a un valor, datos que, según su sentido, están al servicio de la justicia; la vida jurídica y los hechos jurídicos son conceptos que sólo de manera mediata apuntan al valor, datos que, según su sentido, han de corresponder a aquel orden jurídico y a aquellas normas que, por su parte, se orientan por la idea de Justicia.

3. La ciencia del derecho es la ciencia del sentido objetivo y no del subjetivo del derecho. Precisa de qué manera hay que entender el derecho, pero no necesariamente cómo ha sido pensado. Del ser del derecho, de los pensamientos que sus autores quisieron fuera portador, y de los que suscitaban realmente en el intérprete, es decir, del derecho como hecho causado y productor todavía de ulteriores hechos, no trata la ciencia del derecho en sentido estricto, sino la «teoría social del derecho» (GEORG JELLINEK) (1): Historia del

(1) Cf. KANTOROWICZ, en *Erinnerungsgabe f. Max Weber I* (Escritos en recuerdo de), 1923, p. 93, ss.

Derecho (2), Derecho comparado y Sociología del Derecho.

La tarea de la ciencia jurídica propia, dogmática y sistemática, se realiza en tres fases: Interpretación, Construcción y Sistema.

Se percibe con toda claridad la esencia de la Interpretación jurídica cuando se la compara con la filológica. La interpretación filológica fue caracterizada por AUGUST BOECKH como «un conocimiento de lo conocido»; como un pensar posteriormente lo ya pensado en un momento anterior. La interpretación filológica se dirige a la fijación de un hecho, a la determinación del sentido subjetivamente mentado, del pensamiento efectivamente pensado de un hombre real, que yace en el fondo de la obra artística objeto de la interpretación; es, pues, un método puramente empírico. La interpretación jurídica, empero, se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico (3). No se propone, pues, la fijación del sentido pensado por el autor de la ley, y no puede hacerlo porque en toda obra legislativa interviene una diversidad de autores; es posible, por consiguiente, una diversidad de opiniones entre estos partícipes sobre el sentido de la ley, diversidad que justamente para la interpretación jurídica, al servicio de la aplicación del derecho, ha de convertirse necesariamente en una explicación única de la ley. Pero aunque todos los partícipes coincidieran en un mismo sentido, con ella no se

(2) Sobre la relación entre historia del derecho y Dogmática del derecho: FRANZ SOMMER, *Kritischer Realismus und positive RW.* (Realismo crítico y ciencia del derecho positivo), T.I, 1929, p. 216 ss.

(3) MARCK, *Substanz-u. Funktionbegriff in der RPh.* (Los conceptos de sustancia y función en la F. del D.), p. 77, ve en el enfrentamiento de un sentido subjetivo y de un sentido objetivo únicamente una «distinción gradual».

habría fijado necesariamente el sentido decisivo de la ley. No son los legisladores los autores de la ley; la voluntad del legislador no es la voluntad colectiva de los que participan en la legislación, sino más bien la voluntad del Estado. El Estado, sin embargo, no habla por las manifestaciones personales de los participantes en la producción de la ley, sino por la ley misma. La voluntad del legislador coincide con la voluntad de la ley; significa sólo la personificación del contenido total de la legislación, el contenido de la ley reflejado en una fingida unidad de conciencia. La voluntad del legislador no es, pues, medio de interpretación, sino resultado y fin de la interpretación, expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico. Justamente por eso es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad del autor de la ley. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor —es más, tiene que ser más inteligente que su autor—. Los pensamientos del autor de la ley tienen necesariamente lagunas, no pueden evitar oscuridades y contradicciones, mientras que el intérprete tiene que inferir de la ley para cada caso concreto una decisión clara y sin contradicciones, pues así lo ordena el Code Civil y con él todos los demás Códigos. «Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice» (art. 4.º; Cód. esp., art. 6.º).

De esta manera, no es la interpretación jurídica un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una idea hasta su último extremo. Parte de la interpre-

tación filológica de la ley para remontarse en seguida por cima de ella —como un barco que en aguas de puerto necesita de prácticos para llevar una ruta marcada, para luego, ya en mar libre, seguir propio rumbo pilotado por su capitán—. Conduce, a través de transiciones insensibles, de interpretaciones del espíritu del legislador a reglas que el intérprete mismo ha de poner «como si fuera el propio legislador», como dice el famoso párrafo introductorio del Código civil suizo. Es, por eso, una mezcla inseparable de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos. Ahora bien, en la medida que la interpretación es práctica, creadora, productiva y supracientífica, se halla condicionada por las variables necesidades jurídicas de un momento determinado. La voluntad del legislador, cuya determinación tiene por fin y resultado, no queda, por eso, fijada por la interpretación con un contenido concreto para todo tiempo, sino que permanece siempre capaz de contestar con nuevas aclaraciones a las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos; no puede pensarse, pues, aquella voluntad como si fuera el proceso voluntario único que produjo la ley, sino como la voluntad duradera, y al par variable, de la cual es soporte la ley. «Legislador —dice HOBBS—, no es aquel por cuya autoridad se hizo primeramente la ley, sino aquel por cuya autoridad la ley continúa siendo.» Imagen clara de esta doctrina es la leyenda sobre el destierro voluntario de SOLÓN luego que terminó su obra legislativa; el legislador real, empírico, no hace sino despejar el campo al legislador ideal que vive en la ley misma.

Si se quiere apreciar justamente esta particularidad de la interpretación jurídica, no debe juzgársela conforme a la imagen empírica de la interpretación filológica, sino que debe recordarse más bien que la interpretación filológica es un producto tardío de la ciencia histórica, en tanto que la interpretación jurídica es mucho más afín que ella a formas muy primitivas de interpretación. Las épocas primitivas atribuían a la palabra una fuerza, por así decir, mágica, independiente del pensamiento del que hablaba (4). Para ellos era la palabra del oráculo recipiente de un sentido oculto, invisible para el no iniciado, que se hacía súbitamente claro luego de su realización. ¡Cuántos cuentos no surgieron del doble sentido inconsciente de las palabras de alguno! Si nosotros a determinados fenómenos de la naturaleza que por azar aparecen conteniendo cierto sentido les llámanos juegos de la naturaleza, tal una cueva de estalactitas semejante a un salón de columnas, o dos peñas que parecen un fraile y una monja, de modo parejo en los pueblos primitivos la palabra era un juego de la naturaleza penetrado de una significación inconsciente e involuntaria. Es, por tanto, pura consecuencia que en tales tiempos se considerara a la naturaleza inconsciente e involuntaria como portadora de sentidos o significados y a los fenómenos naturales como símbolos y que se hiciera objeto de una interpretación antropomórfica no tan sólo los productos espirituales del hombre, sino también los fenómenos de la naturaleza. Así, dice SAN AGUSTÍN que «la fuerza de los vaticinios se extiende por todo el mundo», y tam-

(4) «... la palabra fue allí tan importante, porque fue una palabra hablada.» (GOETHE, Divan.)

bién GOETHE: «Se alegra uno con razón, cuando la naturaleza inanimada nos revela una alegoría de lo que amamos y veneramos.»

La Escolástica ha erigido en método científico esta interpretación dirigida al sentido supraconsciente. Conocida es su doctrina del cuádruple sentido de lo escrito:

*«Littera gesta docet; quid oradas, allegoria;
Moralis, quid agas; quo tandas, anagogia.»*

De este modo, buscando tras el sentido literal un sentido alegórico, otro moral y otro anagógico, y apoyada en la doctrina de la inspiración, creía poder descubrir en las Santas Escrituras los pensamientos realmente pensados, no de su autor material, sino del mismo Dios (5).

Este modo interpretativo ha pervivido al margen de la ciencia aun hasta nuestros días. En los sermones de los predicadores por algún motivo determinado, se hace uso, bajo la presión de las circunstancias para que han de valer, de las palabras bíblicas iluminándolas con nuevas significaciones, y sin referencia alguna a su originario sentido. Cabalmente en esta riqueza de posibilidades significativas reside la inquebrantable vivacidad de la palabra bíblica. También de las frases profanas, una inteligencia penetrante puede arrancar de lo expresado un sentido más profundo. GOETHE expresó en el Divan, en una graciosa imagen, esta multiplicidad de sentido: «¡La palabra es un abanico! Entre sus

(5) Cf. HANS VOLLMER, *Vom Lesen und Deuten Heiliger Schriften* (Sobre la lectura e inteligencia de las Sagradas Escrituras), 1907.

varillas miran un par de hermosos ojos; el abanico es una gasa encantadora.» Y en la revista «Die Jugend» (La juventud, 1899, n. 6) se encuentran estas bellas palabras: «Ha sido siempre para mí una de las más puras alegrías, cuando desde la superficialidad de palabras irreflexivas, se pudo lanzar una sonda en lo profundo de las cosas, y lo sin sentido nos abrió la perspectiva de un sentido como nunca soñar se pudo. Y esto no es orgullo insidioso, sino modestia, ya que hay algo de consuelo y esperanza en el hecho de que nuestra sabiduría, de la que tantas veces tenemos que dudar, albergue espacio para un sentido a nosotros oculto, que un espíritu superior e intérprete amistoso le pueda atribuir —ya que también in dubio debe siempre reconocerse a los acusados la mejor intención. Esta frase está firmada con estas iniciales «G. S.» —¡proviene de GEORG SIMMEL! (6).

La interpretación jurídica se distingue ciertamente de aquellas formas de interpretación intuitiva por su naturaleza plenamente racional. No es interpretación mágica o mística, ni un juego de agudezas, sino una interpretación lógica. Ahora bien, si el origen de la lógica está en la enseñanza retórica de los sofistas, el origen de la lógica científica está, ante todo, en la lógica de los abogados; pues la retórica es el arte de demostrar y refutar en las discusiones, sobre todo en las discusiones ante los tribunales. Semejante arte lógico de la demostración y de la réplica no pregunta ante la ley: ¿qué es lo que sobre esto pensó el legislador?, sino, ¿qué es lo que para este asunto se desprende del tenor

(6) Cf. SIMMEL, *Hauptprobleme der Philosophie* (Problemas fundamentales de la Filosofía). Colección Götschen, 1910, p. 75.

literal de la ley? No investiga el sentido realmente pensado por el legislador, sino aquel que trasparece la ley, aquel sentido que puede deducirse de ella, aunque no haya sido puesto precisamente en ella (7).

Tal interpretación racional y abogacil de la ley, sólo por lo contenido en ella, está sumamente próximo al biblicismo de la vieja teología protestante, que nada afirmaba sin las Sagradas Escrituras y que todo lo quería fundar en ellas (8). El mismo Lutero ha subrayado este paralelismo. «Es algo cómico que un jurista hable sin textos, pero es aún mucho más cómico que un teólogo hable sin ellos» (9). Empero, la Jurisprudencia no puede invocar para la legitimación de su método este su parentesco siempre frágil con un método ya superado de la Teología. Antes bien, necesita sentirse en la compañía de ciencias plenamente modernas. En la ciencia de la literatura dominó únicamente hasta hace poco la interpretación filológica, la investigación del pensamiento real del poeta a través de sus manifestaciones, obra, bosquejos, diario, cartas; la llamada filología goethiana (Goethe-Philologie). Pero esta investigación del sentido subjetivamente mentado, desaparece cada día más ante una investigación del sentido objetivo, válido de la obra literaria. Los autores mismos nos atestiguan que el contenido de su obra no se agota en aquel sentido subjetivamente mentado, ya que ellos

(7) Cf. Stroux, *Summum jus, summa injuria*. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio juris (... Un capítulo de la historia de la...), 1926.

(8) Cf. RADBRUCH, *Arch. f. Soz. W. u. Soz. Pol.* Vol. 4, p. 335.

(9) LEIBNITZ, «Merito partitiones nostrae exemplum a Theologia ad jurisprudentiam transtulimus, quia mira est utriusque Facultatis similitudo.» Ambas tienen un doble principio: scriptum y ratio. (C. SCHMITT, *Erinnerungsgabe für Max Weber II*, 1923, p. 27.)

mismos en sucesivas lecturas de sus obras perciben nuevos e insospechados significados. Tal comprensión de la obra exclusivamente por la obra misma, no puede, sin embargo, referirse a una producción aislada, sino que ha de hacerlo a la obra total de su autor, a su «oeuvre». Así pues, con este método se produce una forma nueva de la biografía. La vieja biografía marchaba de la personalidad a la obra, comprendía la obra como emanación de la personalidad. La nueva biografía extrae de la obra la personalidad; es una biografía desde la obra. GUNDOLF nos ha descrito a GOETHE de este modo: «El poeta sólo existe en cuando se expresa en la obra.» Y lo mismo hizo SIMMEL con KANT: se propuso describir no el KANT «hombre real e histórico, sino una imagen ideal que sólo vive en la obra, como la expresión y símbolo de la conexión íntima y material de sus partes». Para tal biografía no es el creador de la obra el hombre ya fallecido que produjo una obra en un momento determinado, sino el eterno pensador o poeta que en la obra vive, se transforma justamente en tanto que vive y da nuevas respuestas a los nuevos problemas de las diversas épocas—exactamente como según la frase de HOBBS, legislador no es aquel por cuya autoridad se hizo primeramente la ley, sino aquel por cuya autoridad continúa siendo ley.

Y no sólo la individual, sino también la historia colectiva del espíritu es usual y posible hacerla desde la obra (10). La historia de la filosofía y la historia de

(10) También la historia del derecho puede ser concebida como investigación de los movimientos del sentido objetivo, y está en este caso más próxima a la dogmática jurídica, que lo que permite conocer el esquema antes expuesto (p. 146). Cf. SHÖNFELD, Vom problem der Rechtsgeschichte (Sobre el problema de la historia del derecho), p. 351.

los dogmas, se esforzaron en otro tiempo por precisar psicológicamente los influjos de hecho de unos pensadores sobre otros. Desde HEGEL, por el contrario, se propone la tarea de desarrollar las relaciones objetivas entre los sistemas de pensamientos sin preocuparse de las conexiones biográfico-psicológicas, de comprender su continuidad histórica como un proceso lógico, de comprender la evolución de un sistema a otro como si se hubiera realizado en una conciencia única, en una palabra, de explicar la marcha del espíritu objetivo como la obra de un espíritu —como el mismo «espíritu del legislador» varía a tenor de las transformaciones de la ley sin dejar de ser el mismo (11).

Sin embargo, los ejemplos que ante el lector hemos expuesto podrían no bastar para destruir la impresión de que la interpretación supraempírica, tal como la hemos descrito, sería una especie de arte mágico que de un recipiente extrae más y diferentes cosas de las que en él se pusieron. ¿Puede realmente convencer la pretensión de extraer de una obra espiritual un sentido que su autor no puso en ella? Bastan sencillos ejemplos para afirmar esta pregunta. Un acertijo puede tener junto a la solución que su autor pensara, todavía otra segunda no pensada por él y que puede ser acertada como la primera: y una jugada aislada de ajedrez puede tener, posiblemente en la conexión de todo el juego, un sentido completamente diferente de aquel que creyó el que la jugaba. Semejante a esta marcha en el aje-

(11) «Toute la suite des hommes, pendant le cours de tant de siècles, doit être considérée comme un homme, qui subsiste toujours et qui apprend continuellement» (PASCAL). «La historia de la ciencia es una gran fuga, en la que una tras otras van apareciendo las voces de los distintos pueblos» (GOETHE).

dre, que no está solamente determinada por el jugador, es toda proposición cuando hablamos. «El lenguaje piensa y rima por nosotros»—es decir, cuando yo hablo y pienso introduzco mis pensamientos en un mundo de pesamientos que tiene su propia y singular legislación. Tan cierto como no estoy en situación de crearme un lenguaje y un mundo conceptual para mí solo, es igualmente verdad que lo que expreso lo pongo bajo las leyes propias del mundo conceptual en que me muevo, es decir, uno a toda expresión ciertas relaciones conceptuales de las que no me está permitido alejarme demasiado. «Toda palabra que se pronuncie —ha dicho GOETHE—, entra en el círculo de las restantes fuerzas de la naturaleza necesariamente operantes». Y no sucede cosa distinta en el mundo espiritual que en el mundo físico. En cuanto yo utilizo las leyes naturales me entrego a ellas al mismo tiempo, igualmente quedo sometido a las leyes lógicas en cuanto me sirvo de ellas. El sentido que mi manifestación debía tener, en determinadas circunstancias no es por completo el que tiene —y no precisamente porque yo no haya alcanzado a dar expresión al sentido querido, sino más bien, porque cada sentido es sólo una parte de sentido en una conexión de significados infinita, que por sí misma provoca imprevisibles efectos. «Lo que él teje no lo sabe ningún tejedor.» Esta conciencia de saberse uno inserto con todo pensamiento en una inmensa conexión de sentidos, en el mundo del «espíritu objetivo», en el que cada espíritu subjetivo es sólo parte y miembro, es algo que nos enseña a ser modestos al par que nos eleva al infinito. Empero, hay que aclarar todavía cuáles son propiamente las «leyes lógicas» con cuyos hilos conductores descubrimos el sentido objetivo. Comprender

significa esto: explicar todo fenómeno cultural en su particularidad de tal fenómeno de cultura, es decir, en su relación con el correspondiente Valor de cultura. Un saber o comprender científico-jurídico, significa, pues, explicar al derecho como realización del concepto del derecho, es decir, como un dato cuyo sentido reside en la realización de la idea del Derecho; en una palabra, como un intento de realización de la idea del Derecho.

Se desprende de esto para la ciencia jurídica una doble tarea en la elaboración de su materia: una elaboración categorial que exponga al derecho como realización del concepto del derecho y de las categorías en él contenidas, y una elaboración teleológica que describa al derecho como un intento de realización de la idea del Derecho. Esta doble elaboración se llama Construcción, y cuando no queda limitada a una sola institución jurídica, sino que se refiere a todo el orden jurídico, se llama Sistema. Hay, pues, una doble construcción y una doble sistemática: una categorial y una sistemática (12). Así, en derecho procesal la reducción de los preceptos procesales a determinados principios, como máximas para el procedimiento y la curia, significa una construcción teleológica, y al contrario, la concepción del proceso como una relación jurídica, por ejemplo, la doctrina de la pretensión a la protección jurídica, es una construcción categorial del derecho procesal. De igual manera surge al comienzo del derecho penal la doctrina del fin de la pena como una construc-

(12) Cf. RADBRUCH, Zur Systematik der Verbrechenslehre (Para la sistemática de la doctrina del delito). Homenaje a Frank, t. I, 1930, p. 158; además HEGLER, Zum Aufbau d. Systematik. d. Zivilprozessrechts (Para la construcción de la sistemática del derecho procesal civil), Homenaje a Heck, Rümelin y Schmidt, 1913, p. 216 ss.

ción teleológica, y luego la teoría de las normas como una categorial. El derecho administrativo fue elaborado primeramente, de acuerdo con el método de las ciencias del Estado, de un modo puramente teleológico, mientras que el método jurídico fundado por OTTO MAYER significa su elaboración categorial. En este sentido, en la construcción del sistema del derecho alternan y varían los puntos de vista categoriales y teleológicos. Categorial es, por ejemplo, la distinción entre derecho público y privado, teleológica, por el contrario, la formación conceptual de los derechos económicos y del trabajo. Una disciplina puramente categorial es la teoría general del derecho. Es más, dependiendo de la acentuación categorial o teleológica de la tarea de la ciencia jurídica se han seguido unas a otras, en permanente cambio, épocas formalistas y finalistas en la Historia de la ciencia del Derecho (13).

A las dos, o mejor, tres fases de la labor jurídica, averiguación del sentido y posterior elaboración categorial y teleológica de ese sentido, corresponden dos clases de conceptos jurídicos: de un lado están los conceptos con que se componen los preceptos jurídicos, en especial los conceptos que se ofrecen en las situaciones de hecho (Tatbestände) de la ley y que han de ser aclarados por la interpretación, los conceptos jurídicamente relevantes; de otro lado, están los conceptos constructivos y sistemáticos con los que se capta el contenido normativo de un precepto jurídico, los conceptos jurídicos auténticos. Aquellos conceptos son principalmente conceptos de hechos, tales los de cosa,

(13) HERMANN KANTOROWICZ, *Die Epochen der R. Wiss.* (Las épocas de la ciencia del derecho), *Die Tat*, anua 6ª, 1914/15, p. 345 ss.

robo, intención; éstos son conceptos de derechos, relaciones e instituciones jurídicas, tales, los derechos y deberes del vendedor y comprador en la institución jurídica de la compraventa (14).

Con los conceptos jurídicamente relevantes se apoya la formación conceptual jurídica en conceptos precientíficos. Materia de la ciencia jurídica no es un conjunto de datos sin forma, sino una realidad previamente formada por medio de conceptos precientíficos o de conceptos científicos fuera del derecho. La ciencia del derecho es en gran parte una elaboración conceptual de segundo grado, que debe sus conceptos a un trabajo previo de ciencias no jurídicas, por ejemplo el concepto de feto que se debe a la biología o el de filoxera, que es un concepto zoológico. Claro es que el derecho no adopta ninguno de estos conceptos sin transformarlo. El concepto de feto se apoya ciertamente, en el concepto biológico, pero no coincide con él; el derecho lo limita frente al concepto de criatura ya nacida, no ateniéndose estrictamente a un criterio biológico, sino ateniéndose a necesidades jurídicas, y, por eso, considera al ser humano como feto sólo el tiempo para cuya protección basta la pena contra el aborto, y al feto

(14) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff i. d. Bedeutg. f. d. Strafrechtssystem* (El concepto de conducta y su significación para el sistema del Derecho Penal), 1903, p. 29. Para ERIK WOLF —*Strafrechtl. Schuldlehre* (La teoría de la culpa en Derecho Penal), I, 1928, p. 93— esta división de los conceptos jurídicos ha de coincidir con la «doble referencia al valor»: conceptos referidos al Valor del derecho y conceptos referidos al Valor de la ciencia jurídica. También la distinción entre conceptos jurídicos de contenido y conceptos jurídicos esenciales (KELSEN) debía coincidir con la arriba expuesta. Por el contrario, SOMLÓ, *Jur. Grundlehre* (Teoría jurídica fundamental), p. 27, opone a los conceptos jurídicos de contenido, los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, sólo los conceptos jurídicos a priori.

como ser humano, tan pronto como se exige ya la máxima protección para defender su vida. En cuanto al concepto de filoxera, que parece tener idéntica extensión para el derecho y la zoología, es, sin embargo, distinto para ambas según su contenido y características; su carácter dañino para los viñedos que es su característica esencial para el derecho, es totalmente inessential para la zoología. Los conceptos naturales, al ser aceptados por el derecho, sufren, pues, una transformación teleológica (15). Esta consideración nos muestra, al mismo tiempo, que estas tres fases de la tarea jurídica se desplazan unas a otras entre sí, por tanto, que la interpretación no es únicamente supuesto de la construcción y de la sistemática, sino que muchas veces, por su parte, tiene ya como su supuesto a la construcción teleológica y a la sistemática.

La esencia de la elaboración científica del derecho queda ya de tal modo aclarada, que podemos ahora disponernos a insertar la ciencia del derecho en el sistema de las ciencias, tal como éste se expuso en las consideraciones introductorias de este libro (§ 1). La ciencia del derecho es una ciencia cultural comprensiva (16) (*Verstehende Kulturwissenschaft*) y como tal caracterizada por tres notas: comprensiva (*verstehende*), individualizadora y referida a valores (*wertbeziehende*).

1. La ciencia del derecho es una ciencia comprensiva que se dirige, no al hecho efectivo de que se haya pensado un sentido o significado cualquiera, sino al

(15) G. Schwinge, *Theleologische Begriffsbildung im Strafrecht* (La formación teleológica de los conceptos en Derecho Penal), 1920, y los numerosos ejemplos contenidos en la primera edición de esta obra, p. 198 s.

(16) Así, además de los citados en la p. 38, nota 1, véase esp. ERIK WOLF, loc. cit., p. 73 ss.

sentido objetivamente válido de un precepto jurídico. Deben recordarse aquí las afirmaciones ya antes desarrolladas.

Los preceptos jurídicos son imperativos. El imperativo es una manifestación de un querer. Ahora bien, el sentido objetivo de un querer es un deber ser. No de otra manera que como un deber ser puede expresarse el contenido de sentido de un proceso de voluntad, sin entrar en el hecho real de que haya sido o sea querido (*Gewolltheit*). Materiales de la ciencia del derecho son hechos, imperativos jurídicos, preceptos del querer, mas en cuanto a estas facticidades no se las considera como tales, sino según su sentido objetivo, se manejan por ella como preceptos del deber ser, como normas. Puede todo esto expresarse diciendo que la ciencia del derecho tiene el objeto de una ciencia del ser y el método de una ciencia normativa (17), siempre que no se olvide que en último extremo permanece como ciencia del ser y ciencia cultural.

2. Como ciencia cultural es, además, la ciencia jurídica una ciencia individualizadora. Puede parecer extraño que precisamente a la ciencia del derecho, en la que tuvo su origen el concepto de ley, se la califique de individualizadora en vez de ciencia generalizadora. Ciertamente es, desde luego, que el precepto jurídico según su esencia es general. Empero, objeto de la ciencia jurídica no son las leyes individuales, sino que lo es el orden jurídico del que aquéllas forman parte, el «sistema histórico e individual», por tanto (18). Por otra

(17) Contra esta caracterización v. Kelsen en el *Jahrb. de Schmoller*, vol. 40, 1916, p. 1225.

(18) SCHÖNFELD, *Vom Problem d. Rechtsgeschichte* (Sobre el problema de la Historia del Derecho), p. 324.

parte la ciencia jurídica no tiene por tarea avanzar por encima de las particularidades del sistema jurídico singular, alemán o francés, hacia los preceptos comunes a todos los ordenamientos jurídicos, sino que ha de comprender justamente un determinado ordenamiento jurídico en su individualidad (19).

Además, el caso jurídico singular no es sólo un ejemplo de una ley general, como para la ciencia natural, sino justamente lo contrario: la ley existe en ese momento sólo en méritos de la decisión o fallo sobre el caso singular; y, en efecto, en este sentido teleológico el derecho no es la totalidad de las normas, sino la totalidad de los fallos o decisiones (20). De aquí se desprende el interés que para el jurista tiene el ámbito de la ley, sus límites y sus casos límites; que demuestran, a su vez, que a él no le interesa la ley, de modo semejante al naturalista, como una enunciación general o como un resumen hecho por economía de pensamiento de varias enunciaciones. Por eso, a pesar del carácter nomotético del derecho, se produce el carácter idiográfico de la ciencia jurídica.

3. Las ciencias individualizadoras se ahogarían en la multiplicidad de los hechos individuales si no tuvieran a su disposición un criterio que les permitiera distinguir en aquellos hechos individuales los esenciales de los inesenciales. Este criterio es la referencia a un valor. Una ciencia cultural únicamente acoge en sí

(19) La unidad del sistema de las categorías a priori, por cuyo medio se elaboran las diversas ordenaciones jurídicas nacionales, convierte la apariencia de una ciencia jurídica nacionalmente dividida en una invisible unidad, la cual podría caracterizarse en el sentido de MAX SALOMON como «problemática jurídica.»

(20) Isay, *Rechtsnorm u. Entscheidung* (Norma jurídica v fallo.)

aquellos hechos que se refieran a los valores culturales a que ella se oriente, y esto, bien estén en relación amistosa u hostil con esos valores, ya sean su realización o su desviación, su fomento o su traba.

