

LIBRO CUARTO

LA TÉCNICA DEL DERECHO

SECCIÓN PRIMERA

LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO

I.—Los simples conceptos fundamentales.

109.—CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO.

Las normas e instituciones jurídicas forman masas caóticas y confusas que apenas se pueden abarcar con la mirada a lo largo de la historia. Para reducirlas a conceptos científicos, se necesitan métodos permanentes, es decir, modos formales y siempre idénticos de tamizar y compendiar aquel tropel de normas concretas. Estas condiciones de ordenación permanente, las llamamos nosotros *conceptos fundamentales del Derecho* (1).

La *posibilidad* de conceptos jurídicos fundamentales la da el *concepto del Derecho* mismo. Este entraña, como se sabe, una modalidad unitaria absoluta de ordenación de nuestras nociones (§§ 1; 24). En su pureza es una condición necesaria para determi-

(1) Tan pronto como nos ponemos a tratar de una cuestión jurídica cualquiera nos vemos llevados por una cierta fuerza elemental a conceptos cada vez *mas generales*. Por esto no se ha discutido nunca que en la ciencia del Derecho deba haber *conceptos fundamentales* independientes de las singularidades contenidas en éste o aquel orden jurídico. La misma intuición dice que sólo de este modo se puede llegar a una elaboración *científica* del Derecho. Significativo, por ej., WINDSCHEID, § 24. FITTING, *Die Anfänge der Rechtsschule in Bologna*, 188, pgs. 68 ss.—HELFFERICH, *Die Kategorien des Rechts auf geschichtlicher Grundlage*, 1863. BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910. DEMOGNE, *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, París, 1911. Sobre REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, v. § 20 n. 2.

nar de una manera idéntica toda noción (§ 23). Así, pues, los conceptos fundamentales del Derecho serán aquellos métodos que inevitablemente hayan de seguirse tan pronto como en una voluntad cualquiera se presente el carácter de *jurídica*.

Lo que los caracteriza es el ser *formas puras* de nuestras nociones. Son *métodos de ordenación* de nuestra conciencia y condicionan *todas las posibilidades concebibles* de voluntad jurídica, simplemente por el hecho de ser *jurídica* (2).

La importancia de los conceptos jurídicos fundamentales está en que su conocimiento permite atribuir valor *científico* a la jurisprudencia (3). Una elaboración *científica* del Derecho sólo puede consistir en reducir a una *unidad absoluta* de conceptos la materia tan diseminada y varia de las normas jurídicas históricas. Y para esto se necesitan los métodos armónicos de ordenación que ofrecen los *conceptos jurídicos fundamentales*. Sólo mediante su intervención condicionante cabe exponer con absoluta penetración cómo una cuestión concreta se articula su unidad dentro de *la totalidad* del Derecho (4).

110.—FIJACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES.

Toda voluntad jurídica dada implica una noción sintética. Contiene, de una parte, lo *concreto* de la aspiración de que se trata, y de otra parte, la *característica general* de ser tal voluntad *jurídica* (1). Y siendo esta *característica formal la misma* en to-

(2) Desenvolveremos más ampliamente este pensamiento en la tabla de las categorías del Derecho. V. § 111. Tómense allí algunos ejemplos, como el de sujeto, relación jurídica, etc., para ilustrar esta noción general de los conceptos jurídicos fundamentales.

(3) Cfr. § 3, esp. n. 9.

(4) Permitásenos repetir aquí que no es nunca la *materia* elaborable de los órdenes jurídicos *como tal* la que da a su elaboración carácter *científico*. Esto sólo lo puede hacer *la forma* de la elaboración. El dilucidar críticamente este modo formal condicionante equivale a desentrañar en su influencia unitaria absoluta, es decir, en lo que les caracteriza, métodos de ordenación o, en este caso, *los conceptos jurídicos fundamentales*.

(1) La misma aspiración podría darse, sin alteración de su contenido, como objeto de una norma *convencional* o de una orden *arbitraria*. V. §§ 38 y 45. Cfr. § 5 n. 1.

das las cuestiones *jurídicas* concebibles, deberán deducirse de ella las notas conceptuales elementales, que se presentan siempre idénticas como condiciones lógicas de las nociones jurídicas unitarias.

Obtendremos, pues, los diferentes *conceptos fundamentales* de que hablamos examinando críticamente los elementos cuya síntesis unitaria constituye *el concepto del Derecho* (2).

Para llegar a las categorías jurídicas absolutas no basta, pues, analizar una materia concreta de Derecho en sus elementos concretos: lo esencial será pensar si existe *la posibilidad de reducir a unidad* esa materia (3). Por otra parte, es indudable que para llevar a feliz término esta investigación es necesario dominar extensamente el Derecho positivo: sería absurda la sola pretensión de llegar a conclusión sobre esto «fuera de la experiencia» (4).

(2) Las afirmaciones del texto se desprenden con necesidad analógica. Los conceptos jurídicos fundamentales, como formas conceptuales siempre idénticas, deben ser aplicables a *todo Derecho posible sin excepción*, porque de otro modo no cabría una ordenación absoluta. Los Derechos históricos sólo pueden tener de común el concepto del Derecho mismo. Así, pues, los puros conceptos fundamentales del Derecho no pueden ser más notas mentales que se hallen contenidas en el concepto del Derecho mismo.