Esta relación de valor implica, sin embargo, la variabilidad del objeto de las ciencias culturales. Todo derrocamiento de los valores a que están referidas, significa al par una modificación de los objetos de que tratan. Cada nueva época retira a los hechos hasta entonces impregnados de valor su esencialidad y deja, en cambio, remontar a relaciones de valor a hechos hasta entonces indiferentes; en toda época, por ejemplo, se desplazan los límites entre los hechos históricos y los que ya sólo tienen un valor para anticuarios —es decir, cada época escribe la historia de nuevo. Nada es de extrañar, pues, que cada época deba escribir de nuevo su ciencia jurídica. Kirchmann creyó en su famosa conferencia sobre «La carencia de valor científico de la jurisprudencia» dar por concluida la tesis de este título con aquella también célebre frase: «tres palabras correctoras o rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras quedan convertidas en papeles sin valor» (21). Y ya dijo PASCAL: «Casi no hay nada justo e injusto cuya característica no varíe con el cambio de clima. Tres grados en torno al polo derrumban toda la jurisprudencia. Un meridiano decide sobre la verdad, un par de años sobre la posesión. Las leyes fundamentales varían: el derecho tiene su época. ¡Peregrina justicia que limita un río o una cordillera! ¡Verdad allende los Pireneos, error en este lado!». Pero esta variabilidad del

(21) Sobre Kirchmann, junto a numerosas apologías de la ciencia jurídica, véase ante todo STERNBERG. J. H. v. Kirchmann, 1908.

objeto de la ciencia del derecho, según su lugar y tiempo, no es, por todo lo dicho, una prueba definitiva contra su carácter científico—con igual derecho habría de negarse el carácter científico de la Historia. Podría argüírse que en aquellas palabras no era sólo la variabilidad de su objeto, sino la variabilidad «arbitraria» (willkürliche) lo que se hacía valer contra el carácter científico de la jurisprudencia. Ahora bien, la plumada con que el legislador introduce en la ciencia del derecho el abandono de su viejo objeto y la sustitución por uno nuevo, no es más arbitraria que la plumada del poeta, determinante de la variación en los juicios de valor estético y que obligan a una nueva redacción de la historia literaria, ni más arbitrario que el golpe de espada del mariscal, que varía los juicios de valor político y con ello exige que la historia política vuelva a escribirse de nuevo. Aquella es una plumada al dictado, al dictado de la historia. La única distinción en la variabilidad del objeto de la ciencia del derecho, con respecto al de la historia, estriba sólo en que en ésta sucede de modo tajante por un acto histórico, mientras que en el derecho la mayor parte de las veces, pero no siempre, se realiza a través de una larga evolución histórica.

Con estas consideraciones termina la parte general de la Filosofía del Derecho. Tenemos ahora que someter a la consideración filosófico-jurídica los problemas claves de los dominios jurídicos singulares. Ahora bien, por el hecho de que no existe objeto alguno que no pueda ser captado tanto filosóficamente como por una ciencia particular, va unida a la elección de los problemas tratados una cierta arbitrariedad. La elección está guiada por la idea de demostrar la fecundidad de

los conceptos desenvueltos en la parte general con respecto a ciertos problemas singularmente apropiados para esta constatación. Empero, antes de aplicarnos a las cuestiones culminantes de los diversos dominios jurídicos, es necesario aclarar, de manera filosófico-jurídica, la división fundamental de todo derecho.

16 Derecho público y privado.

Aprioridad de estos conceptos. Sus relaciones recíprocas en las concepciones liberal, conservadora y social. Derecho social.

Los conceptos derecho público y derecho privado no son conceptos de derecho positivo que pudieran faltar en un ordenamiento jurídico positivo, sino que preceden lógicamente a toda experiencia jurídica y exigen una validez previa a toda experiencia del derecho. Son, pues, conceptos jurídicos a priori. Ahora bien, no en el sentido de que la distinción entre derecho público y privado fuera conocida en todo tiempo —el viejo derecho alemán la desconoció hasta la recepción del derecho romano que la introdujo. Tampoco en el sentido de que todo ordenamiento jurídico tenga que tener lo mismo una región de derecho público que otra de derecho privado— el socialismo significaría la casi plena absorción del derecho privado por el derecho público, mientras que el anarquismo exige una ordenación jurídica puramente de derecho privado. Todavía mucho menos en el sentido de que los límites entre el derecho público y el privado tienen que ser en todas partes iguales —los mismos fenómenos, por ejemplo, las relaciones de trabajo, ora son de derecho público, ya de derecho privado. Finalmente, tampoco en el sentido de que todo dominio particular del derecho ha de per-

tenecer unívocamente a uno u a otro de estos derechos—en el derecho del trabajo y en el derecho económico están el derecho público y el derecho privado en una situación de mezcla indisoluble (1). Pues bien, los conceptos «derecho público» y «derecho privado» son a priori solamente en este sentido: que con relación a todo precepto jurídico singular puede preguntarse con plenitud de sentido exigiendo respuesta, si este precepto pertenece al Derecho público o al privado (2).

Pero los conceptos jurídicos a priori tienen que poder derivarse del concepto a priori del derecho. En efecto, la distinción entre derecho público y privado está cimentada en el mismo concepto del derecho. Con el derecho, como conjunto de normas positivas, está supuesta la existencia del legislador en sentido lato (*normsetzenden Stelle*). Ahora bien, si las normas por él establecidas para la vida en común, por tanto normas de derecho privado, constituyen el fundamento de existencia de todo derecho positivo, bastando realmente a la seguridad jurídica, por otra parte debe el legislador mismo quedar ligado a ellas —este ligamen del legislador frente a los destinatarios de la norma, un ligamen en relaciones de subordinación y supraordinación es necesariamente derecho público. Mas no sólo en el

(1) En nada puede alterar la prioridad de estos conceptos el hecho patentizado por Kelsen, de que muchas veces el derecho privado tiene que servir de biombo tras del cual relaciones de dominación como las del patrono, ocultan en verdad relaciones de naturaleza de derecho público. (*Arch. F. Soz. Wiss. u. Soz. Pol.*, V. 66, 1931, p. 495.)

(2) Idéntico planteamiento en BURCKHARDT, *Organisation der Rechtsgemeinschaft* (Organización de la Comunidad jurídica), 1927, p. 10 ss. Contra la aprioridad igualmente E. KAUFMANN, *Neukantische R. Ph.* (La F.^a del D.^o neokantiana), 1921, p. 86 s.

concepto del derecho, sino también en la idea del Derecho está puesta la distinción entre derecho público y privado. Si la justicia es o igualitaria o distributiva, es decir, justicia entre equiparados o justicia en las relaciones de subordinación y supraordinación, esto indica que la justicia misma en sus dos sustratos alude ya al derecho público y al privado.

Los conceptos «derecho público» y «derecho privado» son, pues, a priori. En cambio, la relación de valor y de rango entre el derecho público y el privado está sometida a las variaciones históricas y a las diversas valoraciones en las distintas concepciones del mundo y de la vida.

Para el Liberalismo es el derecho privado el corazón de todo derecho, el derecho público una delgada corteza protectora para la defensa del derecho privado y, sobre todo, de la propiedad privada. La declaración de derechos del hombre y del ciudadano ve en la corona un poder delegado por la nación y revocable para la utilidad de todos y no para la propia ventaja del monarca; y en cambio considera la propiedad privada como un derecho natural y sagrado, imprescriptible e inviolable: el señor absoluto tenía que desocupar el trono para que pudiera subir a él el capital absoluto.

Esta relación de rango entre el derecho público y el derecho privado aceptada por el liberalismo, tiene su expresión conceptual en la teoría del contrato social, teoría que significa «una mediación entre el derecho público y el privado» (3), un intento de reducir la subordinación y supraordinación en el Estado a una

(3) L. von RANKE, *Politisches Gespräch* (Conservación política), ed. de 1924, p. 34.

asociación de individuos originariamente iguales, es decir, de disolver ficticiamente el derecho público en el privado. El liberalismo llevado al extremo, esto es, el anarquismo, pretende lograr esta disolución no de un modo ficticio, sino real. En cuanto no quiere reconocer ninguna limitación que no sea autosujeción, convierte a la teoría del contrato social de teoría estatal en principio organizador de la vida social en común.

En el derecho positivo se imprime esta concepción liberal de la relación de rango entre el derecho público y el privado en la penetración del derecho público por representaciones jusprivatistas de coordinación, que constituyen la esencia del derecho privado. El Estado mismo se coloca bajo el derecho privado en forma de Fisco. Se sitúa como parte procesal en el mismo grado que los particulares en el proceso penal y administrativo. La discutida figura jurídica del contrato de derecho público significaría que con ella el Estado se coloca en el mismo plano jurídico que los particulares.

Consecuencias exactamente contrarias, son las que se derivan de la concepción opuesta que otorga la primacía al derecho público sobre el privado. Desde este punto de vista aparece el derecho privado tan sólo como una libertad de movimientos concedida a la iniciativa particular, provisoria, revocable, sólo otorgada con la expectativa de un uso atendido a deberes y retirable tan pronto como esta expectativa o condición no haya sido cumplida. Este es el punto de vista supraindividualista-conservador, pero coincidiendo con él en este problema de un modo fundamental, la concepción individualista-social. Los motivos de la preferencia del derecho público son distintos: allí primacía absoluta del Estado

ante el individuo, aquí primacía del Estado como protector de los individuos económicamente más débiles; empero, de tan diversos motivos surge idéntica relación de rango entre el derecho público y el privado.

La concepción jurídico-social de esta relación se desprende de la esencia del derecho social, de su consideración del individuo como ser social (4). En tanto que el derecho social (5) hace visibles las diferencias sociales de los individuos, su situación de fuerza o de debilidad —haciendo posible en consecuencia su toma en consideración por el derecho, el apoyo de la impotencia social y la limitación del poder social excesivo—, pone en lugar del pensamiento liberal de la igualdad el pensamiento social de la igualación, cambia la justicia conmutativa por la distributiva y sustituye, ya que la igualación por la justicia distributiva presupone una entidad por encima de los individuos, a la auto-defensa por la defensa de la sociedad organizada, en particular por la defensa del Estado. Empero, esto significa que también por detrás de las relaciones jurídicas de los individuos y de las personas privadas que en ellas participan surge como tercero y supremo interesado la gran figura de la sociedad organizada, del Estado, observando, pronto a la intervención e interviniendo frecuentemente; que también la más privada de las relaciones jurídicas, ha de concebirse no sólo como un asunto de las personas que

(4) Sobre esta conexión KASPAR ANRATHS, *Das Wesen der sog. Freien wissenschaftlichen Berufe* (La esencia de las llamadas profesiones liberales), 1930, p. 8.

(5) Sobre el múltiple significado de esta palabra, GURVITCH, *L'Idée du droit Social*, 1931, p. 154 ss. La concepción aquí mantenida (v. p. 88) está muy próxima a la de DUGUIT. *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, 2.^a ed., 1920.

en ella participan, sino también como un asunto social, es decir, como una relación de derecho público.

En una ordenación social del derecho no están, por eso, uno junto al otro el derecho público y el privado, separados por tajantes límites, sino en situación de desplazamiento recíproco. Esta situación de mezcla, esta penetración mutua del derecho privado con el público, se realiza ante todo en los nuevos dominios jurídicos del derecho del trabajo y del derecho económico. Al proponerse ambos coactivamente, con el instrumento de la igualdad social, proteger a los socialmente débiles y limitar a los demasiado poderosos, en ellos tienen que encontrarse el derecho público y el privado de tal modo que pueden distinguirse, pero no separarse.

Lo que con relación al derecho objetivo se desarrolla como una lenta transformación del derecho privado en derecho público, aparece con respecto al derecho subjetivo como una penetración de la facultad privada por un contenido de deber social, tal como se expresa en forma programática en el artículo sobre la propiedad de la Constitución del Reich (artículo 153). «La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general». El derecho social, pues, muestra una estructura análoga al derecho feudal de la Edad Media. También éste otorgaba derechos como fundamento material de un servicio, con el efecto ciertamente que en su continuación no se otorgaba el derecho en méritos del servicio, sino que el oficio se fundaba en el derecho y aparecía por sí mismo como un privilegio. Mas el derecho social queda protegido contra semejante degeneración por el hecho de ponerse bajo garantías jurídicas el contenido de deber de la facultad o derecho, aunque éstas no sean más que

la garantía de una legislación dispuesta a actualizarse y alerta siempre para limitar o retirar todo derecho que no se cumpla con arreglo al deber. De tal manera, pende sobre la propiedad en la constitución de Weimar la espada de Damocles de la expropiación y de la socialización (arts. 153, 155, 156).

El carácter de un ordenamiento jurídico por nada se expresa con mayor claridad que por la relación que en él tengan, uno frente al otro, el derecho público y el privado y por el modo como se repartan las relaciones jurídicas entre ambos derechos (6). La superación del feudalismo coincidió con el hacerse consciente la distinción entre derecho público y privado. La evolución del Estado policía se reveló con la liberación del derecho público de impurezas de derecho privado y, al contrario, el desarrollo paralelo de los comienzos del Estado de Derecho coincide con la liberación del derecho privado de las ligaduras y limitaciones del derecho público. De igual manera, la transformación—no menos constitutiva de una época—, en que ahora vivimos del derecho liberal en derecho social se revela, a la inversa, en las nuevas limitaciones de derecho público impuestas al derecho privado, en especial a la propiedad y a la libertad contractual.

(6) Cf. MARTÍN DRATH, *Das Gebiet des öffentlichen und des privaten Rechts* (El ámbito del derecho público y del privado), *Zeitschr. f. soziales Recht*, año 3.º, 1931, p. 299 ss.

La emancipación humana sola será plena... cuando el hombre real individual absorba en sí al ciudadano abstracto, cuando como hombre individual, en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, se logre como ser genérico.

CARLOS MARX.

17 La Persona.

La persona como concepto de igualdad. Interpretación teleológica del problema de la persona social. Individualismo: teoría de la ficción; supraindividualismo: persona colectiva real; transpersonalismo: el patrimonio afecto a un fin.

Si en el concepto del derecho están implícitas las ideas de orden y de fin, si justamente por eso no solamente está puesto con el concepto del derecho la relación de medio a fin, sino también la idea de la finalidad del fin, de un fin último y autofín como forma conceptual jurídica indispensable, hay entonces que admitir que el concepto de persona, de sujeto de derecho, es una categoría necesaria y con valor universal, no fundada en la experiencia ni limitada por ella de la consideración jurídica; por tanto, «sujeto de derecho es un ser que un derecho históricamente dado, considera como un autofín, y al contrario, objeto de derecho es aquello que en igual situación se maneja como simple medio para un fin determinado» (1).

(1) STAMMLER, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts (La indeterminación del sujeto del derecho), 1907, p. 28 s.; Theorie der R. W. (Teoría de la ciencia del derecho), 1911, p. 194 ss.

Ahora bien, lo que es un fin en sí excluye toda ordenación jerárquica. Por eso el concepto de persona es un concepto de igualdad. Se mostró ya anteriormente que el individualismo cuando considera al individuo como un fin en sí del orden jurídico no ve en él la individualidad concreta, sino que más bien el individuo del individualismo carece de individualidad—no es otra cosa que la libertad humana individualizada—, y que, por tanto, es un supuesto de semejante concepción de la libertad sin individualidad, el concepto de igualdad de todos los individuos. Asimismo vimos también (p. 88), que contra tal concepción jurídica individualista y su concepto de un individuo despojado de su particularidad, y, por ende, sustraído de su carácter social, se erigía la concepción jurídico-social que sustituía a aquél por un concepto del hombre concreto y social —tal como se expresa en los de trabajador y patrono, trabajador y empleado— con toda la diversidad de su fuerza social y económica. Empero, este desarrollo no afecta al concepto de persona como concepto de igualdad, en el que se equiparan tanto el poderoso como el débil, el poseedor y el pobre, la débil persona individual y la poderosísima persona colectiva. Sin este concepto de igualdad no podría pensarse el derecho privado, pues éste es, como vimos, la región de la justicia igualitaria, es decir, del cambio de prestaciones equivalentes. Ahora bien, las prestaciones son comensurables entre sí sólo cuando los sujetos que las truecan están supuestos como iguales (2). Así. pues, tanto la concepción so-

(2) «Para poder relacionar entre sí las cosas como mercancías, tienen sus poseedores que conducirse como personas», dice MARX. Cf. PASCHÜKANIS, *Allg. Rechtslehre u. Marxismus* (Teoría general del derecho y marxismo), 1929, p. 87 ss.

cial como la individualista del derecho, han de partir de igual manera del concepto igualitario de la persona. La concepción social no disuelve en modo alguno este concepto de igualdad en la diversificación de tipos de los patronos, obreros y empleados. Patronos, asalariados, obreros y empleados, sólo son para ella las distintas situaciones en que se encuentra la persona, siempre pensada como igual. Si en el fondo de todos estos tipos sociales no estuviera el concepto igualitario de persona, faltaría el denominador común, sin el cual no cabe pensar ninguna igualación y comparación, ninguna consideración de justicia, ningún derecho privado y quizá también ningún derecho en absoluto. Estas reflexiones muestran ya «la artificialidad del sujeto de derecho frente al sujeto real y pleno» (3).

La igualdad jurídica, la capacidad jurídica igual, que constituye la esencia de la persona, no está implícita en los hombres y en las asociaciones humanas, sino que es una atribución posterior del orden jurídico. Nadie es persona por naturaleza o nacimiento —tal nos muestra la institución jurídica de la esclavitud—. Ser persona es el resultado de un acto de personificación del orden jurídico. Todas las personas, tanto las físicas como las jurídicas, son creaciones del orden jurídico. También las personas físicas son, en sentido estricto, «personas jurídicas». No cabe ya discusión sobre el carácter «ficticio», es decir, artificial, de todas las personas tanto físicas como jurídicas. El problema de la persona jurídica —¿persona fingida o colectiva real?— es

(3) MARCK, *Substanz- u. Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie* (Los conceptos de sustancia y función en la Filosofía del Derecho), 1925, p. 117.

más bien el problema de su sustrato metajurídico. Detrás de la persona física está el hombre. ¿Existe también detrás de la persona jurídica una entidad prejurídica que el derecho encuentra y a la que sólo otorga la personalidad jurídica? He aquí el problema tras el que marcha la discusión sobre la esencia de la persona jurídica.

Qué clase de entidad puede ser ésta, nos lo dice el concepto filosófico-jurídico de la persona de que nos ocupamos al comienzo de estas reflexiones: ser persona significa ser un fin en sí. El hombre no es persona en cuanto ser viviente compuesto de cuerpo y alma, sino porque él, ante el parecer del orden jurídico, se manifiesta como un fin en sí. Por eso no es necesario para demostrar la expectativa de personalidad jurídica que tienen las personas colectivas, probar que igual que los hombres son también ellas entidades biológicas, organismos, sino probar que al igual que las personas individuales se manifiestan también con fines propios. Las teorías «orgánicas» de la persona buscan, por el contrario, un sustrato biológico en vez de teleológico para la persona jurídica, hipostatizan unidades de fin en formas naturalistas o en el mejor de los casos, ocultan afirmaciones teleológicas con un lenguaje naturalista. Ciertamente es que en la determinación conceptual del sujeto de derecho antes citada, se tiene a éste como un ser considerado por el derecho como un autofin; pero la relación entre ser y fin es justamente la inversa que en las teorías orgánicas. Mientras que las teorías orgánicas de la persona jurídica intentan fijar, ante todo, el ser de su sustrato, para determinarle luego su fin, la teoría teleológica deduce de la independencia del fin la unidad del ser. La mayor parte de las veces sólo se

descubrirá, desde luego, tras la persona jurídica la multiplicidad de las personas individuales que en ella participan, es decir, sus miembros, sus órganos. Ciertamente que en algún caso singular puede haber detrás de la persona jurídica una unidad sociológica, una «comunidad», mas para el problema de la unidad «real» existente en la persona jurídica, este hecho es completamente indiferente. La unidad no es nunca unidad en sí, sino unidad desde un punto de vista determinado. La unidad de sustrato de la persona jurídica, tiene que ser unidad desde el punto de vista de un fin unitario. Desde el punto de vista del fin unitario supraindividual, es como las personas individuales, asociadas para su realización, se construyen en una unidad de fin. Sustrato real de la persona jurídica serían, según eso, las personas individuales que por medio de un fin supraindividual se ligaron en la unidad «teleológica» a cuyo servicio están (4).

Pero el problema previo de si los individuos pueden tener y perseguir fines supraindividuales, es decir, si los hombres tienen y persiguen fines suprahumanos, objetivos o de cosas, de si por eso pueden existir fines privativos de las personas jurídicas no susceptibles de disolverse en los fines individuales de sus miembros, ha quedado sin respuesta en las anteriores consideraciones. La contestación depende de la posición fundamental filosófico-jurídica que se tenga, de la decisión entre las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonal del derecho; y en este sentido la coordinación, tanto de las tres teorías que pueden dis-

(4) Sobre la unidad teleológica como principio de la persona jurídica, cf. GEORG JELLINEK, *Allg. Staatslehre* (Teoría general del Estado), 3ª ed., 1921, p. 171.

tinguirse como de los tres tipos de persona existentes en el derecho positivo, a estas tres concepciones es una de las más bellas confirmaciones de nuestra teoría básica.

Expresión de la teoría individualista del derecho es la teoría de la ficción de la persona jurídica. Según ella, sólo existen fines individuales. «Todo derecho», dice SAVIGNY, en rara contradicción con su postura fundamental supraindividual y romántica, «todo derecho sólo existe en méritos de la libertad moral implícita en cada hombre; por eso, el concepto originario de la persona debe coincidir con el concepto del hombre». Las personas jurídicas son por eso personas sin sustrato específico. Sujeto de fines lo es sólo el hombre. Cuando a las asociaciones humanas se les inviste de personalidad jurídica se las considera como sujetos de fines, es decir, se les finge sujetos de fines, hombres en grande. La personalidad jurídica tendría sólo el sentido de facilitar una contabilidad jurídica separada con respecto a determinados fines individuales, una medida técnico-legislativa, a la que no corresponde ningún sustrato específico prejurídico.

Frente a esta teoría individualista está la teoría de la persona colectiva real, de GIERKE, con un carácter supraindividualista. Despojándola de su exterioridad orgánico-naturalista, se reduce a afirmar la existencia de ciertos fines colectivos supraindividuales, que no pueden explicarse como una simple suma de los fines individuales de sus miembros.

Finalmente, la teoría de la personalidad jurídica de BRINZ, como patrimonio afecto a un fin, cobra la figura de una teoría transpersonal. A la personalidad jurídica se le atribuyen determinados fines, que no son,

empero, fines personales, ni de los individuos ni de la persona colectiva, sino transpersonales, objetivos, en una palabra, fines culturales. La persona significa la afectación de determinados bienes y hombres, a determinadas tareas objetivas y culturales (5). Cada una de estas teorías parte como de su prototipo de una forma determinada de la persona jurídica: la teoría de la ficción parte del hombre individual, la teoría de la persona colectiva real, de la sociedad de derecho privado y de la corporación de derecho público, la teoría del patrimonio afecto a un fin, de la fundación de derecho privado y de la institución de derecho público. De igual manera que la teoría de la ficción se ve obligada a explicar individualistamente a las personas jurídicas, a la inversa, las otras dos teorías se ven forzadas a tener una concepción supraindividualista-transpersonal de la persona física. Así como semejante concepción, transforma el derecho subjetivo en función y servicio, «es también para ella el hombre solamente sujeto, en tanto que es considerado como órgano de la comunidad» (6). Empero, en la realidad del derecho positivo, existen unos junto a otros, sin mediación, como fenómenos sólo explicables desde un punto de vista distinto, cada uno de los tipos de persona jurídica: la personalidad jurídica de los hombres, concebida individualistamente, las sociedades y corporaciones, como manifestación supraindividualista, y las fundaciones, establecimientos e instituciones, como formas transpersonales.

(5) También parece ser transpersonal la concepción de HAURIU de la institution groupe. Cf. GURVITCH, Arch. d. Ph. d. Df., 1931, p. 151 ss.

(6) BINDER, Phi. d. Rechts (Filosofía del Derecho), p. 448.

*¡Que el hombre que la posea tenga
derecho a destrozar la Juno Ludovisi!*
Federico Hebbel.

18 La Propiedad.

Aprioridad de este concepto. Teorías de la ocupación y de la especificación. Teorías individualistas de la propiedad. (GOETHE, FICHTE). Teorías sociales. (Encíclica «Quadragesimo anno». Constitución de Weimar).

La regulación de las relaciones entre los hombres en un mundo en el que la provisión de bienes es limitada, tiene que ser también una regulación de las relaciones de los hombres con las cosas, un reparto de las cosas que están al alcance del hombre. Con lo cual se muestra ya el derecho real como un concepto que ningún ordenamiento jurídico posible puede eludir. Es más, entre los derechos reales se nos aparece el concepto de propiedad como un concepto no fundado en la experiencia, es decir, como una categoría del pensar jurídico, anterior a toda experiencia del derecho (1). Es evidente que para repartir sin restos la multiplicidad de los posibles modos de relación para con la cosa en un número de derechos reales de contenido limitado, se requiere un derecho subjetivo que someta a la cosa al titular sin limitarla a un modo determinado de relación—un derecho a la «última palabra» sobre la cosa:

(1) Cf. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (Teoría de la Ciencia jurídica), 1911, p. 253.

la propiedad. Y puesto que en la propiedad queda autorizado el propietario para todos los modos de relación con la cosa, no pueden por eso surgir a su lado derechos reales de contenido limitado como derechos sobre la propia cosa, sino como derechos sobre cosa ajena. Tales derechos son creaciones de un ordenamiento jurídico determinado, pero nunca son conceptualmente necesarios; la propiedad por el contrario es un concepto indispensable para toda consideración jurídica. En todo orden jurídico cabe preguntar con plenitud de sentido en relación a cada cosa, quién sea su propietario. La respuesta a esta pregunta sólo puede provenir de la experiencia y está, por tanto, sometida a la crítica. La propiedad es una categoría jurídica a priori, no, empero, propiedad privada o propiedad común. Cuál sea la que rijan, la propiedad privada o la propiedad común, sólo puede decírnoslo la experiencia jurídica; cuál de ellas deba regir, esto es ya cuestión de la Filosofía del Derecho. La Filosofía del Derecho de la propiedad privada tiene su expresión en las teorías sobre la propiedad (2).

Las más antiguas teorías sobre la propiedad, y todavía las más defendidas, son la teoría de la ocupación y la teoría de la especificación. La ocupación de las cosas sin dueño extiende el dominio del hombre sobre la naturaleza. Transforma un objeto de la naturaleza en un bien económico y cultural, crea de este modo un nuevo trozo de patrimonio nacional. De esta manera la ocupación sin variar nada en el objeto ocupado, se ma-

(2) Diehl y Mombert, *Ausgewählte Lesestücke zum Studium der politischen Ökonomie* (Trazos de lectura escogidos para el estudio de la Economía política), vol. 14: La propiedad, 1924.

nifiesta al par como especificación, por ejemplo como «producción originaria». Para la teoría de la especificación en sentido estricto, o teoría del trabajo, no queda sometida plenamente la cosa al dominio humano por su apropiación, sino sólo luego de su transformación, de la elaboración de la materia bruta. Sólo el trabajo creador de bienes es, según eso, un título jurídico de la propiedad.

Contra la teoría del trabajo, y como una variedad de ella la teoría de la ocupación, se objeta doblemente. Por una parte, es capaz de cumplir su tarea, es decir, justificar la propiedad privada, sólo bajo relaciones económicas muy determinadas, sólo en cuanto la producción de bienes es obra de los individuos con sus propios medios de trabajo, trabajo manual, trabajo agrícola y, muy particularmente, trabajo intelectual. Tan pronto como la producción se hace en fábricas y latifundios con medios de producción ajenos y con división del trabajo, ejecutándose en este sentido de un modo colectivo, la teoría del trabajo tiene que llevar inevitablemente a consecuencias socialistas, a la expropiación de los medios de producción al propietario que no participe en el trabajo, y a la propiedad común de los trabajadores. Si con arreglo a la teoría del trabajo el Código civil (alemán), determina (§ 950) que aquel que por reelaboración o transformación de una o varias materias produzca una nueva cosa mueble, adquiera la propiedad de esa cosa, la aplicación de este precepto a la situación económica actual significaría ya por sí el socialismo, si la interpretación no entendiera por transformador o especificante a aquel en cuyo nombre se realiza la transformación, en vez de calificar como tal al que la realiza con sus propias manos. Así, en la En-

cíclica de Pío XI sobre el orden social (1931) al reconocimiento del trabajo como título de propiedad, se añade: «naturalmente» sólo aquel trabajo que el hombre ejerce en propio nombre, posee fuerza creadora de propiedad.

Contra las teorías del trabajo y de la ocupación, al lado de las anteriores reflexiones sobre su doble filo, se erige, además, una objeción metodológica: ambas justifican la adquisición de propiedad sobre el supuesto de la existente institución de la propiedad privada; pero para nada justifican la institución misma. Responden a esta pregunta: ¿quién debe ser propietario? Pero no a esta otra: ¿debe existir la propiedad privada? La contestación a esta pregunta sólo puede obtenerse de la concepción fundamental sobre los últimos fines del orden jurídico. Igual que con respecto al derecho en general, puede verse a la propiedad o bien al servicio del individuo, del propietario, o bien al servicio de la sociedad, y distinguir de esta manera la teoría individualista de la propiedad, de la social (3). La teoría individualista de la propiedad corresponde a la concepción del liberalismo y de la democracia, mientras que la concepción social de la propiedad se encuentra al par en el conservadurismo y en el socialismo. Ahora bien, distinguiéndose en seguida en estos dos últimos, porque en la concepción socialista la propiedad, en último extremo, está para servir de nuevo a los individuos, a la «sociedad» constituida por individuos, mientras que en la concepción conservadora, la propiedad encuentra su fin último en el todo social, en la «tota-

(3) Así JHERING, *Zweck im Recht* (El fin en el derecho), tomo I, 4, 3ª ed., 1904, p. 404 ss.

lidad». A la concepción individualista corresponde el concepto romano, a la social-conservadora, el concepto germano de la propiedad.

La teoría individualista de la propiedad, o, como también podríamos llamarla, la teoría de la personalidad de la propiedad, ha alcanzado en GOETHE su forma más noble. La había vivido y también aquí lo que él vivió, logró forma consciente y clara expresión. En vez de muchos pasajes, nos referiremos tan sólo a dos.

Epimeteo. —¿Cuánto es, pues, tuyo?

Prometeo. —El círculo que llena mi actividad, ni por encima ni por debajo nada más.

Fausto. —Lo que has heredado de tu padre gánalo por ti para que puedas poseerlo. Lo que no se utiliza es carga muy pesada, sólo puede utilizarse lo que en el momento se crea.

A la concepción estática de la propiedad, como fundada ya para siempre desde que se la adquiere, se opone aquí una concepción dinámica. La propiedad exige, para emplear la palabra de moda, una permanente integración. Debe ser objeto de continua actividad y de utilización permanente, en una continua y renovada creación y adquisición; debe ser obra de una renovada e incesante ocupación y especificación. No hay duda de que GOETHE, con esta doctrina de la propiedad, pensaba en la más querida de sus propiedades, en sus colecciones. Estas representan unas de sus grandes obras, y no de las de menor dimensión entre las suyas: en ellas vivió imprimiendo y obrando su personalidad, en ellas la propiedad alcanzó consciencia como proyección de una personalidad, como expresión y ensanchamiento de la personalidad. Semejante propiedad, subordinada a la personalidad y penetrada por ella, se

transforma en un todo orgánico en el que cada objeto por la inserción en la serie de los objetos semejantes, gana en valor propio y también en valor económico. Surge entonces una nueva unidad más valiosa que la suma de sus partes; por su misma existencia la propiedad deviene productiva. El espíritu coleccionista nos ofrece a menudo, químicamente puro, uno de los aspectos de la propiedad: el coleccionista goza no tanto por la cosa misma, como por su posesión vónica con exclusión de los demás. Empero, en GOETHE se encuentran el goce de la cosa y el goce de la posesión en hermoso equilibrio. «Me es necesaria la propiedad —decía al canciller von Müller— para poder alcanzar el concepto preciso del objeto. Libre de las ilusiones que el apetito pone por debajo de un objeto, la propiedad me permite un juicio tranquilo e imparcial. Y, por eso, amo la propiedad, no por la cosa poseída, sino en méritos de mi formación y porque me tranquiliza y me hace por eso más feliz.» ¡La propiedad de las cosas sólo para la plenitud de su goce! Ahora bien, el gozador de las cosas sólo alcanza su plenitud luego de dar participación a los demás. El coleccionista GOETHE es el que en los «Años de viaje» (W. Meister) ha dado con su fórmula de la teoría individualista de la propiedad, al par de un modo insuperable el tránsito a la teoría social: «Propiedad y bien público» —lo que significa: propiedad como bien común.

Para la teoría de la personalidad no es la propiedad el señorío del hombre sobre la cosa, sino una relación entre hombre y cosa. No sólo el hombre tiene dignidad, sino que también la cosa tiene su dignidad. No solamente el hombre utiliza la cosa, ésta, a su vez, exige también algo del hombre, le exige ser gozada y

utilizada, mantenida y cuidada con arreglo a su propio valor, le exige, en una palabra, amor. De tal modo, que la relación entre hombre y cosa viene a aproximarse a la relación entre hombre y hombre, no únicamente cuando estas cosas son animales domésticos, para los que el no jurista resiste el calificar como cosas, sino también cuando sean simples cosas inanimadas. El hombre religioso expresa esta relación recíproca de deber entre el hombre y la cosa, esta exigencia de la cosa de ser no sólo poseída sino tratada según sus propias leyes, con la frase: «donación de Dios». «Como regalo de Dios», participa «nuestro pan cotidiano» en la santidad del pan que en la Misa se transforma en cuerpo del Señor (4). Por eso la madre prohíbe al niño jugar con el pan, y mantiene la leyenda el recuerdo del castigo de aquellos que se rebelaron contra este mandato (5) ¡y el mismo Mussolini participa de esta reverencia, cuando para el fomento de la economía agraria de su país exige un día de fiesta en honor del pan.

Estas reflexiones las hemos hecho justamente para mostrar el estrecho ámbito de aplicación de esta teoría de la personalidad. Sólo para muy pequeño círculo de cosas puede pensarse aquella actitud de afección que la teoría de la personalidad de la propiedad supone: habitación y vestidos, libros y colecciones, instrumentos y objetos de arte. Corresponde, pues, a un mundo económico de artesanos y labradores, pero no se adapta al

(4) La concepción de la propiedad como un estar al «servicio del valor de la cosa», ha sido bellamente expuesta por BRUNSTAD, *Das Eigentum und seine Ordnung* (La propiedad y su ordenación). Homenaje a Binder, 1930.

(5). Cf. a DEECKE, *Lübische Geschichten und Sagen* (Historias y leyendas de Lübeck), 5ª ed., 1911, núm. 216.

mundo de las fábricas, bancos y latifundios (6). En este mundo, las cosas que el hombre podría apreciar y amar por ellas mismas, se han transformado en mercancías que el hombre tiene, no para poseerlas continuamente, sino para desprenderse de ellas lo más pronto posible y «realizarlas» económicamente por su transformación en dinero. Si en la «propiedad» se subraya ese ser «propio para», la correspondencia cualitativa de la cosa con su propietario, ahora se concibe el conjunto de objetos como «patrimonio» sólo por su valor en dinero, únicamente por su poder cuantitativo en el mercado. En el patrimonio se desnaturaliza la propiedad: patrimonio equivale a valor en numerario y, principalmente, al dinero mismo. Ahora bien, el dinero ya no es propiamente una cosa más, sino una pretensión o posibilidad de cosas, semejante en eso al derecho de obligaciones y, por esto, en la situación económica actual, cosas, dinero y derechos de obligación se encierran en una nueva unidad de concepto, que ya no coincide con la vieja unidad conceptual de la propiedad, sino que la cruza. Esta falta de adecuación entre los conceptos de la ordenación jurídica de la propiedad y los conceptos del orden económico, así como la variación funcional que en la economía ha sufrido el concepto de propiedad, han sido descritas de un modo tan breve como penetrante (7). Aquí nos interesa sólo desde este punto de vista, que la propiedad, con excepción de un estre-

(6) A la justicia relativa de las teorías de la propiedad, validas sólo para un círculo limitado de bienes económicos, alude Tönnies en su artículo *Eigentum* (Propiedad), en el *Handwörterbuch der Soziologie*.

(7) Cf. KARL RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (Las instituciones del derecho privado y su función social), 1929.

cho círculo de cosas, ha perdido el carácter de una relación de afección para convertirse simplemente en una relación de fin (8).

Contra la teoría de la personalidad puede presentarse todavía una segunda objeción. BECCARIA calificó en otro tiempo a la propiedad como un «derecho temible». La propiedad no sólo presenta el aspecto positivo del goce de una cosa, sino también el negativo de la exclusión de otro; y en su forma sociológica de capital, no sólo excluye a otro de la propiedad de un objeto determinado, sino de la propiedad en absoluto. El capital tiene como su correlato al proletariado; la propiedad en esta forma implica la existencia de hombres sin propiedad alguna. El desarrollo de la personalidad merced a la propiedad, se realiza así en unos pocos y esto a costa de los innumerables otros imposibilitados para ello. La teoría de la personalidad exige, pues, una transformación, si con la democracia quiere ofrecer a todos idéntica coyuntura y no contentarse, de acuerdo con el liberalismo, con ser sólo una posibilidad para los más fuertes. Debe poner junto al derecho de propiedad el derecho a la propiedad, es decir, el derecho al trabajo. Esto es lo que hizo FICHTE, y no como negación socialista del derecho de propiedad privada, sino como afirmación democrática de ese derecho. La propiedad privada excluye a uno del goce de la cosa que a otro garantiza. Desde el punto de vista de la igualdad democrática sólo se justifica, en tanto que aquel

(8) Correspondiendo a esto TÖNNIES distingue entre propiedad como objeto de la voluntad de personalidad y la propiedad como objeto de la voluntad de poderío. Cf. *Das Eigentum* (Schriften der soziolog. Gesellschaft in Wien), 1926, p. 19.

goce sea universal y la exclusión sea recíproca. Esta idea encuentra su expresión en el supuesto de un contrato ficticio de recíproca garantía existente entre los propietarios. De igual modo a como los individuos se garantizaron recíprocamente su libertad en el contrato social, se garantizan mutuamente su propiedad en este otro pacto. Ahora bien, este contrato sólo puede considerarse como concluso y válido entre propietarios: el carente de propiedad no tiene interés alguno en entrar en un contrato por el que se obliga únicamente al respeto de la propiedad ajena, sin obtener él una pretensión al respeto de sus propios bienes; por tanto, no puede ser fingido como tal contrayente en ese contrato. Por eso es por lo que aquel contrato de propiedad no puede obligar al que carece de ella. Cada cual sólo tiene su propiedad bajo la condición de que todos puedan vivir de su propiedad. Desde el momento en que hay alguien que padece miseria, deja de pertenecer a cada uno el trozo de su propiedad que es preciso para liberar al necesitado de su miseria. Aun cuando sólo sea un único individuo el excluido de la propiedad pierde ésta, no obstante, en la sociedad su razón de existencia.

Detrás de la ficción filosófico-jurídica del contrato de propietarios, se oculta un hecho sociológico: que, en efecto, el orden económico fundado sobre la propiedad privada estaba justificado y funcionaba sin quejas en un estado social en el cual pequeños propietarios se enfrentaban en una situación de igualdad muy aproximada. En la conservación de este estado social tenían todos sus participantes el mismo interés. Allí donde cada uno puede decir a otro: do, ut des, pueden también decirse mutuamente: habeas, quod habeo. La

reciprocidad del mercado creó el reconocimiento recíproco de la propiedad. Durante todo el tiempo que en la economía doméstica cerrada cada unidad económica se bastó a sí misma, la propiedad fue más relación con una cosa que relación con otros hombres; pero luego que la cosa se convirtió en mercancía surgió la relación de la propia cosa con otros y de la cosa ajena con nosotros, apareció la pretensión al respeto recíproco de la propiedad y llegó a plena claridad de conciencia el derecho de propiedad como una relación entre hombres, para perder a seguida esta justificación por la reciprocidad, tan pronto como por evolución necesaria de aquella economía del mercado libre se llegó a la separación de propietarios y no propietarios y con ello a la aparición de una clase que, en adelante, ya no tiene ningún interés en el reconocimiento del derecho de propiedad (9).

Las teorías individuales de la propiedad no fueron nunca, sin embargo, puramente individualistas. Se fundaron sobre el supuesto de una armonía preestablecida entre el goce individualista y el bienestar general. Las teorías sociales de la propiedad se distinguen de ellas por el conocimiento de que esta armonía es una ilusión, de que la función social de la propiedad no está unida indisolublemente con la individual, sino que más bien hay necesidad de fomentarla y asegurarla de un modo muy particular (10). La teoría social de la pro-

(9) Cf. PASCHÜKANIS, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus (Teoría general del derecho y marxismo), 1929, p. 102.

(10) La teoría social de la propiedad ha sido caracterizada de modo formalista y antiintuitivo como teoría legal. Esta caracterización quiere expresar que no es el Derecho Natural el que obliga a la Ley a una regulación determinada de la propiedad, sino que es la ley la que decide

propiedad ha logrado hace poco una manifestación de gran autoridad en la Encíclica «Quadragesimo anno» (1931), anteriormente citada. En ella se distingue entre derecho de propiedad y disfrute o uso de la propiedad. En el derecho de propiedad aparece el aspecto individual relacionado con el bienestar del individuo, empero, en el uso de esa propiedad, surge el aspecto de la propiedad que se vuelve hacia el bienestar general. La función individual del derecho de propiedad pertenece al derecho natural, en cambio, la función social, a la que se subordina el uso de la propiedad, pertenece a la Ética; por consiguiente, no puede ser ésta objeto de demanda si el legislador no introdujo este deber social ético del propietario en su legislación positiva. Empero, el legislador debe y puede regular con mayor exactitud el uso de la propiedad de acuerdo con las exigencias del bienestar general, y hasta le está permitido (lo cual está declarado en lugar poco visible de la Encíclica) «reservar determinadas clases de bienes al poder público, porque la fuerza enorme que a ellos va unida, no puede ser abandonada en manos privadas sin daño del bienestar público». De esta manera, y con notable parecido con las prescripciones sobre la propiedad en la constitución de Weimar, llegan entre sí a una especie de compromiso el derecho natural individualista de la propiedad, la ética social de ésta y la posibilidad de regulación jurídico-positiva, tanto de su uso, atendido a fines sociales, como de su expropiación por causa so-

autónomamente sobre esta regulación. Ahora bien, en cuanto aquel Derecho Natural contra el que la teoría legal se dirige es de impronta individualista, sólo puede ser entendida la teoría legal en el sentido de la teoría social de la propiedad.

cial. También en el art. 153 de la constitución del Reich se garantiza ante todo la propiedad individualista, pero uniendo a esta garantía el deber ético de un uso social. «La propiedad obliga. Su uso ha de constituir, al mismo tiempo, un servicio para el bien común.» «Este precepto liga al ciudadano sólo moralmente, al juez como regla interpretativa, y al legislador como precepto jurídico director.» (GIESE). La ley guiada por puntos de vista sociales aparece, pues, como el tercer poder jurídicamente determinante de la propiedad: «Su contenido y sus límites derivan de la ley.» La legislación está facultada para elevar del plano moral de vigencia al jurídico, la «hipoteca social de la propiedad». Con ello alcanza la función social, todavía en manos de la Ética, un camino para transformarse en deber jurídico. Ciertamente, los deberes sociales de la propiedad no están bajo la sanción de una ley vigente, sino más bien bajo la sanción de una ley posible; es decir, está permitida la posibilidad de estas sanciones. Así pues, también para la consideración jurídica aparece hoy la propiedad privada como un espacio libre para la iniciativa particular, confiado al individuo por la comunidad, pero confiado sólo en expectativa de un uso social y, por tanto, retirable, siempre que dicha expectativa no se cumpla; es decir, se trata de un derecho limitado y condicionado y no de un derecho «sagrado e inviolable», ilimitado y justificado por sí mismo.

Hasta qué punto la función social de la propiedad puede conciliarse con su función individual y en qué medida los inevitables abusos individuales pueden llevar a la compulsión en beneficio de la función social de la propiedad y a entregar determinados objetos —minas, tierras y medios de producción— a la comu-

nidad, todos estos son problemas de la ciencia de hechos de la Economía y no de la ciencia de valores de la Filosofía jurídica; es decir, problemas, no del fin, sino de la posibilidad de su logro, problemas a los que justamente por eso ha de responderse de un modo unívoco, pero cuya respuesta no es objeto de nuestra profesión.

*¿No es bastante que mi palabra dada
haya de jugar eternamente con mis días?
¿Van a seguir todas las corrientes del
mundo, y ha de pararme a mí un
contrato?
FAUSTO.*

19 El Contrato.

Estática y dinámica de la vida jurídica. El contrato social y el contrato de derecho privado. Teorías de la voluntad y de la declaración.

El derecho real y el derecho personal aparecen en el mundo jurídico, por decirlo así, como fuerza y materia: el derecho real es el elemento quieto, el derecho personal, el elemento móvil del mundo jurídico. El derecho de obligación lleva en sí el germen de su propia muerte; desaparece en el momento que alcanza el cumplimiento de su fin. El derecho real, sobre todo la propiedad, se establece con una situación de permanencia; continúa existiendo aunque se cumpla su contenido. Por eso, la vida jurídica es estática, siempre que preferentemente se funde sobre el derecho real; en cambio, es dinámica siempre que el derecho de obligación constituya su principal fundamento. La vida jurídica fue estática durante el tiempo en que la ordenación del trabajo se fundaba en la propiedad, durante todo el tiempo en que el trabajador era propietario de los medios de trabajo y de los productos del mismo, o bien durante aquel tiempo en que el señor era propietario de los tra-

bajadores, como esclavos. Dinámica, en cambio, es la vida jurídica capitalista de la actualidad. La propiedad se transforma en capital cuando confiere poder no simplemente sobre las cosas, sino sobre los hombres. En la ordenación económica capitalista la libertad de propiedad opera preferentemente como libertad contractual, la propiedad deviene el punto medio económico de las relaciones contractuales que confieren poder, de las relaciones contractuales que constituyen las «instituciones conexas de la propiedad» (1), bien sea en el contrato de trabajo, donde la propiedad atrae al trabajo, bien sea en el contrato de préstamo, en el que el trabajo atrae a la propiedad. Los valores económicos están en un movimiento incesante, desde un derecho personal a otro; su estado de reposo y quietud en un derecho real se acorta cada vez más—aun el estado económico final, la inversión de capital, tiene la forma jurídica del derecho de obligaciones. La inquietud dinámica de semejante vida jurídica, en la que los objetos jurídicos están en incesante movimiento, contrasta con el estado estacionario y estático de una vida jurídica, en la que para toda regla, los objetos del derecho están ligados a un determinado punto del mundo jurídico.

La palanca de todo este mundo agitado es el libre contrato. Si quiere comprenderse bien su esencia, conviene darse cuenta de la situación que el Derecho Natural le asignó en su sistema.

Para el derecho natural era el contrato el fundamento de todo derecho, la solución del problema básico de la filosofía jurídica individualista: ¿cómo es po-

(1) S. KARL RENNER, obra citada, p. 43 ss.

sible que el derecho que existe sólo para servir a los individuos, pueda, sin embargo, ligar y obligar a estos mismos individuos? Fundar el Estado con su poder coactivo sobre un contrato entre sus miembros, significó al parecer, mostrar, en fin de cuentas, toda obligación como un autoobligarse. Con el contrato social pareció felizmente lograda la reducción de toda heteronomía o autonomía y con ella la disolución de todo derecho público en el derecho privado. Mas, en verdad, no se superó en modo alguno la heteronomía, ni se fundamentó tampoco la autonomía, ni muchísimo menos la autonomía en el sentido en que aquí se la pensaba. Pues si la autonomía no significa otra cosa que la obligatoriedad del deber que uno mismo reconoce, aquí se la tomaba en el otro sentido completamente distinto de un autoobligarse. Ahora bien, la voluntad en el contrato es, desde luego, una voluntad de ligarse u obligarse, pero no ya por sí obligación. La voluntad jamás puede producir una obligatoriedad, no ya la voluntad ajena, sino aun la propia; todo lo más que puede es querer ocasionar la situación de hecho a la que una norma, que está por encima de ella, une la obligatoriedad. No es, por consiguiente, el contrato el que obliga, sino la ley es la que obliga en el contrato. El vínculo contractual no es apropiado para servir de fundamento a la sujeción a la ley, sino que más bien supone ya esa sujeción a la ley.

Empero, todavía en un sentido mucho más tosco continúa como heterónimo el contrato social: las voluntades obligantes y las obligadas no son en él idénticas. Al contrato social están sometidos los individuos reales y concretos, empero como sus contrayentes fueron fingidos individuos pensados como racionales, per-

siguiendo sólo su verdadero interés. El contrato social no pretende ser un hecho, sino sólo un patrón: no debe afirmarse que el Estado ha surgido de un contrato real entre hombres reales, sino sólo que el valor del Estado tiene que medirse por el intento, alcanzado o malogrado, de idearle como nacido de un contrato entre hombres, pensados como puros seres racionales. En el contrato social se nos presenta, pues, una sujeción heterónoma de individuos empíricos por la voluntad fingida de unos seres racionales también fingidos. La comparación del contrato social así analizado, con el contrato corriente de derecho privado es sumamente instructiva. La voluntad contractual en derecho privado es apenas menos ficticia que la voluntad de los contrayentes en el contrato social, y quizá en un aspecto aún más ficticia. Mientras que el Estado tiene que dejarse medir en todos los momentos de su vida con el patrón del contrato social, mientras que el contrato social no puede pensarse nunca como cerrado en un momento determinado, sino como susceptible en todo momento de concluirse, el contrato de derecho privado pertenece, por el contrario, a un momento determinado en el tiempo. Ahora bien, a partir de este momento obliga permanentemente, y esto significa que en él, en mayor grado que en el contrato social, la voluntad obligante y la obligada no coinciden: la voluntad obligante es la voluntad de ayer, la voluntad obligada es la voluntad de hoy y mañana. La voluntad obligada es la voluntad inconstante, la empírica; la voluntad obligante es la voluntad pensada como consecuente; el hoy quiere lo que el ayer quiso— por consiguiente, una voluntad fingida. La voluntad no se obliga, pues, a sí misma, más bien la voluntad empírica y variable queda obligada por la

voluntad fingida como constante. La obligación contractual no es, por tanto, autonomía, sino heteronomía.

Si se quiere, sin embargo, explicar como menos ficticia la voluntad contractual del contrato de derecho privado que la voluntad contractual del contrato social, porque allí, al menos una vez, se supone un *factum*, la declaración real de voluntad de hombres reales, mientras que en la ficción del pacto social no es necesario hecho alguno del que partir, se exageraría enormemente la distinción. Pues por una parte también el contrato social se liga a un hecho: sólo quien pertenece a un Estado puede ser fingido como contrayente del pacto social; sólo a él puede imputársele como querido todo lo que comprende el fingido contrato social. Y, por otra parte, también a la manifestación real de voluntad del contrayente del contrato de derecho privado se enlaza una interpretación que tiene por querido todo lo que de un modo consecuente está ligado a lo querido o tiene que quererse también. De esta manera, por un lado, se considera permanente la voluntad de los contrayentes del contrato de derecho privado, que se declaró una vez en un momento determinado y, por otro lado, se imputan a este contrayente, como queridas por él, todas las derivaciones que sean consecuencia de la declaración de voluntad. La voluntad del contrayente es, en buena parte, la imputación que se le hace de la voluntad del legislador. Su voluntad no se obliga por sí, sino que la ley la sujeta a su voluntad propia.

Estas consideraciones nos abren camino a la concepción de que la teoría de la voluntad en el contrato de derecho privado, la doctrina de la limitación de la obligatoriedad del contrato al ámbito de lo empírica-

mente querido por el contrayente, no es, en todo caso, de necesidad conceptual lógico-jurídica o jusnaturalista. La voluntad no obliga, sino más bien, en tanto que la obligatoriedad del contrato está sujeta a la voluntad, queda la voluntad sujeta a él por causa de la ley. La teoría legal es la doctrina justa, lo mismo para la propiedad que para el contrato. Pero sobre el suelo de la teoría legal surge de nuevo la lucha, más de principios filosófico-jurídicos que de conceptos lógico-jurídicos, entre la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración. ¿En qué medida debe la ley declarar decisivas para la obligatoriedad del contrato, bien a la declaración, ya a la voluntad? En esta lucha están frente a frente los intereses de la autonomía privada y los del comercio jurídico, la libertad individual y la paz social, o, más brevemente, las concepciones jurídicas individualista y social (2). La concepción jurídica individualista, sostiene, por una parte, que los contratos sólo obligan en lo que la voluntad contractual alcanza (teoría de la voluntad); y, por otra, que los contratos siempre obligan en todo aquello a que la voluntad se extiende (libertad contractual). La concepción social del derecho opone a esta doctrina estas otras dos proposiciones: que el contrato, no sólo puede obligar en lo que alcanza la voluntad contractual, sino en la medida a que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración (teoría de la declaración) y que los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello a que la voluntad contractual se extiende, sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios (limitacio-

(2) S. GYSIN, *Das Rechtsgeschäft in der modernen jurisprudence* (El negocio jurídico en la moderna jurisprudencia), 1929, p. 38.

nes de la libertad contractual). Las limitaciones legales de la libertad contractual se mostraron, pues, como necesarias, porque en un proceso dialéctico la libertad contractual se limitó a sí misma, anulándose muchas veces. Desde el principio le fueron impuestas limitaciones por el medio social en que se movía, por el niilieu contractual (3). En el contrato de compraventa, por ejemplo, el precio no se determina sólo por ambos contrayentes, sino por todos aquellos que concluyen contratos sobre objetos de la misma especie, es decir, por el mercado. Además, la libertad contractual sólo podría ser una libertad de contrato igual para todos en una sociedad de pequeños burgueses equiparados todos en su fuerza social. Pero en cuanto los contrayentes se enfrentaron como propietarios y no propietarios, la libertad contractual se convirtió en una libertad de imposición al dictado para los socialmente poderosos, y en un someterse al dictado para los débiles de la sociedad. A medida que la economía capitalista se transformaba de libre en entrelazada y sujeta, se iba limitando la libertad contractual de los individuos por el señorío de las asociaciones. Y si fue la libertad contractual la que hizo posible la floración de asociaciones de todas clases, son ahora, por su parte, estas asociaciones las que crean cada vez más estrechos límites a la libertad de contratación (4).

Si de esta manera la libertad jurídica de contratación se convirtió en una servidumbre social contrac-

(3) S. EMMANUEL Lévy, *La Vision Socialiste du Droit*, 1926, p. 99.

(4) PAPPENHEIM, *Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts* (La libertad de contratación y el moderno desarrollo del comercio jurídico). Publicación en homenaje a George Cohn, 1915, p. 29 ss.

tual, surge ahora ante la ley la tarea de erigir de nuevo la libertad social contractual por medio de limitación de la libertad jurídica de contratación: en la forma de preceptos que establecen la nulidad de determinadas cláusulas, en forma de facultad de rescisión otorgada a determinadas autoridades, en la forma de determinaciones legales obligatorias, o de contratos colectivos ineludibles, o en la forma de los contratos impuestos y de los contratos forzosos. Nuevos dominios jurídicos, como el derecho del trabajo y el derecho económico, aparecen en último extremo como un precipitado de las limitaciones actuales de la libertad contractual. De igual manera que la propiedad, se concibe también a la libertad contractual en los límites de la ley, y con ello el interés individual en los límites del interés social, tal, por ejemplo, el art. 152 de la Constitución alemana: «En el comercio económico rige la libertad contractual dentro de los límites de la ley» (5).