(3) V. § 5 n. 4, y además § 22, exp. n. 7 c). Confuso WUNDT, *op. cit.* (§ 9 n. 3), pgs. 199 s. BINDER, *op. cit.* (§ 18 n. 2) pág. 16; falta también fundamentalmente a la distinción entre el punto de vista *genético* y el *sistemático*, no echando con ello de ver la doble significación de la expresión *a priori*: de un lado, *los orígenes* de una cosa fuera de toda experiencia—lo que es de todo punto imposible (§ 24 n. 3)—, y de otra parte, su *valor* en cuanto independiente de las particularidades de una experiencia limitada, o lo que es lo mismo, el *modo unitario de ordenación* de ésta. Este modo unitario de ordenación se ha de dilucidar por *reflexión crítica* sobre las condiciones necesarias que determinan *la posibilidad de toda unificación*; nunca a base de *los datos concretos* de una experiencia dada, sino en *términos absolutos*, viendo cómo es posible *ordenar unitariamente* de un modo general nuestras impresiones y aspiraciones. Cfr. también §§ 21 n. 5; 30 n. 1; 94 n. 3; 115 n. 4.

(4) «La ligera paloma que hiede el aire con su vuelo raudo podría pensar, al notar la resistencia que el aire le opone, que su vuelo sería aún más rápido en el vacío.» KANT, *Crít. de la razón pura* (§ 15 n. 8), 2.^a ed. Intr. III, pg. 8.

111—TABLA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES.

El concepto *del Derecho* contiene cuatro notas fundamentales; voluntad, vinculación, autarquía e inviolabilidad (1). Se desprenden de aquí las cuatro categorías jurídicas siguientes (2), contenidas inexcusablemente como elementos condicionantes en toda afirmación a la que se atribuya carácter *jurídico* (3).

1.º *Sujeto del Derecho*: noción de un ser concebido como *fin en sí* según un orden jurídico determinado (4); y en frente: *objeto*

(1) Sobre si esta enumeración es o no *completa*, v. lo que hemos dicho, *supra* § 81 n. 8, sobre el valor *absoluto* de los principios puros de ordenación.

(2) Cada una de las cuatro notas conceptuales indicadas y contenidas en la noción general del Derecho da lugar, al determinar una aspiración cualquiera, a dos posibilidades opuestas, como se verá en la tabla siguiente.

(3) Por ej.: este libro me pertenece, lo he heredado, su poseedor se niega a devolvérmelo y me lo debe devolver. Todo el que reflexione críticamente sobre estos hechos verá en seguida los ocho conceptos fundamentales en ellos contenidos. V. también § 112 n. 1. Y lo mismo cuando se dice, v. gr.: el acusado ha falsificado un documento de importancia para probar un derecho y comparece ante el tribunal de lo criminal; o bien: dos Estados han pactado un tratado de comercio, concediendo tratamiento favorable a determinadas mercancías. Y no debe sorprender la independencia lógica de las ocho categorías jurídicas respecto del concepto del Derecho, porque no son más que diferentes modalidades fundamentales como el concepto del Derecho puede reducir a una unidad una voluntad cualquiera.

(4) Se trata de lo que disponga *una voluntad jurídicamente vinculatoria*, no de una capacidad «natural». Esas normas jurídicas se determinan paralelamente a la consideración absoluta de todo fin. Los medios y los fines se mueven incesantemente en ambas direcciones en su modo concreto de manifestarse. Para ordenarlos y reducir a una unidad absoluta de concepto toda aspiración concebible, se necesita un punto de partida lógico, un método decisivo de ordenación que sirva de fin último a toda voluntad. Aquí de la noción de un ser capaz de encarnar ese fin último y que pueda calificarse por ello de *fin en sí*. El *paralelo lógico* de esto se manifiesta en el campo de la voluntad deslindado por el *concepto del Derecho*. Paralelo necesario, ya que el *Derecho*, por esencia, no es sino *una modalidad de la voluntad*. TR. III v 5, pgs. 194 ss. WINDSCHEID §§ 49 ss. WALLASCHER, *op. cit.* (§ 5 n. 3), pgs. 114 ss. BIERLING, *Kritik* (§ 18 n. 13) II, pgs. 75 ss. *Prinzipienlehre* I,

del Derecho, tomando también en un caso concreto como *simple medio* para determinados fines (5).

2.º *Fundamento del Derecho*: noción de la *determinación* jurídica de varias voluntades como medios entre sí; *relación jurídica*, hecho de *hallarse determinadas* aquellas voluntades (6).

3.º *Soberanía jurídica*: noción de una voluntad jurídica que *lleva en sí* el fin de su propia determinación; *sujeción al Derecho*: articulación armónica de varias voluntades jurídicamente *vinculadas* como *medios* al servicio de una voluntad *vinculatoria* (7).

pgs. 201 ss. SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, 1887, pgs. 290 ss. EL MISMO, *Ethik* (§ 18 n. 13, pgs. 294 ss. STAMMLER, *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*, 1907. BINDER, en *Kr. V. Schr.* 3. F. 13, pgs. 247 ss. SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, en *Arch. f. bürgerl. R.* 35, pgs. 1 ss. NICOL-SPEYER, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 274 ss. KRÜCKMANN, *Einheit, Subjekt, Person*, en *Arch. f. d. zivil. Pr.* 114, pgs. 143 ss.—TRENDELENBURG, *Zur Geschichte des Wortes Person*, en *Kant-Studien*, 13, pgs. 1 ss.

(5) BIERLING, *Prinzipienlehre* I, pgs. 239 ss. SCHM, *Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des BGB.*, 1905. BINDER, *Vermögensrecht und Gegenstand*, en *Arch. f. bürgerl. R.* 34, pgs. 209 ss. NICOL-SPEYER, *op. cit.* (n. 4), pgs. 233 ss.

(6) Las relaciones jurídicas sólo pueden existir *entre hombres* reconocidos como *sujetos de derecho*. Nunca entre hombres y cosas. Pues esta *relación jurídica* es, como decimos, determinación de una voluntad; esta sólo puede darse, en último resultado, entre hombres (§ 76 i. f.). La intervención de otros objetos de derecho por medio de una voluntad jurídica especial se reduce siempre, en último término, a relaciones jurídicas entre hombres. La creación de esos sujetos jurídicos equivale, pues, simplemente, a condensar en fórmulas sencillas una serie de relaciones jurídicas intrincadas establecidas siempre entre hombres (cfr. también § 125). Estos sujetos de derecho pueden contraer de por sí nuevas *relaciones jurídicas*, porque también en casos tales se da la determinación de varias voluntades humanas como medios entre sí. Sobre relaciones jurídicas, v. también *WR.* § 43.

(7) Son éstas simples formas puras del pensar, tan pronto como dos aplicaciones concretas de la voluntad jurídica se ponen en mutua relación. Así, todo Derecho subjetivo (o voluntad sujeta al Derecho) depende de un Derecho objetivo (o voluntad jurídicamente soberana); v. § 133. Pero éste es a su vez algo concreto en su condicionalidad, y debe, por tanto, armonizarse dentro del orden ilimitado del Derecho universal (§ 138), sin que éste sea de por sí un Derecho también *condicionado*, a modo de *vértice supremo*,

4.º *Juridicidad*: conformación de las voluntades vinculadas a la voluntad jurídica que las vincula; y *antijuricidad* o *contradicción* entre aquéllas y ésta (8).

II. Los conceptos fundamentales derivados.

112. — CONCEPTOS FUNDAMENTALES SINTÉTICOS.

Los simples conceptos jurídicos fundamentales se presentan en toda cuestión de Derecho (1). Pero no son éstas las únicas nociones que existen para la ordenación de un orden jurídico concreto. Ahondado en la investigación, se demuestra que hay otras *formas conceptuales puras* que, además de éstas, sirven para determinar y reducir a unidad los problemas jurídicos. Y la explicación de esto está en que, al combinarse unos con otros, estos simples conceptos fundamentales dan lugar a otros conceptos fundamentales sintéticos.

Estos conceptos que así surgen son como las primeras modalidades unitarias de nuestros pensamientos, que no entrañan tam-

fijo y perdurable *de una vez para siempre*, sino que sólo se presenta como los demás, en aplicaciones concretas de nuestros conceptos fundamentales puros. En cuanto a estos dos conceptos fundamentales v. también § 64.

(8) *TR.* III 8, pgs. 212 ss. NATORP, *op. cit.* (§ 29 n. 4), página 42 s. BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 13) III, pgs. 170 ss. HOLD v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit* I, 1903, II, 1905. DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tabestande strafbarer Handlungen*, 1905. EL MISMO, *en Zeitschr. f. Strafrechtswiss.* 24, pgs. 53 ss. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911. NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en *Festg. f. Binding*, 1911, II, pgs. 273 ss. SPIR, *Recht und Unrecht*, 1919. RÜMELIN, *Über den Rechtswidrigkeitsirrtum*, en *Zeitschr. f. Strafrechtswiss.* 41, pgs. 495 y siguientes.

(1) V. los ejemplos *supra* § 111 n. 3, o este otro: Zowo, devuélveme la gallina que me has robado. El robado hace valer, como *sujeto del derecho*, la *relación jurídica* de la propiedad sobre el *objeto del derecho*, adquirido por él según un determinado *fundamento jurídico* contra el ladrón, *sujeto al derecho* por su *conducta antijurídica*, para restablecer el *estado de derecho* con arreglo a la *soberanía jurídica* de la ley.

co nada concreto que se refiera a aspiraciones *sensibles*: son simples *formas metódicas* de ordenación de los problemas jurídicos más diversos; y se pueden descomponer en los conceptos fundamentales más simples que en ellos se contienen sintéticamente (2).

De este modo, observando esa su peculiaridad lógica, cabe desentrañar todos los conceptos puros sin excepción. Su juego sistemático aparece del siguiente esquema (3):

	Sujeto del Derecho.	Objeto del Derecho.
Fundamento del Derecho.....	Vínculo jurídico.....	Disposición jurídica.
Relación jurídica.....	Prestación jurídica....	Exclusión jurídica.
Soberanía jurídica....	Proclamación del Derecho.....	Comunidad jurídica.
Sujeción al Derecho..	Aplicación del Derecho	Participación jurídica.
Juridicidad.....	Facultad jurídica.....	Deber jurídico.
Anti-juridicidad.....	Culpa jurídica.....	Daño jurídico.

(2) Entendido también ésto, evidentemente, en el sentido del método crítico, que nos dice mediante la reflexión qué elementos determinantes se contienen en un pensamiento. Una «*facultad jurídica*» es, por ejemplo, la voluntad «*conforme a Derecho*» de un «*sujeto de derecho*». No se podría, en cambio, tomar en un sentido psicológico, viendo en él un concepto provocado por otros dos sucesivamente en el tiempo. Exacto, GOEPEL, *op. cit.* (§ 81 n. 2), página 14.