(5) Cf. DARMSTAEDTER, Sozialwirtschaftl. Theorie und Sozialwirtschaftl. Praxis des Kapitalistischen Zeitalters (Teoría y práctica económico-social de la época capitalista), Arch. f. R. und Wph., t. 25, p. 180 ss.

He aquí también lo trágico del fenómeno fundamental, el que la vida se crea una forma que le es indispensable, pero que por el hecho de ser forma es hostil, tanto a la movilidad como a la individualidad de la vida. La vieja forma está caducada y la nueva no creada todavía, por eso se cree encontrar en lo informe la expresión de esa vida pujante...

GEORG Simmel.

20 El Matrimonio.

El problema. La concepción supraindividualista del matrimonio. (Encíclica «Casto Connubii». Constitución de Weimar). La concepción individualista. El derecho soviético.

En parte alguna se muestra con mayor claridad la «determinación material de la idea» (p. 14), la dependencia en que están las ideas jurídicas de los datos reales (1), como en el derecho matrimonial. En el matrimonio hay frente al derecho una situación de hecho natural y social con una fuerte legalidad propia natural y sociológica, situación que el derecho es incapaz de formar de modo absoluto, antes bien, ha de acomodarse a ella en cierto sentido. No fué, por tanto, mera casualidad el que el jurista romano introdujera como

(1) Cf. Eugen Huber, Über die Realien der Gesetzgebung (Sobre los datos reales del derecho), Zeitschr. f. R. Ph., t. I, 1914, p. 39.

ejemplo del derecho natural —de lo que por ser de acuerdo con la naturaleza de las cosas es ineludible para el legislador— a la comunidad de sexos para la procreación y educación de los hijos: «hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio». El tema de la filosofía del derecho sólo puede ser, de qué manera el derecho debe y puede acomodarse a esta situación de hecho natural y social que se presenta como un dato; la sumisión a la crítica de esa misma situación de hecho nos daría la tarea de una filosofía social del matrimonio.

Esta tarea filosófico-jurídica es en la actualidad singularmente dificultosa, porque ese mismo sustrato natural y social del matrimonio está ahora en movimiento. Al fundamento natural del matrimonio y la familia, las relaciones de sexo y descendencia, se superpuso una capa sociológica que fue decisiva para la forma jurídica del matrimonio; consecuencia de esto fue que unas veces se apreciara a la relación sexual natural y constante como matrimonio jurídicamente reconocido, y otras como concubinato rechazado por el derecho, y que a la relación natural y constante de descendencia se la considerara ya como filiación legítima, ya como ilegítima. La evolución a que asistimos como testigos estriba en el derrumbe de aquella intermedia capa sociológica, y con ello la aproximación cada vez más inmediata del derecho matrimonial a sus fundamentos naturales.

¿De qué manera se ha llevado a cabo ese derrumbe? La evolución precapitalista conoció todavía el hogar y la granja como unidades económicas, como células originarias del cuerpo económico, tanto en la ma-

nufactura como en la agricultura. El hombre y la mujer, los padres y los hijos estaban al par divididos y unidos en la común tarea económica. El capitalismo hizo saltar en añicos a la comunidad de producción de la casa, la granja y la familia. Grupos sociológicos de mayor potencia, las nuevas unidades económicas, las empresas, arrancaron a los individuos de la familia para convertirlos en miembros de esas otras unidades económicas. El hombre marchó a la fábrica, la mujer prestaba servicios en hogares ajenos, la hija se colocó como vendedora en un almacén y el hijo quizá servía de recadero en la oficina—la familia cesó de constituir un grupo sociológico con propia tarea productora. Quedó, aunque en grado disminuido, como comunidad de consumo y despojada cada vez más de ciertas artes económicas de consumo: hilar, tejer, cuidar de los candiles, lavar, panificar, cría de aves, conservas; ya todo esto son cosas que escaparon a la economía casera para convertirse en diversas actividades profesionales; en fin, hasta la misma tarea educativa de la familia vino a realizarse ahora por los diversos y graduados tipos de escuelas. A causa de todo esto la familia pierde más y más el carácter de un organismo, de una individualidad. Numerosas familias viven en la misma casa de vecindad, disolviéndose todas en una comunidad de «escalera y patio», tan informe como llena de rozamientos. La familia ha perdido su estructura, convirtiéndose en una mera relación entre sus miembros, mientras que en torno de ella tratan continuamente de formarse nuevas comunidades de trabajo, profesionales y políticas. El esfuerzo por deducir las consecuencias culturales y jurídicas de semejante disolución individualista de la familia fundada en un proceso

económico, tiene su expresión en el feminismo y el movimiento juvenil (Jugendbewegung). Toda la problemática del actual estado del matrimonio y la educación, está encerrada cabalmente en esta evolución del matrimonio y la familia de comunidades que eran, a ser ahora simples relaciones en las que, hombre y mujer, padres e hijos, sin trabazón originada por una tarea material común, se enfrentan unos a otros sin más lazos que los exclusivamente personales, psicológicos y fisiológicos (2).

La dificultad que el derecho tiene para captar el contenido material y social del matrimonio no estriba sólo en la movilidad en que ahora éste se encuentra, sino porque ya por sí es extremadamente complejo y ofrece al derecho los más diversos puntos de vista. El derecho puede considerar al matrimonio como una comunidad de vida sexual, erótica o ética, en sus relaciones paterno-filiales, como centro de educación y como órgano de una política de población, como comunidad económica, como célula originaria cultural y social de la sociedad, como institución terrena y estatal o como institución religiosa y eclesiástica, con la particularidad, además, de que desde cada uno de estos puntos de vista tiene que formarse el derecho matrimonial de un modo completamente distinto (3). Sin embargo, todas estas concepciones jurídicas sobre el matrimonio y la familia pueden dividirse en los dos grandes grupos supraindividualista e individualista. La concepción

(2) Cf. la descripción de la disolución de la familia en RENNER, obra citada, p. 34 ss., y en particular la conmovedora pintura de la familia proletaria, p. 133 s.

(3) En la misma dirección pueden leerse las bellas páginas de Gundolf, Goethe, 10ª ed., 1922, p. 566. (Hay traducción francesa).

individualista se representa el matrimonio en la forma de una relación contractual, que los cónyuges celebran entre sí; la supraindividualista lo ve como un estado o condición matrimonial en el que los contrayentes penetran. En aquélla predomina, como punto de partida, la relación de los cónyuges, en esta última la relación con los hijos.

La concepción supraindividualista se expone con extraordinaria plenitud en la doctrina católica del matrimonio, tal como se expresó últimamente con la Encíclica «Casti connubii» (1930). Esta Encíclica, de acuerdo con el derecho canónico (Cg. C^{co}, canon 1013, § 1), declara: «El fin primario del matrimonio es la procreación y educación de los hijos, fines secundarios: darse mutuo auxilio, la conservación del amor matrimonial, y el remedio de la concupiscencia, fines cuyo fomento no está impedido en modo alguno a los cónyuges, siempre que se respete la naturaleza del acto y su subordinación al fin primario del matrimonio.» Correspondiendo a estos fines del matrimonio, se determina la participación que en él han de tener por una parte la voluntad de los cónyuges y, por otra, la Ley. La libertad de los cónyuges «sólo tiene este contenido: si los cónyuges celebran realmente matrimonio y si lo quieren celebrar con esta persona. Por el contrario, la esencia del matrimonio está completamente sustraída a la libertad del hombre, de tal manera, que cada uno, luego de celebrado el matrimonio, tiene que someterse a las leyes que Dios le otorgó y sus propiedades esenciales». De esta concepción del matrimonio como un estado matrimonial que está por cima de la libertad contractual de los cónyuges, se deriva la negación de las consecuencias del carácter contractual del matrimo-

nio, tanto la equiparación jurídica de los cónyuges, como la disolubilidad del matrimonio por causa de lesión del contrato o por contrato opuesto. El matrimonio cristiano, es «una imagen sensible de la perfecta unidad entre Cristo y la Iglesia», e igual que Cristo es la cabeza de la Iglesia, es el hombre la cabeza de la mujer, y de modo parejo a como Cristo es indisoluble de la Iglesia, lo son entre sí también los dos cónyuges. Tanto en su nacimiento como en su regulación, pertenece el matrimonio exclusivamente a la Iglesia, tanto en su origen como Sacramento, como en su fin: «cuidar de la conservación y desarrollo del género humano sobre la tierra, ganar adoradores del Dios verdadero y conducir al advenimiento de la Iglesia de Cristo».

Si de acuerdo con sus mandamientos religiosos y eclesiásticos, para la concepción católica la familia está por encima del Estado, en cambio para la concepción conservadora-política la familia se subordina por completo a los fines estatales. Todavía los preceptos de la Constitución alemana están bajo el influjo de la concepción conservadora (4). Según el art. 119, lo mismo que en el canon 1013, § I del Código canónico, el matrimonio sirve al doble fin de la procreación y educación de los hijos —pues si en él se encontró «el fundamento de la vida familiar» y de «la conservación y aumento de la nación», hay que relacionar esta caracterización con la regulación de las tareas educativas de la familia dada por el artículo 120. Empero, ambos fines están en la Constitución en una relación terreno-estatal, a diferencia de los preceptos del Código canónico,

(4) Wieroszuwski en la obra de Nipperdey, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* (Derechos y deberes fundamentales en la Constitución alemana), t. 2, 1930, p. 72 ss.

concebidos desde una perspectiva eclesiástico-religiosa; así como fue caracterizada la tarea de política de población de la familia con la frase «conservación y aumento de la nación», de modo paralelo se concibió de una manera puramente terrena y estatal su tarea educativa, tanto en la dirección de sus fines: «educación social», como en sus órganos: «tutela por la comunidad política». De modo parejo a la concepción del matrimonio en la Encíclica papal, en la Constitución weimariana se expresa el carácter supraindividualista del matrimonio en su preocupación por el hijo, y en medida extrema al considerar como su fin la riqueza en hijos, «la conservación y aumento de la nación», es decir, si no aumento, por lo menos ninguna disminución en la cifra de la población. Para la idea de que ciertas relaciones, especialmente económicas, pudieran ordenar una limitación de las cifras de población, no hay lugar alguno, como tampoco para la idea de que por fundamentos eugenésicos pudiera preferirse la calidad de las criaturas a su cantidad. Una teoría puramente cuantitativa de la política de población sólo es conciliable con una concepción supraindividualista del Estado, que considere como su fin, no la plenitud y felicidad de sus miembros, sino la fuerza militar y económica de la nación, la expansiva presión de su pueblo contra las fronteras que impida toda aceptación de la presión pobladora de otras naciones. La Constitución alemana ha hecho, ciertamente, una concesión a la concepción individualista del matrimonio: La concepción supraindividualista acostumbra a traducir la supraordinación del estado matrimonial sobre los intereses de los cónyuges, con la superioridad de rango otorgada al marido sobre la mujer, en cambio la Cons-

titución alemana, correspondiendo a la concepción contractual del matrimonio, declara la «equiparación jurídica de ambos sexos».

Si la concepción supraindividualista considera ante todo en el matrimonio la comunidad para la propagación, la concepción individualista se caracteriza como comunidad de amor. Con la ascensión del liberalismo se introduce el ideal del matrimonio de amor, que busca en el contrato, pensamiento favorito del derecho natural, su forma jurídica (5). Matrimonio de amor y forma jurídica están, sin embargo, en una contradicción difícilmente superable. Lo erótico, el fenómeno más voluntarioso y lleno de capricho, y el derecho, la ordenación más racional y consecuente de la vida humana en común, difícilmente pueden tolerarse como forma y materia. Lo erótico puede ser éxtasis o puro goce sin pasión, puede ser mística o juego aéreo y sereno; sólo una cosa se defiende de ser con toda su esencia: «deber conyugal». Por eso, parece que el matrimonio de amor tiene que serlo sin trabas de derecho, nada de matrimonio sobre el que pesen compulsiones, sino matrimonio de conciencia, y mejor aun que matrimonio de conciencia «amor libre». De esta manera parece insertarse en aquella serie de fenómenos de los que siempre se apartó el derecho porque su esencia pertenece a la intimidad humana, intimidad que le es inaccesible: amistad y sociabilidad, arte y ciencia, moral y religión.

Con la negación del derecho matrimonial, con la exigencia del amor libre, no se ha pronunciado aún la

(5) FRIEDRICH ENGELS, *Der Ursprung der Familie, etc.* (El origen de la familia, la propiedad y el Estado), 20ª ed., p. 70 ss.

última palabra de una concepción individualista del matrimonio. Lo erótico sitúa al derecho ante un dilema: el amor, hecho anímico perecedero y variable, cabalmente en sus formas supremas, adquiere en la permanencia su contenido consciente, es más, pretende la eternidad. Aunque sepamos de lo perecedero del amor, cada nuevo amor cree ser eterno. Para esta creencia de eternidad en el amor, vale lo que ocurre con la conciencia de libertad en la voluntad (6): aunque sepamos de modo irrefutable la carencia de libertad en la voluntad, continuamente la vivimos como libre; de igual modo el amor más fugaz se vive a sí mismo continuamente y siempre como eterno. Si el amor rechaza en su fugacidad la sujeción jurídica, por su pretensión de eternidad aspira, en cambio, a estar trabado y sujeto. El amor está, pues, con el matrimonio en una dúplice y extraña relación: en cuanto que al mismo tiempo le opone resistencia y en él busca su plena realización. En este sentido el derecho matrimonial y sus ligaduras pueden encontrar apoyo en el contenido de conciencia y de voluntad de lo amoroso.

Su tarea consistiría en apoyar por su parte la conciencia y la voluntad de eternidad de lo amoroso, llevarlos de la ilusión a la realidad —no de otra suerte que lo ético, que suponiendo la libertad, produce realmente esta libertad con la frase: tú puedes, luego tú debes. Esta tarea del matrimonio no es, por eso, una tarea infinita, sino realizable y esto porque la relación erótica se liga insensiblemente en el matrimonio con una multitud de relaciones materiales, las cuales, por

(6) Sobre el problema de la libertad consúltense la primera edición de este libro, 1914, p. 64.

ser de contenido durable, colman las lagunas y variaciones de la relación amorosa, sobrepasando sus últimos fulgores: intereses comunes de las más diversas clases y, sobre todo, los paternos sustituyen al originario fundamento emocional, subjetivo y quebradizo del matrimonio, por un fundamento firme, permanente, en continuo fortalecimiento (7).

Esta concepción jurídica del matrimonio es, sin embargo, incapaz de superar su problemática. Las formas jurídicas suelen estar concebidas para el caso medio de los fenómenos sociales, empero, esta forma jurídica del matrimonio que acabamos de describir está orientada hacia un caso ideal. La crisis actual del matrimonio estriba, por eso, cabalmente, en que esta forma jurídica del matrimonio moldeada para un caso ideal, en el caso que el ideal no se realice constituye una fatalidad para los cónyuges, y no sólo en casos de infelicidad excepcionales, sino en el término medio de los casos; está incluida, pues, de un modo consecuente en aquella fundamentación del matrimonio la exigencia de su indisolubilidad; indisolubilidad, que cuando la ilusoria pretensión de eternidad de la vivencia amorosa no se reafirma más tarde en la realidad de los intereses comunes paternos y otros, tiene que convertirse en una cárcel. Por eso, representantes de esta concepción se han visto obligados a hacer concesiones a esa fugacidad del amor que su pretensión de eternidad nunca puede eliminar del todo, tales como mayor ampliación del divorcio, la introducción del principio de mutuo disenso en vez del de culpa, los proyectos sobre

(7) Cf. MARIANNE WEBER, *Die Idee der Ehe und die Ehescheidung* (La idea del matrimonio y el divorcio), 1929.

matrimonio temporal, matrimonio a prueba y matrimonio de camaradas.

En esta dirección del matrimonio contractual, casi sin lazos jurídicos, la forma más radical se contiene en el derecho matrimonial de la Rusia soviética (8): contracción libre de formas de la relación matrimonial, con disolubilidad libre también de toda forma y condición. Para su contracción no es necesaria la asistencia del Estado; su registro significa una facilitación de la prueba, pero no un supuesto de su existencia. El matrimonio es un estado de hecho y no constituye ya más por sí una relación jurídica, sino sólo una situación de hecho (*tatbestand*) para efectos jurídicos. En el «matrimonio de hecho» cesa la oposición hasta ahora existente entre matrimonio y concubinato y con ello, si queda disminuía por una parte la fuerza jurídica ligante del matrimonio, en cambio, por otra, se logra que la seguridad jurídica sustituya a la indiferencia jurídica del concubinato. Correspondiendo a su carácter contractual, rige en el matrimonio la más completa equiparación de los cónyuges, el deber recíproco de mantenimiento y recíproca participación en las ganancias. Finalmente, este matrimonio no ligado a determinados supuestos y a ciertas formas se disuelve tanto por el mutuo disenso, como por el deseo unilateral de uno de los cónyuges: también aquí el Registro no tiene significación constitutiva sino declaratoria. «Se cree encontrar en lo informe la expresión adecuada de esa vida pujante.» (SIMMEL).

(8) Cf. FREUND, *Zivilrecht der Sowjetunion* (El derecho civil de la Unión soviética), 1927, y la apreciación clara e imparcial de AGNES MARTEN-EDELMANN, *Zeitschr. f. Religion und Sozialismus*, 1931, p. 38.

La forma jurídica del matrimonio en la Rusia soviética responde a las exigencias que ya AUGUSTO BEBEL había formulado en su famoso libro «La mujer y el socialismo». Era para él el matrimonio «un contrato privado, sin intervención de funcionario». Puede parecer chocante que el socialismo, tan inclinado en todas partes a subrayar el carácter social de las relaciones jurídicas y la finalidad social de las mismas instituciones de derecho privado, se esfuerce por otorgar al matrimonio una estructura puramente individualista, desestatizada y desocializada. Mas la disolución individualista del matrimonio y de la familia, no es una exigencia del socialismo, sino, tal como se describió al comienzo de este capítulo, un resultado de la evolución capitalista. El socialismo, de acuerdo con su tendencia de adaptar la forma jurídica a la realidad social, se limita en sus exigencias respecto al matrimonio a deducir las consecuencias de una situación social dada. La evolución jurídica de la familia no significa para el socialismo pura y simplemente una desocialización de relaciones sociales hasta aquí existentes, sino, al mismo tiempo, una sustitución de unas formas sociales por otras. Este sentido verdadero de su concepción jurídica de la familia, nos lo patentiza con toda claridad una mirada hacia el derecho regulador de la enseñanza. En el Código civil la enseñanza está toda basada todavía en el poder paterno, sobre un derecho originario de los padres. Todavía la Constitución (alemana), en su art. 120, la declara «deber supremo y derecho natural de los padres, cuyo ejercicio está vigilado por la comunidad estatal». Pero las leyes reguladoras de la beneficencia infantil y de los tribunales para niños, muestran, si no en sus manifestaciones, sí en su regulación, un

desplazamiento del derecho paterno a la comunidad estatal. A tenor de sus preceptos, la educación familiar es, en último extremo, tan sólo una entrega confiada hecha por la comunidad, siempre sobre el supuesto de que se ejercitará de acuerdo con los intereses de la comunidad, y retirable, por tanto, cuando a esa confianza se responda con el engaño. De esta manera, el nuevo derecho de la educación limita los derechos de los pequeños grupos, sólo para ensanchar los derechos del grupo social total. De tal suerte se acomoda por completo a la evolución del derecho social.

La colaboración y la pugna entre las funciones individual y social, tal como la hemos observado en los derechos contractual, matrimonial y de la propiedad, es lo que constituye, también, por último, el «leit motiv» del derecho hereditario, de que seguidamente trataremos.

*Debería uno avergonzarse de morir
millonario.
CARNEGIE.*

21 El Derecho hereditario.

Libertad de testar, sucesión abintestato, herencia forzosa y aglomeración forzosa de herencia, en sus relaciones con las concepciones individualista, supraindividualista y transpersonal.

Una unidad económica, empresa industrial, comercial o agraria, no puede existir únicamente en beneficio del interés adquisitivo de su propietario, sino que ha de estar también «al servicio del bienestar común». Esta función social de la unidad económica hace aparecer como deseable la continuación de su estado luego de la muerte de su propietario. Significaría un considerable e improductivo dispendio de fuerzas, el que las unidades económicas con que la sociedad misma se organiza, pudieran desaparecer con los hombres que las sostuvieron y hubieran de ser continuamente creadas por nuevos hombres. En toda sociedad ha de estar, por eso, jurídicamente regulada la sustitución por otro del propietario fallecido de una unidad económica. Toda sociedad necesita un «orden sucesorio» (1). La forma individualista de este orden sucesorio es el derecho hereditario. Lo mismo que el derecho de propiedad, se construye el derecho hereditario sobre la idea de una

(1) Para esto y lo siguiente, KARL RENNER, obra citada, p. 134 ss.

armonía preestablecida entre el interés individual y el social. El interés del causante, tal como se expresa en el testamento, y el interés de la familia, base de la sucesión intestada, marchan de acuerdo, según esta opinión, con el interés social. La videncia del carácter ilusorio de este supuesto y el esfuerzo por lograr una garantía auténtica a la función social, han penetrado hasta ahora mucho menos en el derecho hereditario que en la propiedad. Esto puede explicarse porque hoy el derecho hereditario es un compromiso no muy claro entre sistemas y principios opuestos; en él se mezclan diversas formas sucesorias: la libertad de testar y la sucesión intestada, el sistema de legítimas y el de aglomeración forzosa de herencia (2) y esto por la penetración casi indesentrañable de los diversos fines individuales, sociales y familiares, concebidos estos últimos, a su vez, bien sobre la concepción individualista, ora sobre la supraindividualista de la familia (3).

El principio individualista del derecho hereditario es el de la libertad de testar. Es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte. Si con ello aparece la herencia testada como la forma primaria del derecho hereditario, la herencia abintestato por ausencia de testamento tiene que fundarse en la presunción de que la sucesión de los más próximos parientes corresponde a la voluntad no otor-

(2) La distinción entre estas tres formas de sucesión según ANTON MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (El derecho civil y las clases desheredadas, trad. esp. de D. A. POSADA. Suárez), 4ª ed., p. 124 ss.

(3) Sobre los preceptos fundamentales del derecho hereditario, véase BÖHMER, en la obra de Nipperdeys; *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung* (Derechos y deberes fundamentales en la Constitución del Reich), vol. 3. 1930, p. 262 ss.

gada del causante. Empero, tanto la sucesión intestada como el sistema de legítimas, son también susceptibles de una fundamentación inmediata individualista y no ciertamente desde el punto de vista del causante, sino desde el del heredero. En una época en que se desconocía la necesidad imperiosa de los desplazamientos de la vida por causa de la economía, se acostumbraba a aludir, en vista a aquella fundamentación, a que las necesidades, el estilo vital, la personalidad de aquellos que participaron de la vida del causante se habían formado sobre la base de sus relaciones patrimoniales, que por causa de esto estaba justificado considerar a aquel patrimonio como una especie de patrimonio familiar y que cabalmente, por tanto, los miembros de la familia con sus «pretensiones inculcadas por educación», tenían un derecho sociológicamente fundado a continuar en el goce del patrimonio familiar luego de la muerte del cabeza de familia (4). Aunque este razonamiento, demasiado en los límites de una «vida sin riesgos», pudiera ser aceptado en general, tendría validez en todo caso para un círculo muy estrecho de parientes, para los parientes partícipes del hogar del causante o por él mantenidos, pero en cambio, sería inapropiado para fundamentar la actual sucesión abintestato ilimitada en el grado de parentesco, es decir, el derecho hereditario de los llamados «herederos gozosos» apenas sin vínculos con el causante. Desde el momento en que la «familia» de todos los unidos por el mismo nombre y la misma sangre —con excepción de ciertos días familiares, escasos entre las familias nobles y más aún entre

(4) Cf. SCHÄFFLE, *Kapitalismus und Sozialismus* (Capitalismo y socialismo), 1870, 4ª conf.^a.

las burguesas—, dejó de ser una realidad sociológica, la sucesión abintestato ilimitada perdió la base sobre la que se apoyaba (5).

La función familiar del derecho hereditario puede fundamentarse no sólo desde el punto de vista del individualismo, sino también desde el del supraindividualismo. La familia, entonces, no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes, sino una totalidad suprapersonal por cima de dichos hombres, que no puede estar limitada al círculo de aquellas relaciones personales, sino que más bien abraza en una unidad, sobre la distancia de los tiempos a las generaciones presentes y pasadas y sobre las diferencias de los grados a todos los parientes próximos y lejanos. Expresiones sensibles de semejante concepción familiar son el «escudo inmaculado» y el «honrado apellido» de la familia, a los que el individuo debe respeto y sacrificio. Ahora bien, si el derecho hereditario tiene que constituir el fundamento material de la pervivencia sociológica de una familia así entendida, asegurando el «esplendor familiar», tiene entonces que mantenerse indiviso el patrimonio hereditario. Lo que en la concepción individualista de la función familiar del derecho hereditario obligaba a la admisión del sistema de legítimas, lleva en la concepción supraindividualista a admitir la aglomeración forzosa de la herencia, el fideicomiso y el derecho hereditario integral.

En este punto surge la contradicción con el punto de vista de la concepción igualitaria democrática, tal

(5) Cf. las publicaciones de GEORG BAMBERGER, *Für das Erbrecht des Reiches* (Para la reforma del derecho hereditario del Reich), 1912; *Erbrecht des Reiches und Erbschaftssteuer* (El derecho h. del R. y el impuesto sobre la herencia), 1917.

como halló consecuente expresión en la abolición del fideicomiso establecido por el art. 155 de la Constitución del Reich. Empero, no sólo en la forma del fideicomiso crea el derecho hereditario la riqueza de unos pocos y en el lado opuesto la multitud enorme de los «desheredados», sino que la herencia de la riqueza significa en el otro extremo del orden social la herencia de la pobreza. De la existencia del derecho hereditario depende —dice WALTER RATHENAU— (6) «la esencia toda de nuestra estructura social, la permanencia inanimada, completamente invariable, en la distribución de las fuerzas nacionales. El vivo proceso de ascenso y descenso de la vida que es el que domina en la Naturaleza, el cambio orgánico de los miembros que ordenan y obedecen, el juego dadivoso del cubo de oro, se entorpece ante esta fuerza fatal de las generaciones, que es pura obra humana. Esto es lo que condena al proletario a eterno servicio, y a eterno goce al rico».

De semejantes consideraciones surge continuamente la exigencia, aun manteniendo la propiedad privada, de la limitación o abolición del derecho hereditario. Y aunque estas leyes pudieran eludirse, quizá por donaciones inter vivos, semejante abolición del derecho hereditario llegaría, en un tiempo imprevisible, a poner en manos del Estado todo el patrimonio nacional y a fundar, por tanto, el socialismo.