(3) He aquí un vasto campo de investigación monográfica. La importancia y significación de cada categoría jurídica pura, no sólo se puede estudiar—como hasta ahora se ha hecho casi exclusivamente—en sus aplicaciones a un determinado Derecho histórico, sino que, ante todo, se debe ver en qué relación se halla con los conceptos fundamentales superiores y con la noción general del Derecho, con los conceptos jurídicos simples circundantes y con otras nociones jurídicas de que hay que deslindarla, porque tiendan a confundirse con ella aun no teniendo un valor absoluto. Así, la *culpa* es, v. gr., un concepto jurídico puro, como se desprende de nuestro esquema; no lo es, en cambio, el *mérito*, en sentido de *salario*. Este concepto supone ya determinadas instituciones jurídicas, condicionadas por su materia, como las de patrimonio, contrato, etc., y no se deriva por línea directa del *concepto del Derecho* mismo. *Contra* REICHEL, *Da Mäklerprovision*, 1913, pg. 120:

	Fundamento del Derecho	Relación jurídica.
Soberanía jurídica.... Sujeción al Derecho..	Originariedad jurídica. Derivatividad jurídica.	Colectividad jurídica. Singularidad jurídica.
Juridicidad.....	Validez jurídica.....	Adquisición de derechos. Pérdida de derechos.
Anti-juridicidad.....	Negación del Derecho.	
	Soberanía jurídica.	Sujeción al Derecho.
Juridicidad..... Antijuridicidad.....	Precepto jurídico..... Prohibición jurídica...	Mandato jurídico. Rebeldía jurídica.

113.—LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES QUE SIRVEN DE PUNTO DE ENTRONQUE.

Los conceptos fundamentales anteriormente indicados (§§ 111 y 112) expresan las formas conceptuales puras que intervienen como principios de ordenación unitaria en todo orden jurídico. Pero el Derecho se desenvuelve incesantemente en el transcurso del tiempo y se nos muestra como una vasta materia compuesta de multitud de datos concretos. Pues bien, la articulación de un determinado orden jurídico en *el plano del tiempo* en que todo Derecho se mueve, y la *comparación* de diferentes órdenes jurídicos entre sí se verifica también de un modo siempre idéntico, porque sin éste todo sería aquí desorden y confusión. Existen, pues, en este sentido conceptos jurídicos fundamentales que sirven de *punto de entronque* en las dos direcciones indicadas (1).

(1) KANT, en su *Crítica de la razón pura* (§ 15 n. 8) habla en la pg. 108 de la 2.^a ed. de los *predicables* como fundamentalmente distintos de los *predicamentos*. Cita como ejemplos los conceptos de fuerza, de acto y algunos otros, pero sin entrar a desenvolver precisa y sistemáticamente en aquel lugar los conceptos expresados, por no romper la armonía de conjunto de la obra. Más tarde vuelve sobre esto, refiriéndose también a los problemas de las ciencias naturales puras en una breve nota, § 39 de los *Prolegomena* (v. § 98 n. 1).—*TR.*, III, 12 y 13.

1.º *Conceptos jurídicos fundamentales, puntos de entronque en el tiempo:*

Comienzo jurídico—continuación jurídica.
Permanencia jurídica—alteración jurídica.
Jurídicamente definitivo—jurídicamente transitorio.
Dilación jurídica—resolución jurídica (2).

2.º *Conceptos jurídicos fundamentales, puntos de entronque lógico:*

Simplicidad jurídica—síntesis jurídica.
Fijeza jurídica—condicionalidad jurídica.
Precedencia jurídica—consecuencia jurídica.
Coincidencia jurídica—divergencia jurídica.

114.—PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO.

A todo Derecho se le plantean ciertos problemas a los que tiene que dar solución por la simple razón de ser «Derecho» (1). Son estos los *problemas fundamentales del Derecho*. Surgen por igual ante todos los Derechos posibles, aunque sin prejuzgar una determinada solución; las soluciones pueden, por el contrario, diferir radicalmente (2).

Estos problemas fundamentales se plantean al aplicar los conceptos fundamentales más simples del Derecho. Son, por tanto, los siguientes:

(2) Séanos permitido un ejemplo. Si en un proceso se le reserva al demandado la compensación (*ZPO.*, 322, 1) y luego se dicta una nueva sentencia confirmando la excepción compensatoria, éste querrá decir, desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, que el primer fallo es resolutivamente condicional, es decir, que se halla bajo la modalidad conceptual de la resolución jurídica.

(1) Nada importa aquí saber a *quién* se dirige el Derecho propiamente, si al pueblo, o a los funcionarios y tribunales. No es este un problema *flosófico-jurídico*, sino que afecta ya al *contenido* de un Derecho determinado. Un Derecho concreto puede dirigirse a unos u otros, indiferentemente. *Contra*, MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (*Rec. GERLAND, Kr VSchr.* 3. F. 10, pgs. 417 ss. *DOHNA Ger. S.*, 63, pgs. 355. Cfr. *WR.* n. 202).

(2) Un estudio detallado de cada uno de estos problemas fundamentales del Derecho se saldría de los límites de este Tratado. Lo más que podemos hacer es indicar en las notas algunas de las opiniones opuestas.

1.º Los problemas de la capacidad jurídica (3) y de los bienes jurídicos, es decir, los fines concretos que un Derecho toma por simples medios (4).

2.º Regulación de los actos jurídicos (5) y de las relaciones jurídicas entre ambos sexos dentro del matrimonio y la familia, en el más amplio sentido de estas palabras (6).

(3) Sobre la esclavitud, v. § 81 n. 2. KUNTZE, *Kursus des römischen Rechts*, (2.ª ed. 1879) § 85; *Exkurse über römisches Recht*, §§ 430-432. JUNG, *Leben und Sitten der Römer in der Kaiserzeit*, 1883, esp. I, pgs. 20 ss. ED. MEYER, *Die wirtschaftliche Entwicklung des Altertums*, 1895. *Allg. Landr.* II, 5, §§ 196 ss.; II, 8 § 2.049. Problema distinto, y no fundamental como éste, es el de la ciudadanía. V. KELLER y TRAUTMAN, *Komm. z. Reichs G. V.* 22. T. 13, 1914.

(4) *TR.* III, 15, pgs. 240 ss.

(5) Sobre los actos jurídicos, v. BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 13) II, pgs. 46 ss. FINGER, *Lehrbuch des dtsh. Strafrechts*, 1904, § 53. LISZT, *Lehrbuch des Strafrechts* § 28. BINDING, *Normen* (§ 18 n. 5) II (2.ª ed.), § 64, pgs. 82 ss. *TR.* III, 16, pgs. 243 ss. No se debe confundir con éste el concepto de negocio jurídico, que podemos descomponer en sus elementos del modo siguiente: voluntad jurídica de sujeto de derecho que tiende a alterar de un cierto modo las relaciones jurídicas sujetas a él. Tal acontece también cuando se establece una nueva relación jurídica dentro del campo de las ya existentes. *Contra*, HEIN, *Identität der Partei*, 1918, pg. 41. La noción de la capacidad jurídica entraña necesariamente la de la imputabilidad. Es esta la capacidad del hombre para *comparar* su conciencia con la de otros y deducir de ello su *línea de conducta*. La tiene el psiquiatra, pero no siempre el paciente; y esta capacidad es susceptible de innumerables matices y transiciones. El Derecho, en cuanto voluntad *vinculatoria* que articula las voluntades de unos hombres con la de otros como medios recíprocos, no puede existir de un modo concreto independientemente de esa capacidad. Es copiosa la bibliogr. sobre este punto en los manuales y tratados ya citados de Derecho penal. MOHRMANN, *Dogmengeschichte der Zurechnungslehre*, 1914. Jurisprudencia del Trib. Supr. al., en *Seufferts Arch.* 66, n. 24; v. también § 84 n. 2. Sobre «hechos arbitrarios» de animales v. *RG.* 50, 181 y 221; 54, 74 y 406, 60, 681; 61, 318; cfr. también 65, 104 ss.; 82, 113 ss.; 96, 132.

(6) No hay un solo orden jurídico que pueda sustraerse a este problema. Examinado desde un punto de vista radicalmente crítico, llegamos a la conclusión de que el necesario y único legítimo es el matrimonio monogámico. En el acto sexual el ser humano se transforma en simple cosa y en mero medio para satisfacer los apetitos

3.º Determinación de aquel a quien corresponde la última palabra en materias de Derecho, tanto por parte de la voluntad vinculatoria (7), (soberanía) (8), como por parte de los sometidos al Derecho (propiedad) (9).

de otro, en contradicción con la idea de la humanidad y del respeto de todo hombre como fin en sí (§ 111, n. 4). Pero como, por otra parte, al proceder así el hombre sigue los impulsos de la naturaleza y el destino de la perpetuación de la especie, se pregunta de qué modo se podrá sobreponer a este aparente conflicto. «Esto sólo es posible desde una única condición: la de que al adquirir una persona a otra como simple medio, ésta a su vez adquiera igualmente a aquélla, pues por esta reciprocidad se adquirirá nuevamente a sí misma, reintegrando su personalidad propia», KANT, *Teoría del Derecho*.—Mucho más interesantes que muchas nuevas doctrinas y manifestaciones son: HIPPEL, *Über die Ehe*, 1774. SCHLEGEL, *Lucinde*, 1799. SCHLEIERMACHER, *Briefe über die Lucinde*, 1800.— Véase también § 61, n. 3, y § 165, núm. 2.

(7) Si examinamos la *soberanía* como uno de los *problemas fundamentales*, en el sentido indicado, vemos que no tiene nada de sorprendente que, en cuanto posibilidad de la *última* palabra de decisión dentro del Derecho público, se distribuya entre *diversos factores* sobre *diversos objetos*, con arreglo a un Derecho determinado. Pero, en este caso, se habrá de designar también un sujeto que «en la duda» dicte la *última* y decisiva palabra. Esto será entonces el titular «de la» *soberanía* en el Estado de que se trate. Pero entendiéndose que la solución a este problema es siempre algo *concreto* y *técnicamente limitado*. Sólo se puede inferir *fundadamente* del *contenido* de un orden jurídico *dado* y es siempre sencillamente una *reproducción* de las normas que en éste se contengan (v. n. 8). Lo que muchas veces conduce a error en este punto es que en vez de verse en la noción de la «soberanía» un *problema fundamental*, en el sentido conceptual del texto, se quiere investigar como un supuesto *concepto fundamental puro*. Pero el concepto puro no se contiene en la «soberanía» política, sino en la categoría de la *soberanía jurídica*, como *orientación conceptual condicionante* de todos los problemas *jurídicos* concretos; este otro problema de la «soberanía», en cambio, se plantea como tal *problema* ante todo orden jurídico concreto, siendo susceptibles de diferentes soluciones, tanto dentro de diversos ordenes jurídicos como en un mismo orden jurídico *dado*.