Sin embargo, en defensa del derecho hereditario privado, especialmente en su forma de aglomeración forzosa de herencia, se han aportado también motivos sociales, junto a los «familiares-socialistas». Ya vimos que el orden sucesorio tenía el sentido de conservar

(6) *Von Kommenden Dingen* (De las cosas futuras), 1917, página 29,

una determinada unidad económica más allá de la muerte de su fundador. La conciencia de pervivir en la obra es un impulso justísimo en la creación cultural y económica. El precepto fundamental de un orden sucesorio así entendido, rezaría: «Sólo puede ser heredero aquel que esté llamado a continuar poniendo en obra los fines verdaderos de la propiedad» (7). ¿En quién mejor puede continuar viviendo la obra—se pregunta—que en manos de aquellos que crecieron en el círculo de acción del causante, o que éste ha formado como sus continuadores, es decir, sus herederos legales o voluntarios? (8)

Que con esta concepción social de la herencia no es compatible el derecho hereditario vigente, el desparame de las legítimas y el azar de la sucesión abintestato ilimitada, no es cosa que necesite demostración. Mas no sólo desde el punto de vista del heredero, sino también de la masa hereditaria, ha perdido el derecho hereditario aquella función social. La masa hereditaria no se presenta hoy en la mayoría de los casos como un todo material coordinado a un fin económico que no puede dividirse sin gran perjuicio, sino más bien como un conglomerado, una suma, una masa informe de valores. Ya vimos en el capítulo sobre la propiedad la transformación de la propiedad en patrimonio, de la cualidad en cantidad. Ahora bien, un montón de valores, una caja llena de las más variadas acciones, obligaciones, suscripciones públicas y talones hipotecarios, no constituyen una unidad económica necesitada de conservación. Sólo porque la mayoría de las herencias

(7) Cf. Buschauer, *Das Erbunrecht* (La injusticia de la h.), 1918, p. 53.

(8) Cf. Schäffle, obra citada.

habían tomado este carácter puramente cuantitativo, es por lo que pudo imponerse el sistema de las legítimas. Las unidades económicas necesitadas de conservación en medio del cambio de los hombres, con la despersonalización de la economía y con la objetivación de las empresas, han pasado de las manos perecederas de las personas naturales a las manos inmortales de las personas jurídicas, escapando, justamente por eso, del círculo del derecho hereditario. De tal suerte encontramos en el dominio del derecho hereditario, agudizados y en su plena acritud, los problemas que nos salieron al paso en la propiedad y en la familia. La plena problemática del derecho hereditario se expresa en el art. 154 de la Constitución del Reich: en él se puso, frente al derecho hereditario individualista, la participación del Estado en la herencia, frente a la función individual la social, y todo bajo el hacha de la ley.

*Tanto si ha de castigar como si ha de
tratar con dulzura, debe mirar a los
hombres humanamente.*
GOETHE.

22 El Derecho penal.

Teorías sobre el fundamento de la pena. (Teorías del consentimiento y de la retribución). Teorías sobre el fin de la pena. Justicia (igualitaria, distributiva). Finalidad. Teorías individualistas (prevención general-prevención especial). Derecho penal fascista. Derecho penal soviético. Seguridad jurídica.

La teoría del derecho penal distingue usualmente las doctrinas sobre el fundamento de las doctrinas sobre el fin de la pena.

El problema del fundamento de la pena corresponde a aquella determinada época histórica en que el individuo se enfrentaba con un Estado como cosa extraña, ya que no se fundaba en la voluntad popular, ni en él participaba el individuo de un modo activo. En semejante situación se hacía preciso justificar de modo especial a la pena, que aparecía como una exigencia del fin del Estado; pues, decía KANT: «el hombre no puede ser nunca manejado como simple medio para el propósito de otro, ni amontonado con los objetos del derecho de cosas, ya que a ello se opone, protegiéndole, su innata personalidad». ¡El Estado en último extremo es, pues, frente al individuo un otro! Tan sólo de dos maneras puede ser justificada en semejante con-

cepción la pena que el Estado impone: demostrando o que ella es querida por el delincuente mismo, o que ha sido merecida por él.

La primera, la teoría del consentimiento, fue mantenida por FEUERBACH en sus comienzos, con el sentido de un supuesto de consentimiento efectivo del delincuente real en su pena: quien con conocimiento de la ley penal —exigida por FEUERBACH como supuesto de la pena— comete, no obstante, un delito, consiente con lo condicionado lo condicionante, y puede serle, por tanto, impuesta la pena con el mismo derecho con que se puede exigir el cumplimiento de un contrato. Esta doctrina empirista adquirió su forma más espiritualizada con la figura de un contrato semejante al social, o mejor, con la de una cláusula en él inserta, por la que los individuos se han sometido previamente a la pena para el caso de comisión de un delito—ciertamente, no el individuo real, sino el pensado como un ser racional al que imputar como queridas las consecuencias de sus actos. (Repetimos lo dicho anteriormente). El ladrón pretende fundar su propiedad por la lesión de la propiedad ajena, afirma, por tanto, como fundamental la necesidad de protección del bien jurídico que él lesiona, y, por consecuencia, tiene que estar de acuerdo con la penalidad ineludible impuesta a su delito para la protección de ese bien jurídico, es decir, ha de consentir en su propia pena. El falsificador de documentos pretende para sus documentos falsos la fe pública que él lesionó por la falsificación, afirma, por eso, nuevamente la necesidad de protección de ese bien jurídico por él destruido, y con ello la necesidad de preceptos jurídicos para su protección, entre ellos la ley penal. Al considerar, por eso, querido por el delin-

cuente, lo que de un modo consecuente tendría que querer —empleando palabras de HEGEL—, se honra al delincuente como ser racional, y se considera a la pena como un derecho propio que su conducta incluye.

Si la teoría del consentimiento desarrolla la justificación individualista de la pena, la teoría de la retribución, al contrario, se apoya sobre ideas autoritarias al hacer de la pena algo merecido (1) —y sin embargo su principal mantenedor es, justamente, el fundador de la autonomía: KANT. Este ha expresado en una famosa metáfora la justificación de la pena con independencia del interés y del consentimiento individual por la idea de retribución: «Aun en el caso de que la sociedad civil se disolviera por acuerdo de todos sus miembros (por ejemplo, que el pueblo habitante de una isla decidiese separarse y desparramarse por todo el mundo), tendría que colgarse al último asesino que se hallare en presidio, para que todo el mundo aprendiera lo que sus hechos merecieron, y no recayera sobre el pueblo la mancha de la sangre.» De un modo completamente inesperado aparece aquí el pueblo, no como una suma de individualidades, sino como soporte de un propio valor supraindividual que sobrevive a los intereses de los individuos.

La justificación de la pena, de espaldas o extraña al Estado, pertenece ya a la historia. El Estado, basado en la voluntad popular, sea la mayoría aritmética, sea

(1) RICHARD SCHMIDT, Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung (La reforma del derecho penal en su significación política y dentro del Estado de derecho), 1912, p. 10. R. SCHMIDT ve sólo en la retribución como fundamento de la pena una concepción supraindividualista, y en la retribución como fin de la pena, sin embargo, una concepción liberal y del Estado de derecho.

otra especie cualquiera de integración, no se opone al individuo como «un otro», sino más bien como un «nosotros todos». La justificación del Estado nacional así entendido encierra en sí la justificación de la pena, como algo necesario que es para su conservación. La doctrina sobre el fundamento de la pena se inserta, pues, en la doctrina de la justificación del Estado, y sólo queda la doctrina de los fines de la pena, es decir, la de la necesidad de la pena para el Estado, o, dicho más exactamente, para la sociedad y el orden jurídico. Las distintas posibilidades para la determinación de los fines de la pena se despliegan por sí mismas tan pronto como nos apercebimos a desarrollar la idea de la pena de la idea del derecho, con su triple ramificación en justicia, finalidad y seguridad jurídica.

1. La justicia nos ofrece, ante todo, la figura de la justicia igualitaria, para fundamentar en ella la pena. Como a la mercancía el precio, al trabajo el salario, y a los daños la indemnización, correspondería también al delito la pena —es decir, como retribución—. Ahora bien, en nuestras anteriores consideraciones hemos considerado a la justicia igualitaria, a la justicia entre equiparados, como la justicia del derecho privado. En efecto, la sumisión de la pena al patrón de la justicia igualitaria nos conduce a una época en que el derecho penal era todavía derecho privado, en que el Estado manejaba la pena como sustitución de la venganza de los lesionados y para satisfacción de los mismos. Empero, aun después que el derecho penal fue reconocido como un derecho público manejado por el Estado en su propio interés, no perdió por completo sentido el que fuera medido desde la justicia igualitaria; pues corresponde a la esencia del Estado de derecho, que el

Estado, aunque en situación supraordinada, descienda en muchas relaciones a moverse en un plano de equiparación con sus ciudadanos; como Fisco, en el proceso penal y en la justicia administrativa. De esta manera, pues, cabe interpretar y explicar a la teoría de la retribución como una, concepción liberal y de Estado de derecho (2) del derecho penal. Con esta concepción se mezcla, ciertamente de modo inseparable —correspondiendo a la concepción nacional liberal del imperio bismarkiano—, una concepción autoritaria y supraindividualista de la teoría de la retribución, tal como se expresó en la teoría penal de BINDING, plenamente orientada en la idea de autoridad.

Frente a la teoría de la justicia surgen las teorías finalistas del derecho penal. Empero, éstas también invocan a la justicia —sólo que no la igualitaria, sino la distributiva—. Una pena justa no consiste para ellas en una pena adecuada a un delito, sino en la penalidad de un delincuente en relación a otro, según la proporción de sus recíprocas culpas. Ahora bien, mientras la teoría de la retribución puede desarrollarse absolutamente de la idea de la justicia igualitaria, en cambio la idea de la justicia distributiva no es suficiente para que de ella puedan derivarse las teorías finalistas; pues la justicia distributiva de la pena significa desde luego que los incursos en igual gravedad sean penados igualmente, y que aquellos cuya gravedad sea distinta, sean

(2) La interpretación unilateralmente supraindividualista que di al fin de la retribución, en mi artículo de la *Aschaffenburgs-Monatschrift*, vol. 5, 1908/9, p. 1 ss., la abandoné luego de las convincentes razones de RICHARD SCHMIDT, obra citada, p. 189. Cf. también DANNENBERG, *Liberalismus und Strafrecht in 19 Jahrhundert* (Liberalismo y D.º Penal en el siglo XIX), 1925.

penados en proporción a ésta; mas, por una parte, no nos da ninguna pauta con la cual medir la igualdad o desigualdad de esa gravedad del delito, la culpa, la peligrosidad u otra cualquiera, y, por otra, sólo nos habla de la relación de las penas entre sí, pero nada sobre su rango y clases; nos habla del lugar de las penas en un sistema penal dado, pero nada nos dice sobre este sistema penal mismo, nada sobre si este sistema debe empezar con prisión y castigos corporales para acabar en la pena de muerte, o bien comenzar con pena de multa y terminar en la privación perpetua de libertad. La respuesta a este problema incontestado por la teoría de la justicia sólo puede obtenerse del segundo elemento de la idea del derecho: la finalidad. Con este recurso al fin y a la adecuación a un fin, se separa la pena de los límites de la idea específica del derecho, para entrar al servicio de los fines del Estado y la sociedad.

2. Una vez más nos encontramos en esta conexión con una teoría liberal y de Estado de derecho de la pena, mas esta vez no referida a la idea de la justicia como en la teoría de la retribución, sino a las ideas de la adecuación al fin y del Estado: la teoría de la intimidación, en la forma que le dio FEUERBACH. Pues, de modo parejo a la teoría penal de la Ilustración, también en el pensamiento penal de FEUERBACH la teoría de la intimidación, justamente y de modo paradójico, llegó a ser un medio de unir el derecho penal a la ley y a la situación de hecho y de garantizar la proporcionalidad entre delitos y penas; de aquí su próximo parentesco con la teoría de la retribución (3). Esto significa, empero, que

(3) ... Esto también, porque tanto la teoría de la intimidación como la de la retribución son susceptibles de un giro supraindividualista.

la teoría de la intimidación, lo mismo que la de la retribución, separa el delito del delincuente, o mejor, el delito del hombre. El concepto penal del delincuente que aquí subyace, corresponde al concepto de persona del derecho privado. De modo semejante a como en el derecho privado que encontramos en herencia, es el trabajador el propietario desindividualizado de su fuerza de trabajo, el vendedor de la «mercancía trabajo», es también el delincuente en las teorías penales de la retribución e intimidación, un ejecutante sin individualidad de su delito (4). La relación jurídica penal se reduce, pues, a una relación parcial en la que no entra el hombre en su plenitud, sino sólo en cuanto ejecutante de su delito. Se aprecia el delito en la concepción individualista del derecho penal, de modo semejante a como en la concepción paralela de las relaciones de trabajo se vende la mercancía «fuerza de trabajo». Justamente en la naturaleza sólo parcial de la relación jurídico-penal viene a expresarse con toda claridad en las teorías de la intimidación de la retribución su carácter liberal, ya que el liberalismo ha aflojado por doquier, en su totalidad, los lazos jurídicos-personales de hombre a hombre, sustituyéndolos por relaciones parciales de rasgos muy precisos —es decir, en las relaciones jurídico-penales, no de otra suerte que en las del trabajo.

Frente a las teorías de la intimidación y la retribución, liberales y de Estado de derecho, están las te-

(4) E. PASCHÜKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (Tª general del D.º y marxismo), 1929, p. 149 ss., explica la relación de paralelismo, cabalmente, como una relación causal: la idea de la retribución está determinada por la «forma fundamental a que está sometida la sociedad moderna, la forma del cambio equivalente. En contra Kelsen, *Arch. f. Soz. Wiss. u. Soz. Pol.*, vol. 66, 1931, p. 483 ss.

orías de la prevención y de la reforma, como expresiones de un derecho penal social. Anteriormente ya se indicó que es propio del derecho social en oposición al derecho individualista, el no estar recortado sobre el individuo abstracto y aislado, la persona, el delincuente, sino sobre la individualidad concreta en sus conexiones sociales. Así como el derecho del trabajo reconoció que la fuerza de trabajo no es algo que pueda desprenderse del hombre, sino que es el hombre mismo en su plenitud considerado desde un determinado punto de vista, también el derecho penal social se da cuenta que el delito no es algo que pueda separarse del delincuente, sino que es el hombre total desde un cierto punto de vista. Se ha introducido el nuevo derecho penal bajo este lema: «No el crimen, sino el criminal», y más bien debió decirse: «no el criminal, sino el hombre». El hombre concreto con su peculiaridad psicológica y sociológica entra en el círculo del derecho. El concepto del criminal desde la perspectiva de las teorías de la seguridad y de la reforma, se descompone en una diversidad de tipos caracterológicos y sociológicos: el delincuente habitual y el ocasional, el susceptible de reforma y el incurable, el delincuente adulto y el juvenil, el de imputación plena y el de imputación atenuada. En este sentido cabe, con razón, llamar «sociológica» a la nueva escuela del derecho penal, pues hechos que hasta ahora pertenecían sólo a la sociología, han penetrado con ella en el círculo del derecho.

Cierto es que, al mismo tiempo, la teoría de la intimidación ha experimentado un renacimiento, y no en la forma antes descrita, liberal y de Estado de derecho, sino con caracteres supraindividualistas: en el derecho penal terrorista del fascismo. La exposición de

motivos del nuevo Código penal italiano (1930) parte de un modo bien expresivo de la concepción del Estado como un organismo. «El Estado no se presenta ya más como la suma aritmética de los individuos que le componen, sino como resultado, síntesis y compendio de los individuos, grupos y clases que lo desarrollan, con propia vida, propios fines, propias necesidades e intereses, que superan en extensión y permanencia la vida de los individuos, grupos y clases, y que se extienden a todas las generaciones pasadas, presentes y futuras.» El derecho penal de un Estado semejante, no tiene el carácter de una defensa de la sociedad (difesa sociale en el sentido de FERRI), sino el de una defensa del Estado mismo (difesa propia dello Stato), y considera como medios para esta defensa la intimidación y la inocuización, tal como se actúan en las numerosas amenazas de pena de muerte. «El hombre con el que este Estado, supuesto previo del superhombre-jefe, ha de contar, ya no es el hombre débil, sin ayuda y necesitado de apoyo, sino el hombre fuerte; el delincuente es en primera línea, el enemigo apasionado del régimen estatal, frente al cual la intimidación y la inocuización deben constituir las funciones más importantes del poder penal del Estado» (5).

Una renovación del derecho penal terrorista significa también el derecho penal soviético. El Código penal soviético de 1926, es un derecho penal de un Estado de transición, una mezcla extraña de derecho penal autoritario, que corresponde a la dictadura del proletariado, y de derecho penal social, en el que se presiente

(5) EBERHARD SCHMIDT, *Strafrechtreform, u. Kulturkrise* (La reforma penal y la crisis de cultura). Staat und Recht, cuaderno 79, 1931, p. 18.

y se anticipa la sociedad sin clases del futuro. A la concepción social del derecho penal corresponde el que el derecho soviético no se proponga por tarea, según expresión propia, «ni retribución ni pena»; a la concepción autoritaria corresponde, sin embargo, el que junto a la seguridad y reforma se conserve la intimidación como fin penal, ante todo para el delincuente político, encarnada especialmente en la «suprema medida de protección social», la pena de muerte.

Más característica aún que la mezcla con elementos autoritarios, es en el Código penal soviético la plena renuncia a las garantías del Estado de derecho. Las acciones que la ley amenaza con una pena, pueden no ser delitos cuando en el caso concreto no tengan el carácter de peligrosidad para la comunidad; en cambio, aquellas acciones no penadas por la ley pueden ser delitos en el caso de que sean peligrosas para la comunidad; es decir, el precepto «nullum crimen sine lege» no rige en la Rusia soviética. Es más, hasta el precepto fundamental «cogitationis poenam nemo patitur» queda conculcado, porque no sólo las acciones preparatorias en general están sometidas a la ley penal, sino porque hasta las personas que «por su conexión con el medio criminoso o por sus antecedentes signifiquen un peligro», están sometidas a las medidas de la defensa social.

3. Las teorías de la reforma y de la prevención conducirían por sí mismas, consecuentemente interpretadas, a este resultado, si no estuvieran corregidas por la idea de la seguridad jurídica. Pues significa una complicación innegable de la teoría de la prevención especial, el que no sea capaz de determinar por sí sola la estructura del derecho penal, y que ésta, más bien, úni-

camente pueda obtenerse de la cooperación de la idea finalista de la prevención especial, con las ideas de justicia y de seguridad jurídica. Esta cooperación se presenta, además y propiamente, como una acción contraria y recíproca. La relación de tensión existente en la idea del derecho se repite en el problema especial del derecho penal con singular claridad. Si la idea de seguridad jurídica preserva de sus últimas consecuencias a la idea de la prevención especial, como serían el extender la pena a los actos preparatorios, intenciones e ideas, la idea de la justicia, a su vez —que en cierta medida exige sean también tratadas de un modo igual las personas y relaciones desiguales— se opone a la individualización excesiva a que conduciría la consecuente interpretación de la idea finalista de la prevención especial. Frente a esta estructuración plena de antinomias de un derecho penal orientado por las ideas de prevención y mejora, la idea de la retribución conserva una mayor fuerza metódica y constructiva: sirve al mismo tiempo para la justificación de la pena y para la determinación de su fin, realiza en sí, a la par, las ideas de justicia y de seguridad jurídica.

Finalmente, la institución jurídica estructurada en el sentido de la idea de retribución se manifiesta como «pena» sin que quepa duda alguna, mientras que aquélla, orientada por las teorías de la reforma y seguridad deja de ser en fin de cuentas derecho «penal». De acuerdo con esto, como ya fue en el proyecto de FERRI, el Código penal soviético por consecuente deducción de la teoría preventiva ha sustituido la palabra pena por otras calificaciones: «Sanción», «Medida para la defensa social». Apenas necesita ser subrayado que el concepto de la pena no representa la norma decisiva y

el límite para la formación del futuro derecho penal, en igual medida a como la comodidad metódica de la teoría de la retribución, en cuanto posibilidad de solución unitaria de todos los problemas de la teoría penal, no representa tampoco un criterio de verdad. Antes bien, pudiera suceder, al contrario, que la evolución del Derecho penal trascendiera del derecho penal mismo y que la mejora del derecho penal desembocara, no en un derecho penal mejor, sino en un derecho de mejora (reforma) y prevención (6), que fuera mejor que el derecho penal, es decir, más humano e inteligente.

(6) Juego de palabras con el comparativo besser, mejor (tr.).

*¿Quién te ha dado, verdugo,
ese poder sobre mí?*

MARGARITA EN LA CÁRCEL.

23 La pena de muerte.

Justificación supraindividualista. La pena de muerte y el pacto social. La pena de muerte y el estado de necesidad.

Sólo una concepción jurídica supraindividualista puede justificar la pena de muerte, sólo ella puede reconocer al Estado en absoluto un derecho sobre la vida y la muerte. Esto dijo Bismarck en su discurso de 1.º de marzo de 1870: «Una fuerza humana que no advierte en sí una justificación desde arriba, no es suficientemente vigorosa para llevar la espada del juzgador.» Que el alejamiento de una concepción individualista del Estado constituye el fondo favorable a la reincorporación de la pena de muerte, lo ha demostrado la exposición de motivos del nuevo Código penal fascista italiano, en el cual se celebra la reincorporación de la pena de muerte como un triunfo de esa concepción del Estado. «Semejante reforma pone de manifiesto una característica particularmente feliz de la transformación del espíritu de la nación italiana, la reconquista de la virilidad y fuerza de nuestro pueblo, la plena liberación de nuestra cultura jurídica y política de los influjos de ideologías extranjeras, con las cuales estaba inmediatamente unida la derogación de la pena de muerte.»

Por tales ideologías se entienden de un modo expreso «las ideas individualistas que triunfaron allende los Alpes», «el error de la afirmación kantiana de que el individuo como autofin no puede ser rebajado al grado de medio». «La verdad es, por el contrario, que la sociedad, considerada como un organismo que comprende en sí toda la serie innumerable de las generaciones, y el Estado, en cuanto es su organización jurídica, tienen fines propios y viven a causa de éstos, mientras que el individuo no es más que un elemento insignificante, pequeño y transitorio del organismo social, a cuyos fines debe subordinar tanto los suyos como su propia existencia».

Sobre la base de estas ideas individualistas condenadas por la Italia fascista fue un italiano, hasta ahora gloria de su patria, el primer enemigo de la pena de muerte: CESARE BECCARIA (*Dei delitti e delle pene*, capítulo 16). Introdujo en las formas de la teoría del pacto social la prueba de la incompatibilidad de la pena de muerte con una concepción individualista del Estado. La pena de muerte está en contradicción con el contrato social, porque la vida es un bien jurídico irrenunciable y el suicidio algo condenable; por tanto, el consentimiento suicida a la pena de muerte en el contrato social es cosa contraria a las buenas costumbres y en consecuencia nulo.

Esta argumentación sería desde luego convincente, si la teoría contractual quisiera hacer depender la justificación de la pena de muerte de que ésta fuese realmente querida por el culpable, pero ya no lo sería, si en su forma racional y correcta diera ya por justificada a la pena de muerte al permitirnos pensarla como querida por el culpable, es decir, cuando éste no pudiera

racionalmente dejar de quererla si se le imponía en méritos de su propio y verdadero interés. Tan pronto como se reconoce a la disposición sobre la propia vida sólo como una imagen del interés en la propia muerte, su ilicitud no puede crear ningún argumento más y el problema de la justificación de la pena de muerte no puede formularse preguntando ¿le era lícito?, sino sólo ¿podía el culpable consentir en la pena de muerte?

Empero, ROUSSEAU, contradictor de BECCARIA, comete exactamente la misma falta de razonamiento. ROUSSEAU mantiene como válido el consentimiento en la pena de muerte dentro del pacto social, justamente, porque aquél sólo ocurre de modo eventual, sólo para el caso completamente inesperado de que uno cometa un homicidio; porque el consentimiento no se da en el momento de la muerte, sino ante un riesgo muy lejano de ella y porque no es opuesto a las buenas costumbres el que uno se someta al riesgo de la muerte con el fin de conservar la vida; «para no llegar a ser la víctima de un asesino se consiente en morir en el caso que uno mismo llegue a ser uno de aquéllos. Muy lejos de pensar en disponer sobre la propia vida se piensa en protegerla, y no es presumible que uno cualquiera de los contrayentes piense ya previamente en dejarse ahorcar». (*Contrato social*, II, 5).

ROUSSEAU logra, pues, la posibilidad de construir un consentimiento correcto del asesino en su muerte, en cuanto pone este consentimiento eventual en un momento en que aquél todavía no pensaba en llegar a ser un asesino. ¿Quién no ve que ROUSSEAU con este «haber consentido una vez», convierte al contrato social en un hecho fijado temporalmente, en una situación histórica, y que, por consiguiente, deriva de un

modo insensible hacia la concepción histórica del pacto social tan enérgicamente rechazada en sus frases preliminares? Cuando se ve en el contrato social una simple imagen figurada, se le debe pensar atemporal, nunca concluso, sino renovable en todo momento.

Un Estado rectamente concebido debe permitir en cada uno de los momentos de su vida la afirmación a la pregunta de si se le puede pensar como originado por un contrato entre la totalidad de sus miembros y, por consiguiente, también en el momento en que el asesino pone la cabeza en el tajo. Sólo estaría, pues, justificada la pena de muerte ante el contrato social, si pudiera demostrarse que hasta en este momento era posible fingir el consentimiento del culpable en su muerte.

Esta prueba desesperada emprende en efecto KANT contra los «sofismas y tergiversaciones jurídicas» de BECCARIA (1), en cuanto él, con artificio característico en su modo de pensar, lo que en ROUSSEAU aparecía como una relación temporal, lo concibe como una relación trascendental. En lugar del supuesto consentimiento en la pena de muerte dado en un momento por el culpable, aparece el juicio intemporal de su razón sobre su necesidad. Como contrayente del contrato social no hay que pensar al individuo empírico con su voluntad real —fue repetidamente subrayado que la teoría del contrato sólo finge como querido lo que de un modo racional no puede dejar de ser querido— sino, justamente, la razón imputable al individuo empírico. «Cuando yo concibo una ley penal contra mí, en cuanto

(1) *Metaphysik der Sitten*, hrsg. v. Vörländer, 1907, p. 163 (*Metafísica de las costumbres*), ed. Morente en la B^a Universal.

criminal, es la razón pura constituyente que en mí existe (Homo noumenon) la que a mí me somete como un posible criminal —consecuentemente, como otra persona— (Homo phaenomenon) a la ley penal junto a todos los demás existentes en una asociación de ciudadanos». Así, pues, no es la voluntad empírica, «sino el propio juicio del criminal, fiel con necesidad a su razón» el que consiente, tal piensa KANT, en la pena de muerte aun en el momento de su ejecución.

Empero, tampoco puede pensarse al individuo consintiendo en la pena de muerte aunque se le conciba no en su realidad empírica, sino como concreción de la razón (2).

Para toda pena que grave la vida, aun en su forma más dolorosa, podría probarse el consentimiento de la razón, el interés del culpable en su propio castigo: aun la prisión perpetua deja al penado una serie de bienes jurídicos, que están defendidos por su propio castigo, por la intimidación producida en los demás. En cambio, no puede demostrarse nunca que la pena de muerte puede estar al servicio del propio interés del delincuente, por la sencilla razón de que destruye el sujeto de ese interés. Se deberá, pues, con BECCARIA rechazar la pena de muerte desde el punto de vista de la teoría del contrato social, pero no porque al delincuente no le sea lícito consentir en ella, sino porque a causa de faltarle todo interés propio no puede de un modo racional otorgar su consentimiento.

La pena de muerte es incompatible con la idea fundamental de toda concepción individualista del Es-

(2) Contra las siguientes reflexiones NELSON, *Die Rechts. W. ohne Recht* (La ciencia del derecho sin derecho), 1917, p. 135.

tado, que STAMMLER ha formulado así: «Toda pretensión jurídica sólo puede existir con sentido, cuando en el obligado vea al mismo tiempo al prójimo» (R. R. 208) (3).

Mas, la teoría del contrato social ¿no irá demasiado lejos? ¿No negará con su argumentación al Estado el derecho de exigir a sus subditos, por ejemplo en la guerra, el sacrificio de su vida? En modo alguno, ya que puede siempre demostrarse que la exposición y riesgo de la propia vida se pide en interés de los mismos que la arriesgaron y que quizá sobrevivan a todo peligro. Es más, el Estado cuida de no exigir propiamente, ni en caso de guerra, el sacrificio de la vida, la muerte segura, sino más bien suele decir en tales casos que lo que desea es el acto voluntario y espontáneo. Pues, el sacrificio voluntario de la vida por una idea no está en contradicción con el individualismo, ya que significa, cabalmente, la plenitud del valor vital por la entrega de la vida. La realización plena de la vida mediante su propia entrega puede también cumplirse en la pena de muerte, cuando el culpable acoja voluntario a la pena como su expiación. Mas, aun en este caso, quedan conceptualmente distinguibles la pena de muerte impuesta y la aceptación voluntaria de la expiación (4).

Mucho más grave es otro argumento contra la oposición individualista a la pena de muerte, del cual BIS-

(3) Idéntico razonamiento probatorio en MESS, *Nietzsche als Gesetzgeber* (N. como legislador), 1930, p. 70 s.

(4) Que la particularidad psicológica de la pena de muerte frente a toda otra situación en que peligre la vida, estriba en su inexorabilidad, nos lo muestra el juicio de DOSTOIEWSKI, que nos aporta SAPIR: *Dostoiewski und Tolstoi*, p. 11.

MARCK hizo uso en el discurso antes citado: la admisibilidad de la muerte causada en estado de necesidad. Pues si la autoridad y el individuo pueden reaccionar con un fin de defensa produciendo eventualmente la muerte a un agresor, cuya voluntad no tiene que ser necesariamente homicida, ¿cómo podría negárseles esta forma de represión frente a un delincuente convencido de su propósito homicida? Ya BECCARIA se había hecho a sí mismo esta objeción (5). Reconoce la admisibilidad de la muerte de otros, «cuando éste sea el único medio de apartarles de la comisión de un delito», y piensa al mismo tiempo «que en el caso de revueltas públicas, tumultos y sublevaciones, pueden ser éstos vencidos, por el momento, con la muerte de los sublevados, de los que ofrecen resistencia». Ahora bien, esta muerte la considera como «una consecuencia de una declaración de guerra efectiva», que no puede fundarse en el derecho y en el contrato social, sino en la fuerza, aunque ciertamente, fuerza justa y necesaria. Llevemos nosotros hasta el final su pensamiento dentro de las formas del contrato social. En el estado de necesidad el pacto social es incapaz de proteger los bienes jurídicos, para cuya defensa él mismo se concluyó, porque los órganos por él instituidos no son, por el momento, eficaces. Por eso, cabalmente, surge el estado de naturaleza y con él, de nuevo, la justificación del derecho a la propia defensa, si bien en los límites del estado de derecho y con la aprobación del orden jurídico. El estado de necesidad es, por consiguiente, un derecho originario del hombre otorgado al agredido,

(5) BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. alemana de Esselborn, 1905, p. 180, n. 1 y p. 192.

mientras que el derecho a la pena de muerte sólo cabe pensársele como un derecho creado luego de concluso el pacto social, o mejor dicho, no cabe nunca pensársele sobre supuestos individualistas. Pero, frente a la argumentación favorable a la pena de muerte deducida del estado de necesidad, cabe aducir todavía un argumento importante: que el derecho que el estado de necesidad desprende se dirige a la represión del ataque, en todo caso a la aniquilación de la capacidad agresora, pudiendo eventualmente tener por efecto la muerte del agresor, pero no se dirige a esta muerte misma, de modo que también este derecho no se encamina por sí a la aniquilación, sino a la intimidación de la vida. Por parte del que hubo de morir ya con ocasión de un estado de necesidad, o bien por pena de muerte, se expresa esta distinción claramente en el hecho psíquico muy real de que el primero hasta el último instante pudo creer en la posibilidad de eludir su muerte, mientras que el segundo tuvo que sufrir la terrible emoción de la inexorabilidad de una muerte exactamente precisada en su momento.

Estas consideraciones se dirijan menos al problema mismo de la pena de muerte que a mostrar la fecundidad y dificultad, a la par, de la forma ideológica del contrato social para una teoría del derecho individualista. Los argumentos decisivos contra la pena de muerte hay que buscarlos en planos más altos y más bajos que la filosofía del derecho; por un lado en los argumentos éticos y religiosos contra su admisibilidad, y por otro en las pruebas estadísticas y psicológicas que la experiencia nos ofrece contra su necesidad.

La Gracia desconoce toda coacción.
SHAKESPEARE.

24 La Gracia.

La Gracia como institución jurídica. La Gracia ante el Derecho.

La institución jurídica de la Gracia significa el reconocimiento franco de la fragilidad de todo derecho, de aquella relación de tensión existente dentro de la idea del derecho, así como de las posibilidades de conflictos entre la idea del derecho y otras ideas, tanto religiosas como morales. Por eso, justamente en las épocas improblemáticas, épocas en que se reconoció el dominio único y total de la razón, como la época del Derecho natural y la Ilustración, se combatió al derecho de Gracia, primero por BECCARIA (§ 20) y luego por KANT, que vio en él «el más indigno entre todos los derechos del soberano».

Las tensiones internas de la idea del derecho, las exigencias contrarias de la justicia, la finalidad y la seguridad jurídica, y la falta de una norma que abarque estos tres aspectos de la idea del derecho, que trae por consecuencia la imposibilidad de una decisión en sus conflictos, todo esto constituye un conjunto de problemas expuesto anteriormente (p. 95).

El sentido de la Gracia reside, justamente, en que ofrece una solución a estas relaciones de tensión dejada a la opinión del que otorga la Gracia, mucho mejor que la solución que la sentencia nos ofrecía. La Gra-

cia puede tener por tarea hacer valer a la justicia frente al derecho positivo, y a la finalidad individualizadora frente a la igualdad esquematizante de la justicia. También puede tener por finalidad resolver de manera distinta a como sucede en la sentencia, las posibles antinomias dentro de cada uno de estos elementos, y así, hace valer al derecho material frente a la fuerza de cosa juzgada de la sentencia, a la equidad frente a la justicia y la finalidad general política, es decir, a la conveniencia inteligente del Estado frente a la finalidad específica de la política criminal.

Así entendida, la Gracia se manifiesta como una institución jurídica, «como un medio especial para el logro del derecho justo» (1), de acuerdo con el sentido del aforismo jurídico alemán «Derecho sin Gracia es entuerto», o «La Gracia está junto al derecho». Contra esta concepción se pueden oponer ciertas dudas, cuando se considera implícito en el concepto del derecho la generalidad de sus normas y la igualdad de los destinatarios frente a estas normas. Quien ha de manejar el Derecho de gracia se esfuerza por hacerlo según pautas jurídicas y no por simple arbitrariedad. También la Gracia se esfuerza por lograr la universalidad de las máximas que la fundamentan; y así, en la historia del derecho brotaron repetidamente nuevos preceptos jurídicos de las máximas que guiaron al ejercicio de la Gracia, y esto, lo mismo del «juzgar según Gracia» medieval, que de la Gracia condicionada de los tiempos más modernos. Pero tan pronto como las pautas jurídicas de la Gracia toman la forma de normas constituyentes, cesa en

(1) STAMMLER, *Lehre von Richtigen Recht* (Teoría del Derecho justo), p. 131.

estricto sentido la competencia de la Gracia. Que la Gracia se haga valer por la legislación mediante semejantes normas del derecho justo, no debe ser al precio de una ley, pues ocurre cosa semejante con la equidad, que deja de serlo tan pronto como desde el caso singular conduce a la fijación de preceptos jurídicos generales. La Gracia tiene que ocuparse del derecho del caso singular, aun cuando sea con voluntad de lograr validez universal, pero no tiene por qué producir nuevas normas jurídicas (2). Pues, ciertamente el que ejercita el derecho de Gracia no tiene que sobreponerse con esfuerzo excesivo para, cuando decide de una sentencia de muerte, descartar por completo su posición personal frente a dicha pena, o sus opiniones sobre el aborto cuando indulta de una pena por este delito.

La Gracia no se agota con ser una institución jurídica. Frente a aquellos aforismos jurídicos alemanes que califican la Gracia como un derecho mejor, surgen otros que afirman que la Gracia es mejor que el derecho, es decir que la Gracia precede al derecho. La Gracia no se ha limitado nunca a resolver tensiones dentro del derecho, sino que más bien significa el reconocimiento del hecho que el mundo no es sólo un mundo jurídico en el sentido del «Fiat iustitia pereat mundus»; que junto al derecho existen también otros valores, y que hasta puede ser necesario ayudar a la realización de estos valores aun en contra del derecho. Cuando por motivos de ciertos acontecimientos patrióticos se da ocasión al ejercicio del derecho de Gracia, se ve que ésta no se funda en valores jurídicos.

(2) En este sentido WOLFGANG HEIMANN en una disertación en Heidelberg (1931), califica la idea de la Gracia como idea de la «arbitrariedad justa». (Arbitrariedad en el sentido de la terminología stammleriana).

La expresión más clara de esta Gracia no fundada en valores jurídicos, se dio cuando determinadas personas que no eran órganos de la comunidad jurídica tenían el derecho de dispensar el derecho de Gracia, tal por ejemplo la narración evangélica del perdón de Barrabás por el pueblo en las fiestas de la Pascua, o cuando en la Edad Media ciertas corporaciones religiosas y claustros, disfrutaban del derecho anual de pedir la libertad de un número determinado de condenados (3). Recordemos, finalmente, el papel que el azar desempeñó en ciertas épocas —o mejor la supuesta voluntad divina en él manifestada— en la ejecución de la pena de muerte, por ejemplo, la liberación del condenado cuando la sogá se quebraba o cuando se desviaba la espada. En tales instituciones de tiempos pasados no debe verse (con STAMMLER) simples «curiosidades de la historia social, meras «supersticiones»; cabe, más bien, desprender de ellas claves esenciales para la comprensión del sentido de la Gracia.

La Gracia era en estas épocas un concepto mucho más moldeable y rico que lo es para nosotros en la actualidad. Nosotros medimos también cuidadosamente a la Gracia en la balanza del derecho con sus onzas y libras: la Gracia se ha convertido en una actividad benéfica del derecho, manejada según preceptos fundamentales; también sobre la Gracia pretende dominar la justicia como sobre la beneficencia la razón. Pero de igual modo a como la limosna fue antiguamente des-

(3) MESS, en Nietzsche als Gesetzgeber (N. como legislador), pide la renovación de ese derecho de petición de libertad (Losbitte), p. 28. «¿No sería altamente valioso que los «pioneers» que han expuesto su vida en la realización de algo extraordinario, tuvieran derecho a pedir el perdón de un sentenciado?»

prendimiento libre y no beneficencia canalizada, tampoco la Gracia reconoce ninguna compulsión... ni siquiera la coacción de la justicia. No significa simplemente una forma dulcificada del derecho, sino el rayo luminoso que de otros reinos irrumpe en el dominio del derecho, para hacer, entonces, plenamente visibles las frías tinieblas del mundo jurídico. Semejante al milagro quebrantando las leyes del mundo físico, la Gracia es el milagro sin ley en el mundo de la norma jurídica. Por la Gracia penetran en el mundo jurídico reinos de valores ajenos al derecho, los valores religiosos de la caridad, los valores éticos de la tolerancia. En la Gracia hasta el azar favorable eleva su pretensión frente a la omnicomprensiva y racionalizadora del derecho; es aquel valor de lo «fortuito» de que hablaba NIEZTSCHÉ como de la más vieja nobleza del mundo.

La Gracia no se agota con ser, según frase de JHERING, «válvula de seguridad». Es el símbolo de que en el mundo existen valores, que se alimentan en fuentes más profundas y se elevan a más supremas cimas que el derecho.

¿Crees tú que podría subsistir y no aniquilarse un Estado, en el que las sentencias recaídas no tuvieran ninguna fuerza y pudieran ser invalidadas y frustradas por los particulares?

Sócrates.

25 El Proceso.

La independencia judicial. La relación jurídica procesal. La cosa juzgada.

El fin, según frase de JHERING, es el creador de todo el derecho. Mas éste, apenas creado, niega ya a su propio creador; surgido de un fin, olvida pronto que su destino está en el cumplimiento de ese fin, y pretende valer tan sólo por su mera existencia, es decir, quiere vivir como un fin en sí según propia legalidad. Temerosamente fue aislada la propia legalidad del Derecho de la actividad finalista del Estado, la Judicatura de la Administración. Este es el sentido del precepto básico de la independencia judicial.

Este precepto fundamental supone, por consiguiente, la concepción de que el orden jurídico y el orden estatal no son idénticos, antes bien, que el derecho se enfrenta con el Estado como un mundo con propia legalidad. Nosotros hemos reconocido como los tres aspectos de la idea del derecho a la justicia, la finalidad y la seguridad jurídica. Si por la característica de la finalidad, que ante todo es finalidad del Estado, el derecho está enteramente aprisionado por este último,

en cambio por las otras dos características traspasa los límites del Estado; pues la justicia exige generalidad e igualdad de la norma respecto a los sometidos a ella sin consideración a la finalidad del Estado, y la seguridad jurídica exige la validez del derecho positivo aunque sea inoportuna para el Estado. Aunque la finalidad del Estado pueda ser el elemento predominante en el contenido del derecho, sin embargo, la forma de lo jurídico está por fuera y por cima del ámbito de influencia de los fines del Estado.

Cierto es que el Derecho, aun con respecto de aquellos de sus atributos que escapan al influjo de los fines del Estado, viene a insertarse nuevamente en el Estado, pero esto de igual modo a como otros valores culturales, como la Ciencia y el Arte, se insertan en el Estado elevándose a tareas del mismo, es decir, con su plena legalidad propia, fuera de todo influjo de consideraciones sobre el fin del Estado.

El derecho es para el Estado, ciertamente, sólo medio para un fin, pero en el mismo sentido que lo es la Ciencia; a ambos hace el Estado servidores, pero es en tanto que él los sirve. Para la Justicia rige lo que es válido para la Verdad: lo oportuno y eficaz no es por sí verdadero (como cree el pragmatismo), sino al revés la Verdad, y justamente en cuanto puede desarrollarse más desligada de todo fin, es lo que constituye lo más eficaz y oportuno. Por eso al mismo tiempo que el fomento de la ciencia por el Estado, tiene que existir la libertad de la ciencia ante el Estado. Y si, no sin razón, se han calificado de «conocimientos» a las sentencias de la administración de justicia, la independencia judicial no significa, por consiguiente, otra cosa que la libertad de la ciencia trasladada al dominio de la ciencia jurídica práctica.

La expuesta relación entre el Derecho y su fin: nacimiento del Derecho de un determinado fin, y, sin embargo, su validez independientemente de este fin, se repite en la relación entre derecho material y formal. El Derecho procesal tiene por fin coadyuvar a la realización del derecho material, empero, él vale por sí mismo de un modo absoluto, por tanto, no sólo en el caso que no sirviera a la realización del derecho material, sino hasta en el caso que fuera quizá su impedimento. En todos los demás dominios de normas podemos poner frente a los imperativos categóricos cierto tipo de regulaciones en forma de imperativos hipotéticos, los cuales promueven el cumplimiento de los primeros, pero que, por eso mismo, sólo valen en tanto y cuanto satisfacen realmente esa su finalidad. Sólo el Derecho conoce exclusivamente imperativos categóricos; aun las normas procesales al servicio del derecho material tienen carácter imperativo y no hipotético. El tono de la voz de mando del derecho no conoce grados. El legislador ni una sola vez levanta o baja su voz imperativa; exige lo que exige, siempre con igual y absoluta voluntad de obligar.

Esta independencia de la validez del derecho procesal con respecto a su finalidad, que es la realización del derecho material, encuentra su expresión dogmática en la vigorosa distinción entre la relación jurídica procesal y la relación jurídica del derecho material a cuya fijación ha de servir, deduciéndose de este fundamento numerosas consecuencias prácticas, entre las cuales la más patente es la solución de la conocida polémica sobre si está justificado que un defensor implore la absolucón del procesado cuyo delito conoce él personalmente. Junto al precepto jurídico que exige

la pena del culpable, está con igual valor aquel otro que exige que sólo pueda sentenciarse al culpable convicto. El abogado que implora la absolución del culpable no convicto no deja de ser un abogado del derecho, aunque no lo sea del derecho material, sino del procesal. La idea de valor apta para justificar la validez del derecho procesal, aun en los casos en que contradice las exigencias del derecho material, es la seguridad jurídica.

En segundo grado, la referida relación entre derecho y fin del derecho y entre derecho material y procesal, vuelve a surgir de nuevo en el derecho procesal con respecto a la fuerza de cosa juzgada de la sentencia. De igual modo a como el derecho vale sin consideración a si satisface o no los fines para que fue creado, y a como el derecho procesal vale sin consideración a si sirve o no al derecho material para el que fue determinado, también la sentencia, que debe fijar a la par la situación jurídica y la corrección del procedimiento, alcanza fuerza de cosa juzgada sin consideración a que quizá puede contradecir al derecho material o a que se haya otorgado con incorrección procesal.

Nuevamente es la seguridad jurídica la que permite justificar la fuerza de cosa juzgada aun de la sentencia injusta. Pero surge frente a la fuerza de cosa juzgada de la sentencia un problema, del que ya nos ocupamos con ocasión de la validez de la Ley. Vimos que únicamente la seguridad jurídica podía fundamentar la validez del derecho injusto, pero que, asimismo, hay casos en los cuales la incorrección del contenido del Derecho, su injusticia o su inadecuación al fin, son de tal naturaleza, que ya no pueden ser equilibrados

por el valor de la seguridad jurídica. A esta nulidad o invalidez del derecho positivo a causa de su injusticia corresponde la absoluta nulidad de la fuerza de cosa juzgada de las sentencias por causa de determinados defectos, ya de derecho material, bien de derecho formal. Sólo que en estos casos no se erige simplemente contra la validez de las sentencias su contenido injusto o inadecuado al fin, sino que más bien el conflicto se juzga dentro de la misma seguridad jurídica: contra la fuerza de cosa juzgada de la sentencia, exigida por la seguridad jurídica, se eleva la exigencia, igualmente nacida de la misma idea de seguridad, de la realización del derecho material y formal.

De este modo se patentiza de un modo singularmente agudo dentro del derecho procesal el fundamento de la fragilidad de todo derecho, es decir, el que en el dominio del derecho el medio tiene la tendencia de transformarse en un fin en sí: como el derecho frente a la idea del derecho, así el derecho procesal frente al material, y finalmente, la fuerza de cosa juzgada de la sentencia tanto frente al derecho material como al formal.

*Desconfiad, noble Lord, de que el bien
del Estado no os aparezca como lo justo.*

SCHILLER.

26 El Estado de derecho.

¿Prioridad del Derecho o del Estado? Teoría de la identidad. Teoría de la autovinculación. Solución del problema. Valor del Estado de derecho formal.

¿De qué manera está ligado el Estado a su derecho? ¿Cómo son posibles los derechos de los individuos frente al Estado? ¿Cómo es posible la vinculación del Estado y la Administración a su derecho y, también, la actuación contraria al derecho del Estado y la Administración? En una palabra, ¿cómo es posible el Estado de derecho? Se suele plantear de antiguo este problema cuestionando si el Derecho precede al Estado o si es el Estado el que precede al derecho, es decir, si el Estado debe al Derecho la extensión y límites de su poder de mando o si, al revés, la vigencia del Derecho es la que está determinada y condicionada por la voluntad estatal (1).

Las dos posibles respuestas originan dudas de igual gravedad. Ante la concepción de que el Estado precede al derecho, se atraviesa el hecho de que el Estado no es sólo fuente del derecho, sino en sí mismo figura jurídica, que en su existencia jurídica es un producto del

(1) Cf. para este problema GEORG JELLINEK, *Allg. Staatslehre* (Teoría general del Estado, ed. esp. de D. Fernando de los Ríos), 3ª ed., p. 364 ss.

derecho político. A la afirmación contraria de que el derecho es anterior y superior al Estado, hay que oponer el que la aceptación de ese derecho anterior y superior al Estado supondría, o bien la renovación de la doctrina jusnaturalista, o bien la inserción del derecho político en el Derecho consuetudinario, mientras que, cabalmente, los problemas fundamentales del derecho político no se deciden mediante el ejercicio pacífico del derecho, sino en la lucha de las opiniones políticas, a las que sólo puede poner fin la decisión de voluntad de un poder estatal reconocido.

La salvación de este dilema es lo que promete la teoría de la identidad de Estado y Derecho (HANS KELSEN). No hay por qué preguntar, nos dice, por la prioridad del Derecho o del Estado, pues ambos son idénticos. Para los juristas el Estado sólo existe en la medida y en la forma en que se expresa en la ley —no como una fuerza social, ni como producto histórico, sino como creador y totalidad de sus leyes—. Ya la palabra «legislación» indica, como casi todas las que terminan de igual forma, tanto un proceso como el producto de éste, un acto del querer, y, a la par, un algo querido. Si en la legislación vemos el contenido de un determinado querer, se nos manifiesta, entonces, como derecho, si en ella contemplamos la existencia de un querer con un determinado contenido, se personifica en el Estado. La legislación es el Estado en cuanto ordenación ordenadora y es el Derecho en cuanto ordenación ordenada. El Estado y el Derecho se comportan recíprocamente como organismo y organización. El Estado es el Derecho como actividad normativa, el Derecho es el Estado como situación normada; ambos, pues, pudiéndose distinguir, pero no separar.

A tenor de esta concepción que identifica Estado y Derecho, el Estado actuaría siempre dentro del derecho y el Estado que obrase antijurídicamente ya no sería más Estado, con lo que, más que una solución al problema de la vinculación del Estado a su derecho, se obtiene la eliminación de éste, pues ni puede descubrirse en la afirmación de que el Estado está siempre dentro del derecho un reconocimiento del Estado-policial, ni tampoco puede vislumbrarse en la afirmación de que el Estado que actúa antijurídicamente deja de ser Estado un reconocimiento del Estado de derecho —sería solución sólo en el sentido que todo Estado fuese Estado de Derecho (2).

La teoría de la identidad sólo tiene una significación puramente analítica y definitoria, pero, en modo alguno posee un contenido filosófico-jurídico y político.

¿La teoría de la identidad ha logrado, sin embargo, mostrar como falsamente planteado el problema de la prioridad del Derecho o del Estado? Para una consideración puramente jurídica la identidad de Estado y Derecho es indiscutible. Para ella, en efecto, es el Estado la figura que se manifiesta en el Derecho político mismo. Pero junto a este concepto jurídico, hay todavía un concepto real del Estado. Desde luego, este concepto real histórico-sociológico del Estado no puede ser logrado sin el concepto jurídico, pues es un concepto de realidad jurídica con la misma estructura que los conceptos de realidades referidas a valores. El Estado como realidad jurídica no es otra cosa que el sus-

(2) Kelsen, Allg. Staatslehre (Teoría general del Estado), 1925, p. 91, 100.

trato en el que debe realizarse el derecho y en especial el político —aunque de ninguna manera necesita haberse realizado—, contemplado, precisamente, desde el punto de vista de la realización del derecho, es decir, en comparación con su regulación jurídica. El concepto jurídico del Estado se relaciona con el concepto real del mismo, quizá de tal modo, «que el soporte del derecho de dominación se transforma de un sujeto de derecho formal, en un Estado Mayor de hombres que están al servicio del logro coactivo de aquel derecho, y el mismo derecho de dominación se convierte en la probabilidad de que las órdenes de ese Estado Mayor se consideren como legítimas y sean obedecidas en la realidad» (3). Empero, cuando sea combatido el que dos conceptos tan distintos pretendan para sí el nombre de «Estado», puede entonces aludirse a que no es éste el único caso en que la norma y el sustrato de la norma están designados con el mismo nombre, pues, por ejemplo, el «Arte» es tanto un concepto ideal y un patrón, con el que expulsar lo antiartístico del reino del arte, como un concepto de una realidad que abraza todas las obras artísticas de una época, ya sean en efecto realmente artísticas, bien sean ramplones intentos; e igualmente, la Ciencia, significa, por un lado, la medida de verdad de la actividad cognoscitiva, con la que declarar anticientífico el conocimiento fracasado, mas, por otra parte, es un concepto histórico cultural que encierra en sí, de modo neutral, tanto la verdad científica como el error anticientífico, y, finalmente, el mismo

(3) Cf. HERMANN KANTOROWICZ, *Staatsauffassungen* (Concepciones del Estado), *Jahrbuch f. Soziologie*, vol. L, 1925 (en conexión con MAX WEBER).

concepto de cultura puede ser entendido, bien como un ideal para los hechos culturales histórico-sociales, bien como la totalidad de todos estos hechos culturales.

La distinción entre el concepto real y jurídico del Estado se complica aún más porque, además del ya descrito, hay otro concepto jurídico del Estado, que por su parte está en estrecho parentesco con el concepto real del Estado. En otro lugar, habíamos distinguido dos clases de conceptos jurídicos: conceptos jurídicos auténticos, mediante los cuales se concibe el contenido de las normas jurídicas y conceptos jurídicos relevantes, los cuales están contenidos en las normas mismas, y, en especial, en las situaciones de hecho, como un elemento de ellas; distinción que se patentiza en la comparación del concepto «propiedad», como concepto comprensivo de una institución jurídica con todas sus supuestas consecuencias, con el concepto «contrato», como característica de una situación de hecho sobre la que se apoya un derecho.

Atenidos a esta caracterización, el concepto jurídico del Estado antes descrito es un concepto jurídico auténtico, es decir, el contenido del orden jurídico reflejado en el Estado como su sujeto, o, también, el contenido del derecho político, o, dicho de otra forma, el Reich alemán como personificación de la Constitución de Weimar. Empero, el mismo Reich aparece numerosas veces en los preceptos de la Constitución de Weimar como sujeto de facultades y deberes, en consecuencia, el Estado no es sólo «concepto jurídico esencial», sino también «concepto jurídico de contenido» (4). Este «concepto jurídico de contenido» del Estado, pertenece

(4) Kelsen, obra cit., p. 275.

a la categoría de los conceptos jurídicos relevantes. Ahora bien, los conceptos jurídicos relevantes son conceptos de una realidad extrajurídica a la que el orden jurídico se refiere, conceptos que en ciertas relaciones transforma o agudiza, pero que en lo fundamental acepta tal como son en la vida. De este modo, también el «concepto jurídico de contenido» del Estado está referido en último extremo al Estado como hecho de la realidad y, de esta manera, el concepto real del Estado penetra en el mundo del derecho como un concepto jurídico relevante. El problema de la prioridad del Estado o del derecho se refiere, por un lado, al concepto normativo del Derecho y, por otro, al concepto real del Estado. Entre ambos conceptos no sólo no hay identidad, sino que, más bien, existe aguda tensión, tensión como la que se encuentra siempre entre una norma y una realidad, si bien aquí aún más potenciada. La norma «Derecho» es, en cierto sentido, una norma inadecuada para la realidad «Estado», pues también la idea del Derecho no es idéntica a la idea del Estado; el derecho, junto con el fin del Estado, es servidor de una idea que puede entrar en colisión con ese fin: la seguridad jurídica, y, además, es servidor, asimismo, de otra idea que en el primer momento es ajena al Estado: la justicia. El Estado acepta, por decirlo así, posteriormente a la justicia y a la seguridad como sus fines, y hasta se dispone a sacrificarlas en parte la razón de Estado, de tal modo, que llega a atenuarse en algo esa situación esencialmente ajena del Derecho como patrón con que medir al Estado, es decir, a resolverse en algo la tensión existente entre Derecho y Estado.