(8) Este concepto procede de BODIN (1530-1596), que en su obra *Six livres de la république*, 1577, dió expansión al pensamiento de que en todo Estado debe de haber necesariamente un poder supremo, creando la palabra «soberanía». WARNKÖNIG, página 380. STINTZING, II, pgs. 34 ss. BLUNTSCHLI, pgs. 26 ss. VORLÄNDER, II, § 6 n. 3, HANCKE, *Bodin*, 1894. LANDMANN, *Der Sou-*

4.º Fijación de la protección jurídica y de la corrección a que haya lugar en caso de violación del Derecho (sea mediante indemnización de los daños, mediante pena, o de otro modo cualquiera) (10).

veranitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, 1896. KRABLE, *Die Lehre der Rechtsouveranität*, Groningen, 1906. KELSEN, op. cit. (§ 67 n. 2). Es oportuno insistir aquí en que la solución del problema de saber a quién corresponde en una determinada comunidad la soberanía, no puede resolverse jamás *a priori*, es decir, de una vez para siempre, para todos los pueblos y todos los tiempos. Es un problema que afecta siempre a un Derecho positivo concreto. Debe rechazarse fundamentalmente sobre todo ese giro de la soberanía «del pueblo» como si se tratase de una institución jurídica necesaria. Choca ya desde el primer momento con la vaguedad de la palabra «pueblo» y de lo que se llama su «voluntad»; v. sobre esto § 54. No se ve que la vinculación jurídica no es una simple suma de actos de reconocimiento (§§ 36 y 41). Y se esfuerza en vano, esa concepción, por dar al contenido condicionado de un orden jurídico el carácter de un Derecho ideal, independiente de toda condición histórica (§ 4).

(9) En punto a la propiedad, hay que distinguir muy cuidadosamente entre el problema absoluto de saber a quién corresponde el derecho a disponer en última instancia de un objeto y la solución concreta que cada orden jurídico le dé. El concepto «romano» o «germánico» de la propiedad no se debe identificar con la noción de la propiedad como concepto absoluto, del que se parte como supuesto necesario en aquel concepto histórico que afecta más bien a la respuesta que un orden jurídico le da a ese fundamental problema. Es falsa, por consiguiente, la exposición de LASALLE, *Das System der erworbenen Rechte. Eine Versöhnung des positiven Rechts und der Rechtsphilosophie*, 1861. V. también §§ 4, 15, 142 n. 2 y 166. Cfr. además § 169 n. 10.

(10) Una teoría, en el verdadero sentido de doctrina incondicionadamente absoluta, sólo puede, pues, haberla en cuanto a la corrección misma, pero no en cuanto al modo concreto como el Derecho corrija la violación, que es lo que llamamos «pena». Se demuestra esto experimentalmente; por decirlo así, con el hecho de que han existido órdenes jurídicos históricos que no conocían un Derecho penal, en el sentido actual de esta expresión, y en Derechos determinados, durante su existencia, se han hecho investigaciones fundamentales y convincentes sobre los orígenes de la «pena». Muy interesante es en este sentido la encuesta de MOMMSEN, *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker*, 1905. BINDING, *Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht* 1909. CALKER, *Strafrecht und Ethik*, 1894.

SECCIÓN SEGUNDA

LA DIALÉCTICA JURÍDICA

I.—Formación de conceptos jurídicos.

115.—CONCEPTOS JURÍDICOS PUROS Y CONDICIONADOS.

Un concepto jurídico es un procedimiento unitario para comprender y determinar ciertas normas jurídicas en sus características coincidentes. Así, el concepto «de la propiedad», por ej., es un modo siempre idéntico de representarse una relación, ordenada de una determinada manera, entre sujetos, de derecho respecto a un cierto objeto de derecho (1).

Entre los conceptos jurídicos hay que distinguir los puros y los condicionados. Los primeros son las normas generales que median en nuestra mente los conceptos fundamentales del Derecho. Y sólo postulan la existencia de la noción del Derecho mismo. Son, por consiguiente, aplicables a todos los problemas «jurídicos» que surjan o puedan surgir, pues en cuanto «jurídicos» serán simplemente otras tantas manifestaciones del concepto formal del Derecho. Por esto se han de derivar de las permanentes determinantes de este último (§ 110) (2).

Un concepto condicionado es, por el contrario, la síntesis general a que se reduce una materia jurídica concreta y se obtiene en su modalidad peculiar por abstracción del contenido limitado de un Derecho existente (§ 116). La mayor parte de las nociones jurí-

KOHLRAUSCH, *Über deskriptive und normative Elemente im Vergeltungsbegriff des Strafrerts*, en *Abhandl. d. Univ. Königsberg zur Erinnerung an Kant*, 1904, pgs. 270 ss. SAUER, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, 1921. Cfr. § 94 n. 4 y § 133 n. 6.

(1) Sobre la esencia de un concepto v. § 68 n. 3 ss.; cfr. § 55 n. 4 y § 82.

(2) Los conceptos puros son modalidades unitarias de ordenación que aún no entrañan nada que dignifique fines sensibles (n. 4). Tan pronto como ocurra eso, se tratará ya de aspiraciones concretas, y su noción no será, en su determinabilidad conceptual, función de la ordenación absoluta de la conciencia. Serán conceptos condicionados, ajenos ya a las formas puras de los conceptos jurídicos por la materia concreta que implican como esencial. §§ 5 y 80.

dicadas unitarias forman parte de estos conceptos jurídicos *condicionados*. Su número es ilimitado, a diferencia del de los conceptos jurídicos *puros*, que en cuanto métodos necesarios de ordenación de todo Derecho se pueden fijar en absoluto de una vez para siempre (3).

Y una vez más, y con toda insistencia, tenemos que advertir en cuanto a esta fundamental distinción entre los conceptos jurídicos *puros* y los *condicionados*, que no se trata de una distinción que afecta a los *origenes*. Es una escisión *sistemática* de nuestros pensamientos y se ha de trazar, por tanto, con arreglo a un criterio *lógico* fijo. Y este criterio reside en la *perceptibilidad sensible*, del objeto sobre que recae el concepto en cuestión. Si un concepto no se puede determinar plenamente en su unidad sin acoger en él como elemento esencial (§ 22) un objeto *perceptible por los sentidos*, entonces se tratará de un concepto *condicionado* o empírico. Pero si, por el contrario, la noción se reduce a ser un modo siempre idéntico de ordenación, sin referirse al menor dato concreto *sensible*, esa noción es un concepto *puro*. Desde el punto de vista *sistemático* es, en cambio, indiferente el saber *por qué camino* hayamos llegado a darnos cuenta clara de este diferente carácter de nuestros pensamientos (4).

(3) HABRUCKER, *Rechtsempirie und Rechtstheorie*, tesis dict. Halle, 1906. EL MISMO, *Ueber den Grund der Möglichkeit von Rechtsbegriffen a priori innerhalb der formalen Jurisprudenz*, en *Philos. Wochenschr.* V, pgs. 21 ss.; 49 ss. CARLO, *Teoría pura e teoría empírica del diritto*, Palermo 1912. RIVERA PASTOR, Principios y conceptos puros del Derecho, en *Rev. de del recho privado* (1914) III, pgs. 241 ss. EL MISMO, *Las doctrinas de derecho y del estado*, Madrid, 1910.

(4) En las últimas recensiones de mis obras se opera con esta distinción entre conceptos *empíricos* y *puros*, intentando construir sobre ella diversas polémicas; pero sin decir, que se vea al menos, qué es propiamente lo que ellos entienden por esas dos categorías de conceptos y cuál es el criterio determinante de esa distinción en que hacen tanto hincapié. V. BINDER, *op. cit.* (§ 18 n. 12); confrontese § 30 n. 1, y §§ 21 n. 5, 94 n. 3 y 110 n. 3. KAUFMANN, *op. cit.* (§ 18 n. 12), esp. pg. 11. No merece ser tenida muy en cuenta la simple indicación de que los conceptos «empíricos» son aquellos que *se forman* por abstracción y generalización de hechos jurídicos «empíricos». No sólo porque la repetición de la palabra «empírico», que es precisamente lo problemático, encierra esa de-

Veamos ahora de aplicar estas consideraciones a las doctrinas de la *Filosofía del Derecho*.

De esa diversidad de que hablamos se desprende que toda investigación jurídica depende de la materia condicionada de un orden jurídico dado y puede, al mismo tiempo, ser independiente de esa materia en su cualidad peculiar de conocimiento científico. En el primer aspecto, la jurisprudencia es una disciplina históricamente condicionada y subordinada por su contenido a las palabras del que dicta las normas jurídicas; el segundo punto de vista explica que, a pesar de ése, pueda el estudio del Derecho existir como *ciencia* sobre métodos fijos e incommovibles que ni la palabra ni la conmiación del hombre pueden alterar un punto (5).

Podemos representarnos concreto de un Derecho determinado a modo de un disco con sus varios anillos concéntricos. Todos ellos dependen del punto central, del concepto del Derecho, y cada pun-

finición en un círculo vicioso, sino porque se cae en la fatal confusión de la investigación *genética* con la *sistemática* (110 n. 3). Al decir que una determinada manifestación del concepto del Derecho representa un concepto «empírico» y no un concepto «puro», se parte de una distinción que debiera empezar por dilucidarse *de por sí* en su sentido y alcance. Así, pues, repitiremos aquí, de una manera clara y segura, el *criterio lógicamente determinante* de esa distinción: un concepto «empírico» es aquel que cuenta entre sus elementos esenciales un objeto *perceptible por los sentidos*, mientras que un concepto *puro* es, por el contrario, una noción que forma de por sí una *unidad perfecta* como *simple método de ordenación* de una materia cualquiera. El concepto de la servidumbre predial, de la prenda, del contrato de compra, del delito de incendio, exigen necesariamente un objeto *sensorialmente perceptible*, sin cuyo elemento esencial el concepto investigado sería incompleto: todos éstos son, pues, conceptos jurídicos *empíricos*; en cambio, para determinar en sus rasgos esenciales el concepto del Derecho nos *basta* representarnos una *vinculación permanente de fines* de cualquier género: *por ésto* decimos que *el concepto del Derecho*, tal como lo hemos precisado (§ 47), es un concepto *puro*. Y el que quiera negarlo, tendrá que empezar por decir qué es lo que *en términos generales* entiende por conceptos puros. No se puede conceder valor ni fundamento intrínseco alguno a una crítica que se base en la distinción entre conceptos jurídicos *empíricos* y *puros*, sin penetrar claramente en el criterio de esta distinción, en su sentido y en su alcance.