Nos encontramos, pues, de nuevo ante el problema de la prioridad del Estado o del Derecho, a consecuen-

cia del infructuoso resultado del intento de demostrar-nos la carencia de sentido de ese problema. Una tentativa hecha en vista de conciliar la prioridad del Estado con la obligatoriedad del derecho, es la teoría de la autovinculación del Estado a su derecho (GEORG JELLINEK). Pero ya vimos con motivo de nuestra crítica de la teoría del contrato, que la supuesta autovinculación jurídica no es en verdad autonomía, sino heteronomía, que la voluntad no se liga a sí misma, sino que es la voluntad de hoy la que queda sujeta a la voluntad de ayer, que es la voluntad empírica la que queda vinculada a la voluntad de un sujeto pensado como ideal. Igualmente, en la supuesta autovinculación del Estado a su derecho son distintos el Estado vinculante y el vinculado. Este último es el Estado como realidad jurídica, el primero es el Estado como totalidad de su derecho, aquél es el Estado tal como únicamente aparece en el problema, es decir, según su concepto real, éste es el orden jurídico mismo, de tal manera, que nos encontramos ante el problema, en modo alguno simplificado, de cuál sea la norma supraestatal que liga el Estado a su derecho. La teoría de la «normatividad de lo fáctico» de JELLINEK que viene a preguntar, en último extremo, si según la concepción de una determinada época el Estado se liga o no a sí mismo mediante su declaración abstracta de voluntad, no responde al problema, sino que más bien le da un corte. Pues, la «normatividad de lo fáctico» es una paradoja; nunca de un ser puede surgir un deber ser, un hecho, como es la concepción de una determinada época, sólo puede ser normativo, en el caso que una norma le haya conferido a él esa normatividad.

Nos vemos, pues, impulsados a marchar por encima, tanto del derecho positivo como del Estado, y

hacia un mundo, no de hechos, sino de normas, que no son ya estatales y positivas, sino que sólo pueden ser de derecho natural. Como ya fue mostrado, de hecho el positivismo jurídico y estatal, llevado hasta su extremo supone, cabalmente, un precepto de derecho natural. «Cuando en una comunidad haya quien detente de modo supremo el poder, lo que él ordene debe ser cumplido.» En nuestras reflexiones sobre la validez del derecho, reconocimos la justificación de este poder imperativo del que detenta el poder en un momento determinado, porque sólo él puede decidir de un modo autoritario la lucha de las opiniones jurídicas, o, dicho de otra forma, porque sólo él está en situación de que su decisión se haga vigente, es decir, efectiva —en resumen, porque sólo él puede proporcionar la seguridad jurídica—. Ahora bien, si semejante seguridad jurídica es el fundamento del derecho a legislar que tiene el poder estatal de un cierto momento, tiene ella, también, que constituir sus límites. Sólo en méritos de la segura vigencia de sus leyes tiene el Estado el derecho de legislar. Esta seguridad se frustraría si el Estado mismo pudiera libertarse de su vinculación a estas leyes. La misma idea de la seguridad jurídica que llama al Estado a legislar, exige su propia sujeción a las leyes. El Estado ha sido llamado a legislar sólo con la condición de que él mismo se tenga por sujeto a sus leyes. Con el precepto *jusnaturalista* que justifica la facultad legislativa del que detenta el poder en un cierto momento, está, pues, indisolublemente unido el otro precepto, también de derecho natural, que exige la sujeción de ese poder a sus propias leyes. El detentador del poder deja de estar justificado en su derecho a legislar, tan pronto como el mismo rehuye el cumplimiento de sus

leyes. Al empuñar el poder estatal se acepta de modo necesario e ineludible la obligación de realizar el Estado de derecho. El Estado está, pues, sujeto a su derecho positivo, por un derecho suprapositivo, natural, por el mismo precepto del derecho natural con el que únicamente puede fundamentarse la vigencia del derecho positivo. Se ha interpretado esta exigua medida de la sujeción del Estado tan sólo a su propio derecho positivo, como un empobrecimiento positivista de la idea del Estado de derecho, pues ésta, se hace observar, significaba en su forma originaria la sujeción del Estado a los derechos preestatales del hombre y al derecho natural supraestatal, y, por eso, se exige que la idea del Estado de derecho deba significar, de nuevo, la aplicación de una determinada idea del derecho, y no del concepto del derecho en general, a las relaciones de los individuos con el Estado (5). Empero, no debe menospreciarse la mera aplicación del concepto del derecho a la construcción del Estado de derecho. Pues, derecho es sólo aquello que tiene el sentido de ser justicia; ahora bien, con la justicia se da la igualdad. Una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad. Esta idea tiene en la realidad jurídica fuerza suficiente para obligar al interés y a la arbitrariedad, por lo menos, a revestirse de forma jurídica. Lo que esto significa se expuso en otro lugar. Vimos allí cómo la libertad, exigida por la burguesía en su propio interés, por el hecho de ser otorgada en la forma del derecho, tuvo que ser necesariamente fa-

5) DARMSTAEDTER, *Die Grenzen der Wirksamkeit der Rechtsstaat* (Los límites de la efectividad del Estado de derecho), 1930.

vorable al cuarto estado hasta contra el interés de la misma burguesía: en la forma de libertad de coalición. Además, muchas disposiciones arbitrarias del Estado han sido interpretadas por los órganos de la administración de justicia como preceptos jurídicos, por consiguiente, en el sentido del principio de igualdad. La interpretación ejercitada por un estamento de «jushonoratiorem» (MAX WEBER), cuyo honor profesional estriba en realizar su labor con correcta técnica jurídica, es el vehículo de aquella propia legalidad de la forma jurídica, que desprende al derecho de la raíz del interés y hasta, finalmente, lo hace valer aun en contra de ese interés. Precisamente, por causa de esta propia legalidad, es por lo que la clase sometida puede tener interés en la realización del derecho establecido por la clase dominante. Por eso, muchas veces en las luchas por el derecho la clase oprimida se convierte en defensora del orden jurídico con el que se ha cubierto la clase dominante, y esto, porque este derecho, aunque es un derecho de clase es, a su pesar, un derecho de clase, porque con él no surge con plena desnudez el interés de la clase dominante sino cubierto con el ropaje del derecho, y porque la forma del derecho, cualquiera que sea su contenido, favorece, cabalmente, siempre a los oprimidos.

Con frecuencia los juristas son enemigos de Cristo, así se dice: un perfecto jurista es un mal cristiano.

LUTERO.

27 El Derecho eclesiástico.

Catolicismo. RODOLFO SOHM. LUTERO. La constitución de la Iglesia Evangélica.

La filosofía del derecho eclesiástico es sólo un fragmento de la filosofía religiosa del derecho, la cuestión en torno a la Iglesia y al derecho eclesiástico es una parte del problema Religión y Derecho. Cuando el catolicismo dice que el derecho eclesiástico procede de Dios, toda otra clase de derecho ha de provenir para él de la misma fuente. Cuando LUTERO califica el derecho de cosa totalmente terrena, tiene que referirse, igualmente, esta calificación al derecho eclesiástico: también es un derecho sin Dios. Y no se puede afirmar con RODOLFO SOHM que el derecho eclesiástico está en contradicción con la esencia de la Iglesia, sin creer con LEÓN TOLSTOI que todo derecho está en contradicción con la Religión, que todo derecho está de espaldas a Dios.

Para el catolicismo la Iglesia es una y la misma, sea en sentido religioso sea en sentido jurídico, el derecho eclesiástico tiene la misma significación religiosa que la doctrina eclesiástica, pues es, también, una institución divina. Aunque para Dios, que los ha instituido, puedan estar derecho eclesiástico y doctrina de la Igle-

sia en relación de medio a fin, para el hombre ambos poseen idéntica obligatoriedad, no meramente condicionada, sino categórica. Esto significa que el derecho eclesiástico no es un simple medio para el fin de la vida religiosa, sino un fin en sí. De esta manera, de la institución divina se deduce el valor propio de la Iglesia: su valor no se agota en servir a la vida religiosa de sus creyentes, sino que lleva consigo su propio valor, sin consideración a sus efectos santificantes para sus miembros. No es, por tanto, una forma social individualista, ni tampoco una persona colectiva supraindividualista, sino, más bien, una comunidad transpersonalista de tarea y obra —establecimiento mejor que corporación—. El sacerdote que ofrenda el sacrificio de la Misa, no para otros creyentes, cuya presencia no es necesaria, ni para sí mismo—ya que el milagro de la misa no se realiza ex opere operantis, sino ex opere operato—sino en méritos sólo de la transubstanciación misma, es una imagen sensible de esa misión suprapersonal de la Iglesia. Es también decisivo para la organización de la Iglesia el que ésta no se construya desde abajo, partiendo de los beneficiarios de sus bienes santificantes, sino desde arriba, desde los partícipes en las fuerzas religiosas santificantes, que se construya, pues, de modo jerárquico y autoritario. El origen divino del derecho eclesiástico determina su posición frente al Estado y al derecho estatal. Todo derecho participa de la divinidad del derecho eclesiástico. Junto al derecho revelado por Dios, en el que la Iglesia descansa, está el derecho natural otorgado por Dios a los hombres y cuya realización es la tarea del Estado. El derecho eclesiástico y el derecho estatal, en cuanto éste se mantiene fiel a su destino, manan ambos

de la misma fuente divina y no pueden, por tanto, hallarse en recíproca contradicción. Si el derecho estatal se alejara de su origen divino, entonces la primacía correspondería indiscutiblemente al derecho divino. De esta manera, se desarrolla con extraordinaria plenitud un mundo jurídico unitario, a partir del punto medio dominante del derecho divino revelado.

Los peligros de esta equiparación del espíritu de la Iglesia con el derecho eclesiástico, que es el punto de partida del sistema católico, han sido agudamente expresados por GÜNTER HOLSTEIN: «Cuando se quiere asegurar al Verbo y al Espíritu con el Derecho y el Oficio, y se cree, por tanto, que siempre están unidos entre sí Oficio, Derecho y Espíritu, en verdad, lo que se hace es poner al Derecho y al Oficio sobre el Espíritu y el Verbo, y entonces, no deciden —y eso es consecuencia ineludible— en último extremo el Verbo y el Espíritu sobre los modos y conducta del Oficio, sino que las autoridades del Derecho y del Oficio determinan, por su decisión, los modos y el contenido del Verbo» (1).

En el fondo, es este peligro el que ha sido descrito por Dostoiewski como realidad de la Iglesia católica en la grandiosa escena del Gran Inquisidor con el Salvador reencarnado. Aquí corresponde, también, la doctrina de RODOLFO SOHM sobre la contradicción entre Iglesia y derecho eclesiástico. Con la esencia de la Iglesia, que debe fundarse en la Fe y en el Amor, por tanto, en la intimidad y la espontaneidad, son incompatibles el formalismo y la coacción del Derecho. El forma-

(1) HOLSTEIN, Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts (Los fundamentos del derecho eclesiástico evangélico), 1928, p. 220.

lismo jurídico no puede decidir sobre la beatitud, ni la coacción jurídica obligar a una vida cristiana. Mas, en verdad, esa tensión entre lo jurídico y lo religioso no se funda sólo en la coacción y el formalismo, sino en la naturaleza fundamental de la mentalidad jurídica que atiende únicamente a lo sintomático; en su «exterioridad». La mentalidad jurídica significa, considerar la conducta externa como lo esencial y mirar de soslayo a la situación de conciencia de que aquélla brota; significa, contentarse con la conducta externamente conforme con el derecho, sin exigir la correspondiente actitud espiritual; significa, ver únicamente en el cumplimiento de los deberes jurídicos el cumplimiento de una pretensión ajena y de un precepto que obliga desde fuera. En cambio, para la consideración religiosa, todo es cuestión de conciencia, fe y amor; fe y amor a los que no obliga ni pretensión ajena ni compulsión de precepto, sino que brotan libres y generosos de un desbordamiento del alma. En el derecho, empero, las más de las veces, no existe sólo un deber frente a una facultad, sino la facultad de uno frente a la facultad de otro. Esta es la esencia de la justicia igualitaria que podría caracterizarse así, como la compensación de dos egoísmos y que significa, a tenor del precepto *do ut des*, que sólo debe servirse al provecho ajeno, cuando uno encuentre en ello el provecho propio, lo cual representa, exactamente, lo contrario de la relación fundada en el amor. Estas contradicciones entre el Derecho, por una parte, y el amor y la fe, por otra, obligan, pensando hasta el final, a reconocer, no sólo con RODOLFO SOHM, una oposición entre la Iglesia y el derecho eclesiástico, sino con LEÓN TOLSTOI, una oposición, en absoluto, entre Religión y Derecho; pues las

pretensiones de la ética cristiana del amor, no quieren valer únicamente para la vida dentro de la Iglesia, sino para toda la vida universal, y, de este modo, chocan por doquier con el Derecho. Por tanto, no sólo el derecho eclesiástico, sino todo derecho estaría de espaldas a Dios.

Igual a como, según la concepción católica. Dios ha prescrito al mundo y a la Iglesia su derecho, también para SOHM y TOLSTOI descansaría la conformación jurídica del mundo y la Iglesia en la ordenación divina, sólo que esta ordenación, en completa oposición a la idea católica, se orientaría a la liberación de todo orden jurídico, al logro de una anárquica comunidad de amor. «El catolicismo enseña que Cristo ha otorgado a su Iglesia una ordenación jurídica invariable y fija en sus rasgos fundamentales. SOHM enseña que Cristo ha dado desde el comienzo a su Iglesia una organización invariable, de tal suerte que, fundamentalmente y para toda época, excluye cualquiera conexión con el Derecho. Lo uno es tan equivocado como lo otro (2). Según la concepción luterana, Jesús ni ha prescrito ni ha impedido una ordenación jurídica de su Iglesia; el Derecho ni es de Dios ni está contra él, sino que, simplemente, carece o está fuera de Dios—contra Dios sólo en el caso que afirme un origen divino, y cuando, en consecuencia, el derecho eclesiástico invada el lugar reservado al espíritu de la Iglesia. «El Gobierno del mundo tiene leyes que sólo pueden extenderse al cuerpo, a los bienes y a todo lo que está externamente sobre la tierra, pues sobre las almas Dios no permite

(2) Cf. KAHL, *Lehrsystem des Kirchenrecht und der Kirchenpolitik* (Sistema de derecho y de política eclesiásticos), 1894, p. 74.

más gobierno que el suyo propio. Por eso allí donde el poder terreno se permita legislar sobre las almas, invade el gobierno de Dios y tan sólo corrompe y pierde a las almas. Deben, pues, distinguirse con cuidado sumo ambos gobiernos, y respetar la existencia de los dos, el uno santifica, el otro crea la paz e impide las malas obras». (Lutero) (3).

Sohm y Tolstoi afirman que el derecho «incesantemente se permite legislar sobre las almas», que el ámbito de la vida cristiana es ilimitado ciertamente, pero que allí donde la mentalidad jurídica comienza, cesa necesariamente la vida cristiana. Pero aunque, según esto, el derecho fuera anticristiano, por otra parte, no puede la cristiandad existir sin derecho —por lo menos una cristiandad que no se proponga ser un plantel de héroes del amor. La misma Ética cristiana no pretende de los hombres nada que sea demasiado humano, sino sólo humano, cuando exige querer al prójimo como a uno mismo, suponiendo así, tácitamente, una regla mínima para asegurar la propia conservación, es decir, suponiendo la ordenación jurídica necesaria para el cumplimiento de este fin. Sólo cuando la tendencia a la propia conservación ha sido en parte satisfecha, es cuando puede penetrar en la conciencia el impulso amoroso hacia el prójimo.

Así es como, progresivamente, LUTERO ha ido concediendo al Derecho, junto al amor, un espacio cada vez más amplio, sin querer resolver por eso, en lo más mínimo, la relación de tirantez existente entre el amor y el Derecho —más bien, esta tensión ha sido desplazada al fondo de toda alma humana, para alcanzar allí

(3) Cf. KÖHLER, *Luther und die Juristen* (L. y los juristas), 1873, p. 8.

su mayor agudeza. Cristo con su doctrina de la no resistencia al mal pensaba en el hombre en tanto cristiano, pero no en cuanta posible persona investida de autoridad. «Cristo mantuvo a la autoridad en su oficio y derecho, y adoctrinó a los cristianos, como simples gentes fuera de todo gobierno y dirección, en la manera como debían vivir con respecto a su persona, de modo que no desearan venganza alguna y estuvieran dispuestos, donde fuera necesario, y cuando alguien les golpeara en un carrillo, a ofrecerle también el otro.» A la autoridad incumbe garantizar el derecho, pero el lesionado no debe hacer nada por sí mismo: «El poder debe, por tanto, protegerle por propio impulso o por excitación ajena, pero sin que él se queje, busque o demande. Si el poder nada hace, debe dejarse matar y calumniar, sin oponerse al mal, tal como dicen las palabras de Cristo.» Posteriormente, LUTERO ha permitido la defensa de su derecho, no sólo a la autoridad, sino también al mismo individuo. «Un cristiano ha de ser, en algún sentido, una persona unida al mundo, pues a lo menos con su cuerpo y con sus bienes está bajo el César... y esto, en cuanto pertenece a un estamento u oficio y tiene casa, mujer e hijos, todo lo cual es del César. Eres un cristiano respecto a tu persona, pero en relación a tu vasallo eres otra persona y estás obligado a protegerle. Date cuenta, que hablamos ahora de un cristiano in relatione, no de un cristiano en sí, sino ligado en esta vida a otra persona, de modo que está sobre ella o bajo ella, o simplemente a su lado» (4). El cristiano debe vivir, a la par, en dos mundos: como cristiano en uno y como persona terrenal en otro, em-

(4) KÖHLER, obra cit., p. 12, p. 13 ss.

pero, debe vivir en el mundo del derecho como si no viviera en él.

El derecho permanece, pues, completamente in-esencial y sin consagración, en absoluto terrenal, sin relación con la Religión y religiosamente indiferente. «El derecho de este mundo es un derecho débil, limitado e impuro, que mantiene penosamente la paz temporal y la vida del cuerpo.» En ello no hay distinción alguna entre derecho eclesiástico y derecho estatal, pues el derecho eclesiástico era para LUTERO derecho estatal. Su interés se limitó completamente a la reforma de la doctrina de la Iglesia, el derecho era para él obra humana sin ninguna significación religiosa. La organización episcopal de la Iglesia católica, en cuanto forma jurídica sin significación religiosa, podía muy bien continuar viviendo, sólo con que fuera llenada con el contenido de la verdadera doctrina evangélica. Esto, sin embargo, no se hizo, y hubo de darse al protestantismo, fuera de la Iglesia católica, su propia organización jurídica. LUTERO, sin embargo, con apostólico idealismo y penetrado de extraordinaria y funesta indiferencia ante toda exterioridad sin significación religiosa, pensaba que la organización jurídica no era cosa religiosa sino terrenal y, por tanto, que era tarea del Estado y no de la Iglesia. El señor territorial, como «miembro preeminente de la Iglesia», tiene el deber de disponer de su fuerza en beneficio de la misma, y con el Estado y dentro de éste, regir y organizar, asimismo, a la Iglesia. «La totalidad del derecho se dejó a la espada y a la autoridad: no existen como esencialmente diferentes un derecho eclesiástico y otro terrenal» (5).

(5) HOLSTEIN, obra cit., p. 87.

De esta concepción del derecho en LUTERO, se deriva (otra cosa es en el calvinismo), el que el espíritu protestante no encontrara en la pura constitución estatal de su Iglesia su propia expresión organizadora, el que con un solo espíritu tuviera distinto derecho eclesiástico dentro de los límites de cada Estado, y que junto con el Estado estuviera la Iglesia sometida al imperio del Señor absoluto. El Estado, llamado por LUTERO a la organización de la Iglesia, era considerado por él, únicamente, como un Estado cristiano, de modo que su jerarquía suprema no era sólo mero soporte del poder estatal, sino miembro de la Iglesia con deberes para con ella. Ahora bien, a medida que el Estado cristiano se temporalizaba, tenían que aparecer los órganos del Estado como cuerpos extraños en la vida constitucional de la Iglesia. De esta manera, en un proceso que duró varios siglos de trabajos legislativos y jurídicos, fue realizándose la separación de la Iglesia evangélica del Estado, su evolución hacia la independencia y la unidad, hasta por fin encontrar su término en la constitución de Weimar. «No existe ninguna Iglesia del Estado.» (Art. 137). Al mismo tiempo, la Iglesia evangélica trataba de volver cada vez más a una reforma de su derecho que estuviera de acuerdo con su espíritu. En oposición a la concepción católica que ve en la Iglesia un valor religioso propio, la doctrina evangélica considera a la Iglesia como una institución hecha por los hombres, puesta al servicio de lo único que para ella tiene completo valor religioso: el alma humana. De acuerdo con esto, su constitución parte de abajo, de los individuos. A la organización transpersonal y autoritaria de la Iglesia católica, corresponde en la Iglesia evangélica una voluntad de organización individualista-

corporativa. De sernos permitido aplicar categorías políticas a la constitución eclesiástica, podríamos calificar a la Iglesia evangélica, por sus rasgos esenciales, de democrática y liberal: democrática en cuanto, de acuerdo con la idea religiosa del sacerdocio universal, reposa sobre los propios fieles, y liberal, en cuanto en ella hay lugar para la soberanía de la creencia —es decir, para la soberanía de Dios que produce la fe—, pero impidiéndole pueda influir allí donde, dentro de la Iglesia, comienza propiamente la vida religiosa.

Con ello, hemos llegado al punto a partir del cual la separación de las Iglesias Católica y Evangélica en sus concepciones sobre el derecho eclesiástico, tiene un desarrollo consecuente. Para el Protestantismo la Iglesia, en el sentido de la fe, no puede aceptar la forma de un derecho eclesiástico, porque esta fe no significa tanto la fides quae creditur, cuanto la fides qua creditur, porque la fe, concebida no como un conjunto de verdades de fe intelectuales, sino de procesos individuales de fe, emocionales y de voluntad, es incapaz de conformación jurídica. Para el catolicismo, al contrario, el derecho eclesiástico, como corteza jurídica de un núcleo fijo de verdades de fe, es tan necesario como posible (6).

(6) BARION, Rudolph Sohm und die Grundlegung des Kirchenrecht (R. S. y la fundamentación del D. Eclesiástico), Recht und Staat, cuaderno 81, 1931.

La comunidad entre los pueblos de la tierra, desarrollada de un modo extraordinario y general, ha llegado tan lejos, que la transgresión jurídica cometida en un lugar de la Tierra es sentida en todos los demás; por eso la idea de un derecho cosmopolita no es una especie de representación fantástica y exagerada del Derecho, sino un complemento necesario del no formulado Código, jurídico-interno como también internacional, de los derechos públicos del hombre y de la paz perpetua.

MANUEL KANT.

28 El Derecho Internacional.

El problema. Individualismo: el Estado cosmopolita. Supraindividualismo: el dogma de la Soberanía y la negación del Derecho Internacional. Transpersonalismo; Derecho Internacional. La realidad del Derecho Internacional.

Está en la esencia del Orden jurídico el ser universal. El derecho no puede dar una regulación parcial, sin que ya por el hecho de la elección de las relaciones humanas que han de ser reguladas, no tome también una posición respecto a las no reguladas, justamente, por excluir a las mismas de efectos jurídicos. Por eso, un «ámbito jurídicamente vacío» es siempre sólo tal, por causa de la propia voluntad del orden jurídico, y en absoluto no puede decirse que sea un vacío jurídico en estricto sentido; no es un ámbito jurídica-

mente falto de regulación, sino más bien, un ámbito jurídicamente regulado en sentido negativo por la negación de todos los efectos jurídicos propios del mundo de los hechos regulados. El orden jurídico no ha querido nada en este supuesto ámbito jurídicamente vacío —lo que no puede decirse, es que haya querido no querer, lo cual sería una contradicción en sí. Una anarquía semejante al lado o por encima de un orden jurídico, es en verdad, una regulación anárquica por el orden jurídico del dominio de hechos en cuestión, su abandono al libre juego de fuerzas en él actuantes. Desde el punto de vista de un orden jurídico, sólo rige otro cualquiera, en cuanto le ha sido reconocido por el primero su ámbito de vigencia—ciertamente, que a su vez este otro orden jurídico tiene la pretensión de valer por sí mismo y de crear, por su parte, la posibilidad de vigencia de otros órdenes jurídicos. Por eso, es por lo que la pretensión de validez de todo orden jurídico singular, abraza la totalidad del globo terráqueo; el hecho que el derecho internacional privado sea una parte del orden jurídico nacional, muestra ya claramente la pretensión del derecho interno a regir sobre situaciones de hecho radicadas en el extranjero, aunque sólo sea de modo negativo impidiéndoles efectos jurídicos en su territorio. Todo orden jurídico tiene la pretensión de ser derecho universal, en todo orden jurídico está contenido el postulado de la «unidad del sistema normativo». (KELSEN). Con ello, por una parte, se fundamenta la necesidad conceptual de la coronación del sistema jurídico por un derecho universal—aunque cada uno de los órdenes jurídicos nacionales afirme contener en sí esta terminación universal del orden jurídico—y, por otra parte, por exigencias

de la seguridad jurídica, ya que todo orden jurídico mantiene la misma pretensión en contradicción con los demás, se postula la existencia de un derecho internacional por encima de todas las ordenaciones jurídicas nacionales. Con ello, está ya puesta perfectamente en claro, toda la problemática del derecho internacional, la contradicción entre su pretensión de vigencia universal —que sólo puede conceder a cada ordenación jurídica un ámbito particular de vigencia— y la pretensión de vigencia universal de todo derecho territorial singular, para quien la vigencia del internacional depende de su voluntad. La concepción jurídica individualista resuelve toda esta problemática de una manera, ciertamente, muy simple. El Estado singular está destinado a disolverse en un futuro Estado universal: el individuo sin individualidad, y, por tanto, sin nacionalidad, el elemento originario y atómico del Estado individualista es el ciudadano nato del mundo. El proceso de ideas que comienza con el individuo sin individualidad, lleva necesariamente a un Estado cosmopolita sin nacionalidades. La particularización de la humanidad en Estados y Naciones es una casualidad histórica y transitoria; de la concepción individualista del Estado, sólo se deriva, consecuentemente, el Estado cosmopolita comprensivo de toda la humanidad, sin tropezar en su camino a la Nación. «Cuando el individualista procede consecuentemente, puede llegar por ampliación de los límites del Estado al Estado universal—a lo que nunca llegará es al Derecho Internacional, concebido como un orden jurídico entre los Estados y por encima de ellos» (1). Posiblemente, el

(1) BINDER, Ph. des R. (F.^a del D.^o), 1925, p. 562.

Estado Universal retornaría a las naciones como divisiones administrativas, como provincias lingüísticas de la humanidad, mas, para la consideración sistemática —naturalmente no para la historia—, se concebiría a la Nación como posterior al Estado Universal, y creada por él y no anterior a él, exactamente igual a como al municipio sólo cabe pensársele dentro del Estado. La idea pura del Derecho no se preocupa para nada, por si y ante sí, de la separación de la sociedad en diversos Estados. De la validez universal del orden jurídico se sigue forzosamente la necesidad de una comunidad jurídica que se extienda sobre toda la sociedad. La existencia de una multiplicidad de Estados, como en general de comunidades políticas, es algo jurídicamente casual. El derecho ni lo exige ni lo rechaza. Es pura cuestión de oportunidad hasta qué punto y en qué forma puede considerarse valiosa la existencia en la sociedad de organizaciones jurídicas separadas, que correspondan a los límites casuales determinados por las condiciones geográficas, el lenguaje, los usos y las costumbres, la Religión, la raza o algo análogo». Tal nos dice LEONARD NELSON (2). De semejante modo de pensar podría deducirse un Estado universal descentralizado, pero nunca una sociedad de naciones. En efecto, para KANT la Sociedad de Naciones, como una unión de Estados, es sólo un sucedáneo del Estado cosmopolita, nunca realizable prácticamente (3). Empero, el Estado universal lleva en sí la carencia de individualidad que tiene el individuo

(2) *System der philosophischen Rechtslehre und Politik* (Sistema de filosofía jurídica y de Política), 1924, p. 511.

(3) HERBERT KRAUS, *Das Problem internationaler Ordnung bei Kant* (El problema del orden internacional en Kant), 1931, p. 30.

sobre el que, en último extremo, está fundado. Al partir de la humanidad abstracta del hombre, desemboca, por consiguiente, en la Humanidad como universalidad abstracta, y no en la Humanidad como totalidad concreta: es decir, llega a la humanidad «como nombre genérico del sistema natural» y no a la humanidad como «sujeto específico real e histórico». (SHELER). Por eso, LAGARDE llamaba a este Estado de la humanidad la «Internacional gris».

La idea del Estado universal pertenece a una época en que sólo se concebía al Estado jurídicamente —como «asociación de hombres bajo leyes jurídicas» (KANT)— y no se había producido, todavía, la doble unión con los conceptos de Nación y de fuerza. La idea del Estado como potencia nacional encontró su expresión jurídica en el dogma de la soberanía. En las tentativas por idear la sumisión del Estado soberano al derecho internacional, se repiten completamente los inútiles esfuerzos de la teoría individualista del derecho para llegar al Estado partiendo de los individuos soberanos con sus derechos imprescriptibles. En ambas ocasiones, se busca la solución del problema en la idea de la autovinculación —de modo, que lo mismo que el Estado se fundaba en el contrato social, se basa, ahora, el derecho internacional en el consenso de los Estados. Y en ambas ocasiones también, una más exacta consideración del problema muestra a la supuesta autovinculación como una vinculación proveniente de fuera. «Con la idea de la autovinculación puede explicarse todo menos una cosa: a saber, que para que haya Derecho internacional, debe existir una obligatoriedad proveniente de fuera, por virtud de la cual, la libre separación de la supuesta autovinculación libérrima, sea

una transgresión jurídica» (4). La apariencia de esta autovinculación sólo pudo surgir, cuando la individualidad concreta fue desplazada por el individuo abstracto, que sólo se guía de un modo consecuente por su verdadero interés. De la individualidad concreta no parte camino alguno que conduzca al contrato social, sino a la anarquía. De igual manera, partiendo de la individualidad estatal concreta, no puede llegarse, de un modo riguroso, al Derecho internacional, sino a la anarquía de los Estados, pues el «derecho anárquico» (GEORG JELLINEK), es una contradicción en sí, y un «derecho de coordinación» sólo cabe pensársele, semejante al derecho privado, sobre la base de un derecho de subordinación, pero no como un orden jurídico que no tolera ningún otro superior a él, que es lo que caracteriza al Derecho Internacional. Ni siquiera una autovinculación parcial mediante un contrato concreto es comprensible sobre el suelo de una coordinación anárquica. Si ninguna norma superior sujeta mi voluntad de hoy a mi voluntad de ayer, no se comprende la razón de permanecer en esa sujeción. En consecuencia, así como el anarquismo en su forma más aguda —MAX STIRNER— niega la obligatoriedad del contrato, de igual manera, el dogma de la soberanía, por el reconocimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, conduce, por lo menos, a una extraordinaria relajación de la obligatoriedad del contrato internacional. Del dogma de la soberanía se deriva, de un modo consecuente, la

(4) Cf. RICHARD THOMA en *jus naturae et gentium, eine Umfrage zum Gedächtnis des Hugo Grotius* (-una encuesta en memoria de H. G.). Impreso aparte, y en el vol. 24 de la *Zeitschr. f. internationale Recht*, 1925, p. 67.

negación de la naturaleza jurídica del derecho internacional y de la fuerza obligatoria de los contratos entre Estados (5).

El mismo dogma de la soberanía exige, empero, una crítica inmanente. La concepción del Derecho Internacional como un anárquico derecho de coordinación, deriva de la posibilidad de que puedan existir al mismo tiempo una multiplicidad de Estados soberanos. La verdad es, sin embargo, «que el Estado, al declararse soberano, es decir, al suponerse de un modo absoluto como ser jurídico supremo, tiene que ser el único ser jurídico, o, dicho de otra forma, la soberanía de un Estado excluye la soberanía de todo otro Estado y, con ello, a todo otro Estado como comunidad soberana» (6). «La soberanía de un Estado excluiría inmediatamente la de otro Estado y, de esta manera, se destrozaría a sí mismo como principio jurídico universal» (7). Se piensa a cada Estado como soberano dentro del ámbito de su dominación, pero una pretensión de validez absoluta para un ámbito limitado de validez es una *contradictio in adiecto*. Que la soberanía no es susceptible de limitación a un determinado conjunto de materias, es algo que llegó a perfecta claridad a lo largo de la lucha contra la división de la soberanía en el Estado federal. Y lo que decimos para esas materias no es menos cierto respecto al lugar, al territorio. Si todo orden jurídico soberano singular no hace valer su pretensión a

(5) HELLER, *Souveranität*, 1927, p. 161, determina precisamente a la soberanía como la propiedad de un Estado, por cuya virtud, sobre la base de la pretensión absoluta a su conservación, «se afirma absolutamente, en casos dados, aun contra el derecho».

(6) Kelsen, *Allg. Staatslehre* (T.^a general del Estado), 1925, p. 106.

(7) NELSON, obra citada, p. 517.

la dominación de la totalidad de la tierra, es porque, mediante una prudente autolimitación, se detiene en sus propias fronteras, pero no porque otro orden jurídico le haya ordenado detenerse en ese límite —pues ya, entonces, no sería soberano al ceder a ese mandato. Cada Estado se traza sus propias fronteras (Cons. alemana, art. 2), y desde el punto de vista del dogma de la soberanía no es otra cosa que una feliz casualidad, el que las fronteras que un Estado se ha dado a sí mismo, coincidan con las fronteras que el Estado vecino se dio también para sí. Ahora bien, si lo casual es lo inexplicable, esto quiere decir que el dogma de la soberanía es incapaz de explicar un hecho tan sencillo como la concordancia de las fronteras de los Estados en las constituciones de los mismos. Es, además, incapaz de explicar el reconocimiento recíproco de los Estados como sujetos jurídicos equiparados y contrayentes de un contrato. Del dogma de la soberanía surgen aquí, iguales oposiciones que las que se manifiestan en las relaciones entre el Estado y la Iglesia con las teorías legal y del privilegio sobre el Concordato: a cada Estado aparecería como concesión graciosa, otorgada por un acto jurídico unilateral, el reconocimiento y la promesa contractual dada a otro Estado. La imagen de la coexistencia de los Estados que el dogma de la soberanía ofrece, no es la de una comunidad jurídica de sujetos de derecho obligados a un recíproco reconocimiento, sino la de una arena llena de fieras, cada una de las cuales pretende todo el espacio para sí y que, incapaces de destrozar o ahuyentar a las otras, se resignan mientras tanto a dar vueltas y a gruñirse.

La idea de la soberanía del Estado es completamente igual a la idea jusnaturalista del hombre-sobe-

rano, que introduce en el Estado sus propios derechos preestatales, y que pretende que aquél se adapte a la medida de sus derechos. Entre tanto, se ha reconocido que el hombre no entra en el Estado como sujeto de derecho, sino que llega a ser sujeto de derecho precisamente por obra del Estado. Ahora bien, la soberanía no es otra cosa que la característica del sujeto de derecho internacional: un Estado no es sujeto de derecho internacional por ser soberano, sino que es soberano por ser sujeto de derecho internacional. No debe obtenerse el concepto de soberanía de una especulación jusnaturalista, como concepto independiente del derecho internacional, sino justamente del derecho internacional mismo. Y obtenida según este método, no significa que un Estado no tenga sobre sí ningún otro poder jurídico, ni aun el mismo Derecho Internacional —como necesariamente debe concluirse—, sino, precisamente, el que este Estado está ligado de un modo inmediato al derecho internacional, que él «en méritos del derecho, no está obligado a obedecer a otras normas jurídicas que aquellas del derecho internacional» (8). De este modo, un derecho internacional sobre Estados soberanos, deja de ser una contradictio in adiecto y hasta se convierte en una tautología.

La subsistencia de los Estados nacionales, unidos por el derecho internacional y por una sociedad de naciones, es el lema de política exterior del transpersonalismo cultural. El transpersonalismo se opone, por una parte, a la disolución de los Estados nacionales en un Estado universal, pues no puede olvidar que el in-

(8) Cf. THOMA, obra citada, p. 69; VIKTOR BRUNS, *Völkerrecht und Rechtsordnung* (El orden jurídico y el derecho internacional), p. 34.

dividuo sólo es creador de cultura dentro de una comunidad nacional. Pero se opone, igualmente, a la absolutización del Estado nacional dentro de la forma descrita de la anarquía entre los Estados, pues no puede pasar por alto que las tareas culturales son en sí mismas de naturaleza internacional. No hay ninguna verdad particularmente alemana, ni ninguna belleza o moralidad de ese carácter, como tareas del obrar cultural. Nación cultural y cultura nacional, no constituyen ninguna idea de fin. De igual modo que la nota personal, la coloración nacional no debe ser nunca una idea adherida al esfuerzo por la cultura. Quien no busca la cosa, sino lo suyo, la expresión orgullosa de la particularidad individual o nacional, malogra la cosa sin arribar ni a la personalidad ni a la Nación. Como la personalidad, la Nación pertenece, también, a aquellos valores que uno alcanza cuando no se los persigue, a aquellos que se logran sólo por la entrega a la cosa con completo olvido de sí mismo. El continuo esforzarse por el carácter nacional en todas las manifestaciones, más que un medio curativo, es una característica de toda conciencia nacional débil y poco madura.

La vida, mientras se la vive, está únicamente bajo las leyes universales de lo Bueno, lo Verdadero y lo Bello; sólo a la vida ya vivida corresponden las valoraciones «personalidad» y «nación». Estas pertenecen a la historia, y es por eso característica de una época histórica, el que se convierta en metas vitales, valoraciones que pertenecen exclusivamente a la posterior consideración histórica. Cuando la conciencia nacional fue más fuerte, fue cuando una nación creyó tener la misión de una idea supranacional. Esta es la estructura

de la conciencia nacional: ser la conciencia de un pueblo soporte nato de un valor de humanidad, es decir, ser un pueblo-humanidad. La conciencia nacional por sí misma, nada sabe de la particularidad nacional de lo que se reclama ni de lo alcanzado; fijar su coloración y su condicionalidad nacional es una tarea posterior de la historia. Crear valores humanos sin preocuparse, con el espejo en la mano, por la particularidad nacional, dejando que las generaciones posteriores puedan reconocer, sin embargo, en la obra valiosa los rasgos de la nación, esta es únicamente la tarea de un pueblo consciente de sí mismo. Ahora bien, en cuanto por una parte la cultura está orientada a fines supranacional es, y en cuanto, por otra, estos fines sólo pueden realizarse en la nación y en forma nacional, es por lo que debe reclamarse la comunidad cultural internacional sobre el suelo de la diferenciación de las culturas nacionales, así como la organización unitaria, pero descentralizada del mundo.

Nuevamente se nos patentiza la fecundidad de la división fundamental de los puntos de vista de la Filosofía del Derecho: el individualismo reclama el Estado universal, la concepción supraindividualista del Estado y del Derecho conduce al dogma de la soberanía y a la negación del derecho internacional, y la concepción transpersonalista se nos muestra como el fundamento del derecho internacional y de la sociedad de naciones. La última concepción corresponde a la tendencia evolutiva de la realidad, pues hay un derecho internacional positivo, mantenido por una voluntad común supraestatal, y manifestado en los tratados expresamente concluidos y en el derecho consuetudinario tácitamente reconocido. Es cierto que sólo una pe-

queña parte de las relaciones internacionales está regulada de uno u otro modo. Empero, para llenar sus lagunas tienen validez los preceptos fundamentales del clásico art. 1.º del Código civil suizo. La regla de derecho aplicable, hay que deducirla en primer lugar de la «doctrina acreditada y de la tradición», es decir, de aquellos preceptos jurídicos considerados fundamentales que se formaron sobre el suelo del Derecho Natural, y que todavía se imponen a los espíritus aun después que aquel derecho natural pasó a ser un hecho histórico. Por consiguiente son preceptos que han llegado a ser Derecho Internacional positivo (9). En segundo lugar, para la decisión del caso de derecho internacional hay que acudir «a la regla que uno mismo daría en el caso de ser legislador». Con ello parece que se hipostatiza al derecho justo en derecho positivo, y que se evaporan los límites exactos entre la validez absoluta y la validez real del Derecho. Mas, en verdad, esta objeción tiene tan poca virtualidad con respecto a la aplicación del derecho internacional como respecto a la declaración del derecho interno; pues detrás del precepto jurídico obtenido por este procedimiento creador, está la voluntad común estatal y supraestatal, que soporta la totalidad del orden jurídico tanto del Estado como el supraestatal; porque lo mismo que entre los individuos, debe haber un derecho entre los Estados, y porque en esta voluntad común para el derecho está ínsita la tendencia a la plenitud jurídica universal, que no tolera lagunas ni ámbitos ju-

(9) Cf. ERNST TROELTSCH, *Naturrecht und Humanität in der Weltpolitik* (Derecho natural y humanidad en la política mundial), 1923, y además mi aportación a la encuesta «Jus naturae et gentium», p. 55.

rídicos vacíos, como dijimos al comienzo de este capítulo (10).

El dogma de la soberanía, vacilante entre la afirmación desganada del derecho internacional y su abierta negación, se caracteriza, empero, por el reconocimiento del derecho a la guerra, que con absoluto paralelismo es, a la par, fenómeno y negación del derecho internacional.

(10) Cf. BRUNS, obra citada, p. 31.

29 La Guerra.

La Guerra ante la Ética, la Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia y la Filosofía de la Religión.

El juicio de valor sobre la guerra no debe fundarse, como sucede muchas veces, en lo favorable o desfavorable de sus efectos conexos, sino en el modo cómo satisfaga su propio destino. Aunque la guerra, y sólo ella, fuera apropiada para despertar y probar virtudes heroicas y fuerzas vitales, serviría esto para apoyar un juicio sobre la misma tan poco, como si para juzgar del proceso se dijera que sirve para ejercitar la agudeza y ampliar los conocimientos jurídicos. El sentido específico de la guerra lo constituye la victoria y la derrota, es decir, la decisión de un litigio —si se trata de la decisión de un litigio jurídico, o de una cuestión de intereses, es decir, una colisión de valores, es cosa que se considerará más adelante. Por consiguiente, su crítica se desprende de la investigación de si representa un método con sentido para el fallo de una contienda (1).

(1) Cf. para lo siguiente RADBRUCH, *Zur Philosophie dieses Krieges* (Para la filosofía de esta guerra), *Archiv f. Soz. Wiss.*, vol. 44, p. 139 ss.; SCHELER, *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg* (El genio de la guerra y la guerra alemana), 1915, y también otro libro del mismo SCHELER, *Die Idee des Friedens und der Pazifismus* (La idea de la paz y el pacifismo), 1931.

Consideremos a la guerra con el instrumento metódico de todas aquellas disciplinas filosóficas que tienen por objeto la valoración de la conducta humana. Pues bien, la Ética es incapaz de resolver el problema de la guerra. Su juicio de valor no se refiere a la guerra y al fallo que ella supone, sino a la participación de los individuos en la misma, a su culpabilidad o su inocencia en el hecho de la guerra. Mas, entendida de esta suerte, no es fácil determinar de modo unívoco esa culpabilidad, pues mientras la guerra tenga validez como institución jurídica, está ínsito en todo paso de la actividad diplomática, aunque sea en forma sutil, el *dolus eventualis* de la guerra, es decir, toda política está orientada por la posibilidad de la guerra. La conocida frase de que la guerra es sólo la continuación, con otros medios, de la política, fundamenta no tanto que la guerra está determinada por la política, como que la política está determinada en su esencia por la guerra. De igual modo a como el valor de los billetes descansa en el encaje oro del Banco, sin que este pensamiento venga a las mentes de la mayoría de los que los manejan, así, el más pequeño movimiento diplomático, aunque para nada aluda a la *última ratio*, apoya en fin de cuentas su efectividad, en el acopio de hombres y fusiles, caballos y cañones, aviones y tanques que en caso necesario puedan entrar en movimiento. La política se comporta con la guerra, de igual manera a como lo hace la amenaza de fuerza con la fuerza misma. Y así, muchas veces, aun contra la voluntad de los que sostienen esa política, tiene que desembarcar en la guerra forzosamente, pues, en caso contrario, quedaría como amenaza ineficaz. No se puede estar continuamente golpeando en la espada, sin que

en un caso dado se vea uno forzado a golpear con la espada.

Únicamente la cuestión de la culpa de la guerra es un problema de la Ética; la cuestión del derecho a la guerra, de la guerra justa, es un problema de la Filosofía del Derecho. Las teorías jurídicas de la guerra buscan el criterio de la guerra justa, en la reacción a una injuria padecida o preexistente, en la retribución, en la realización obligada, pero sobre todo en el estado de necesidad. Empero, si la guerra no fuera otra cosa que un modo de dirimir una cuestión jurídica, para aquellos que no creen en la armonía preestablecida del derecho y la fuerza, sería, entonces, el medio más inapropiado que pensarse puede, una forma procesal que para la contienda jurídica se abandonó hace mucho tiempo con la prohibición del duelo judicial. Además, no sería así, precisamente, aquello por lo que ha sido alabada: «el motor del género humano»; pues, hacer depender el derecho a la guerra de la injuria sufrida o amenazada, significa que el derecho esté siempre de parte de lo existente, que esté siempre de acuerdo con los que pretenden la conservación del sistema jurídico transmitido, y nunca con los que se esfuerzan por su transformación; significa atribuir la invariabilidad para todas las épocas, a la casualidad histórica de la distribución entonces existente del derecho sobre la superficie de la tierra. Pero ante todo, lo que hacen las teorías jurídicas de la guerra es anular el concepto mismo de la guerra. Si la guerra justa no fuera otra cosa que el estado de necesidad ante la iniuria, carecería entonces de sentido y sería una nueva iniuria la resistencia del enemigo, la oposición de un estado de necesidad a otro estado de igual naturaleza; la guerra equivaldría a

una expedición de castigo contra un enemigo moralmente inferior, se calificaría de criminal al enemigo, y desaparecería el carácter de la guerra como una lucha entre enemigos con iguales derechos (2). No, la guerra no puede proponerse demostrar un derecho existente, sino únicamente crear nuevo derecho. El derecho a la victoria no es supuesto, sino efecto de la guerra, es un derecho que se gana y se patentiza mediante la guerra.

Con esto, sin embargo, hemos realizado el tránsito a la Filosofía de la Historia. Pues, la valorización de los sucesos por sus consecuencias pertenece a la Filosofía de la Historia. Una guerra justa sería, según eso, una guerra victoriosa. El problema de la guerra justa, empero, no quiere ser contestado después de la guerra, sino antes de la misma. El derecho a la guerra, por el que entonces se preguntaba, no puede ser el derecho a la victoria fijado, precisamente, luego de ésta, sino sólo el derecho a entrar en la guerra. Mas, al mismo tiempo, surge en lugar de la consideración filosófica jurídica de la guerra justa, que sólo permite su aplicación a una o a otra parte, el concepto de la guerra igualmente justa para ambas partes; y sólo entonces, cuando la justicia de la guerra se refiere a ella en su totalidad y no a la posición de una de las partes contendientes, es posible obtener un fundamento ideológico al respeto del enemigo y a la equiparación jurídica del contrario, que per-

(2) Cuando el pacto Kellog proscribiera la guerra de agresión, elimina en absoluto a la guerra en el sentido que hasta aquí tuvo. Pues la defensa contra una agresión, que el pacto permite, no es una guerra defensiva, ya que en ella el derecho se opone a la injusticia, y la guerra supone la existencia de dos enemigos igualmente justificados en su actitud y con iguales derechos.

tenecen a la esencia misma de la guerra. El dilema planteado ante la consideración de la Filosofía de la Historia de que, por una parte, la guerra para el vencedor esté justificada por su victoria, y de que, por otra, deba estar asimismo justificada la participación en la guerra del vencido, se resuelve por el conocimiento de la distinción entre «significación» y «sentido». Atribuimos «significación» (Bedeutung) a un suceso cuando éste proviene de un esfuerzo hacia valores, y le atribuimos «sentido» (Sinn) cuando de él se derivan valores (3). Una guerra en la que se lucha por «una buena cosa» tiene plena significación, aunque no tenga completo sentido. La categoría de la guerra bilateralmente justa afirma, según esta terminología, la «significación», pero no el «sentido» de la guerra. Para ambas partes la guerra es justa, cuando en ella se trata de la decisión de un problema de importancia guerrera para las dos; cuando existe una colisión de intereses o de valores, para cuya decisión no hay más medio que el de la guerra. Hasta qué punto la guerra pueda tener esta significación de fallo en una colisión de valores, es cosa que depende de si la victoria puede ser una decisión de semejante colisión de valores. Únicamente cabe plantear un problema a la guerra, si la victoria es capaz de darle respuesta. Sólo si en la victoria yace un «sentido», puede atribuirse a la guerra una significación. Nos vemos, pues, obligados a retroceder para probar la proposición planteada al principio hipotéticamente, de

(3) Separándonos de nuestra terminología (§ 1), llamamos, ahora, «significación», al sentido referido a un valor, pero, que no por eso, necesariamente, encierra a un valor podríamos decir, que es el sentido como término medio. Y reservamos para la palabra «sentido», sólo la significación que tenga ya un contenido de valor.

si en la guerra se realiza un derecho a la victoria, no creado en el transcurso de la guerra, sino probado por ella; es decir, si la superioridad militar prueba más allá de ella misma, o, dicho de otra forma, si la fuerza nacional puede servir de medida de la cultura nacional. La cultura nacional es una determinación puramente cualitativa, no susceptible de ser medida en forma cuantitativa; en cambio, para la concepción militarista son las naciones, «potencias» que se diferencian por la cantidad de su fuerza, y que son comparables entre sí, siendo, por consiguiente, cualitativamente iguales. El punto supremo de la concepción militarista del Estado, la guerra, es, al mismo tiempo, el punto más ínfimo de la diferenciación nacional. Una imagen sensible nos la da el hecho de que la multiplicidad abigarrada de los uniformes nacionales en tiempo de paz, se convierte para todas las naciones en tiempo de guerra, en la uniformidad casi idéntica del color terroso. Cada nación en lucha, obliga a emplear a la otra los mismos medios de combate. Se ha querido ver, ciertamente, en las diferencias de potencia de los Estados, el número índice de la calidad cultural de las naciones, afirmando una proporcionalidad entre cultura y fuerza, y alabando a la guerra, en la que se miden las potencias, cómo el examen rigorosum de las culturas. En efecto, en la superioridad militar pueden expresarse en gran medida el grado alcanzado en la ciencia natural y en la técnica, en la economía y la organización de tráfico, en la educación y en la ética social, pero en modo alguno es posible transformar en energías militares a la totalidad, ni menos a la parte más esencial, del reino de la cultura. Los valores culturales GOETHE, DANTE, SHAKESPEARE, MOLIERE, no pueden dispararse como torpedos,

ni lanzarse como gases asfixiantes —y aunque torpedos y gases deciden la extensión que sobre el mundo ha de disfrutar un idioma, y con él una cultura, no decide, al fin y al cabo, el juicio de Dios, sino el juego de dados del azar, y aunque la posterior literatura histórica considere a la historia universal como el tribunal del mundo, esto es, porque siempre es también el vencedor el que escribe la Historia. Los valores culturales supremos no son susceptibles de expresión en cifras de potencia militar, ni en general en determinaciones cuantitativas. La cultura no es cantidad comparable, sino calidad incomparable, y quien sólo pueda ver en las naciones masas culturales, concurrentes o en pugna, de diferente magnitud, elimina por completo a la nación cultural de su propio horizonte.

De esta manera, la Filosofía de la Historia nos abandona, sin la posibilidad de encontrar en la guerra no otra cosa que una contienda de fuerza, posiblemente con consecuencias culturales, pero sin propia significación cultural. La apología de la guerra sólo puede aguardarse, pues, de aquella fuente, de la que brota para todo ser, en último extremo, consagración y valor: de la Religión. También frente a la guerra, como ante todo ser, es posible una triple actitud: la actitud ciega al valor de la ciencia, la valorativa de la Filosofía y la religiosa, superadora de todo valor. Ciega para su valor o desvalor, busca la ciencia los motivos, las causas y las leyes de la guerra. La filosofía, valorando, intenta fijar los criterios de la guerra justa. Empero, la religión encuentra aun en la guerra más injusta, un valor de un género supremo. Es uno de los rasgos más paradójicos de la naturaleza humana, el que el optimismo metafísico de la actitud religiosa brota precisamente, y con sorpresa,

cuando la consideración empírica no ofrece otra cosa que el más desesperado pesimismo. La felicidad lleva en sí misma un valor metafísico auténtico, pero la infelicidad, por lo mismo que parece contradecir todo valor, excita poderosamente la religiosidad ínsita en todos los hombres. Sin embargo, no debe olvidarse, si se nos permite la osadía de la frase, que la Teodicea es una justificación de Dios y no del hombre; que la filosofía religiosa no es ninguna Ética, y que la resignación religiosa ante los hechos cumplidos no es ninguna justificación posterior del que los produjo. La frase evangélica sobre Judas, que explica al escándalo como necesario, y, sin embargo, clama la desgracia del que dio lugar a él, muestra que la actividad y el hecho están bajo leyes valorativas completamente diferentes. La consideración religiosa se comporta con la guerra como con el dolor, que alaba en méritos de su fuerza purificante, condenando al par a quien lo produjo.

Sólo a la Religión le está, pues, permitido encontrar un bien en la guerra; para cualquiera otra consideración, la guerra debe quedar siempre como un hecho desgraciado, carente de sentido y ajeno a toda significación. Cualquiera otra actitud fuera de la religiosa, que es la única que nos salva de todo mal, sólo puede ver en la guerra una desdicha, y en la victoria, únicamente, la menor de dos desgracias. Empero, resignarse con la guerra como desdicha inevitable, es lo menos decente que pueda hacer un jurista. Ante él, sobre todo, se plantea la cuestión de si sobre este plantea, que se nos ha confiado, debe dominar el azar o la razón. De si, cabalmente, en los lugares en que el destino decide del globo terráqueo, debe el derecho retirarse impotente ante la anarquía, en vez de fundar su señorío único

y total. De si la catedral del orden jurídico ha de desmoronarse en ruinas antes de su terminación, por dolorosa incapacidad, o si ha de encontrar al fin acabamiento y término en cúpula orgullosa.

CLÁSICOS DEL DERECHO

Gustav Radbruch es uno de los grandes filósofos del derecho. Jurista original y riguroso siempre, pese a la dificultad de los tiempos que le tocó vivir, hizo explícitas sus posiciones aunque eso le supuso ser excluido de toda actividad pública, por el régimen nacionalsocialista, y sufrir innumerables vejaciones que comprendieron desde registros periódicos hasta la confiscación sistemática de sus bienes. Solamente con el final de la contienda fue rehabilitado.

Filosofía del Derecho es su obra capital y la más significativa. Corresponde a su primera etapa caracterizada por el relativismo de corte radical que probablemente es su gran aportación a la historia del pensamiento jurídico.