(5) VERDROSS, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, Wien, 1916.—Cfr. *supra* § 48 n. 5.

to de uno cualquiera de los anillos se halla determinado por las líneas trazadas desde el centro, que son las categorías jurídicas puras. Y los diversos círculos representan los conceptos jurídicos superiores e inferiores. Pero esta división sólo tiene un valor relativo, puesto que se trata esencialmente de materias condicionadas (6).

En todo *concepto jurídico condicionado* se puede distinguir su *contenido* y su *alcance*. El *contenido* es la materialidad concreta de una voluntad jurídica, y se halla conceptualmente determinada por la peculiaridad de los conceptos fundamentales puros del Derecho. El *alcance* está en relación directa con el contenido: cuanto menos materialidades concretas encierra un concepto, es decir, cuanto más circunscrito se halla su contenido, tanto más nociones abarca, tanto mayor es su alcance (7).

116. — FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS.

Pensar jurídicamente quiere decir: enfocar una voluntad como voluntad *jurídica*. Se considera, pues, una aspiración humana concreta desde el punto de vista del concepto del Derecho. Importa aquí saber cuál es el método absoluto y determinante que para ésto se debe seguir (1).

(6) La sátira del «cielo conceptual» jurídico, que pinta JHERING, *Scherz und Ernst* (§ 18 n. 8), pgs. 245 ss., nace de la intuición con que su autor comprende la confusión que se arma cuanto los conceptos jurídicos *condicionados* se toman por conceptos *puros* como los matemáticos y no por simples *reproducciones* de la materia de un Derecho históricamente dado. Lo que no se ve es que existen también, al lado de esos, otros conceptos jurídicos *puros*, sin los que no sería posible una ciencia del Derecho. § 18, n. 10, 5.º BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892. El MISMO, *Grundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, 1910. — V. también DONCKER, *Begrip en Dogma in de Rechtswetenschap*, Haarlem, 1889. VENDT, *Rechtssatz und Dogma*, en *Jherings J.* 22, pgs. 299 ss. FUCHS, *Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz*, 1920.

(7) ÜBERWEG, *System der Logik* (5.ª ed., de J. B. MEYER, 1882), § 54. — *TR.*, IV, 6 y 7.

(1) G. RÜMELIN jun. *Juristische Begriffsbildung*, 1878. SIMMEL, *Zur Methodik der Sozialwissenschaft*, en *Schmollers Jahrb.*, 20, pgs. 227 ss. ELTZBACHER, *Über Rechtsbegriffe*, 1900. SPANN, *Zur Logik der sozialwissenschaftlichen Begriffsbil-*

Para explicar en sus características fundamentales la metodología de los problemas jurídicos, tenemos que hacer en primer lugar dos observaciones:

1.º Los *fenómenos jurídicos* y los *conceptos jurídicos* no se deben intentar como si fuesen dos objetos independientes y contrapuestos. Una *manifestación jurídica* no es más que una voluntad determinada por el concepto del Derecho. Y aun entrañando la materialidad concreta de una determinada aspiración se halla y se halló siempre condicionada por la noción de lo jurídico.

Es un error corriente el creer que lo primero en el tiempo son las cuestiones jurídicas, surgiendo luego como algo nuevo y aparte los conceptos del Derecho que metódicamente las dominan. No existen ni pueden existir nociones «no concebidas». Toda noción, por vaga que sea, supone ya una ordenación unitaria y forma parte desde luego, como miembro subordinado, de la unidad de la conciencia. No podemos representarnos en modo alguno una materia jurídica que no haya cristalizado ya en un concepto cualquiera (2).

Esta noción jurídica brota de un golpe, en todas sus partes, como una síntesis. Ni se adelanta la forma de un concepto, para llenarse después, dentro del tiempo, con la materia concreta propia de esa noción; ni se anticipan tampoco los fenómenos jurídicos escuetos para venir después de algún tiempo a incorporarse a ellos las imágenes de los conceptos jurídicos como algo nuevo.

Cabe sí que la inteligencia crítica de la síntesis de un fenómeno jurídico en cuanto a su aspiración concreta y a su concepto condicionante, surja por diversos modos con posterioridad a la noción vinculada misma. Pero los distintos elementos conceptuados de esta noción jurídica aparecen siempre *simultáneamente*.

2.º Se sigue de aquí que el formar conceptos jurídicos concretos no es más que poner en claro la síntesis que entraña toda no-

ción, en *Festg. f. Neumann*, 1905. SALOMON, *op. cit.*, (§ 69 n. 2). STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, 1907. SLAWITSCHKE, *Beiträge zur öffentlich-rechtlichen Begriffskonstruktion*, 1910. KRETSCHMAR, *op. cit.* (§ 3 n. 9). MANIGK, *Irrtum und Auslegung*, 1918, pgs. 1-34; v. también, del mismo autor, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 1907, pgs. 9. ss. LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff. Studien und Methodologie der Rechtswissenschaft*, 1915.

(2) Cfr. § 58 y § 55, 4.º

ción jurídica. Todos los problemas de la jurisprudencia técnica se reducen a analizar los fenómenos jurídicos que son siempre y necesariamente sintéticos.

Pero la labor específica del jurista no crea nada nuevo *en cuanto a la materia*. No es una «fuente del Derecho». No tiene más mira que *reproducir fielmente* la materia de un Derecho dado en los rasgos conceptuales que la determinan (3).

Ni se crea tampoco que la ciencia del Derecho es en absoluto libre en punto a la «formación» de conceptos. El concepto fundamental *del Derecho* y los *conceptos fundamentales puros* que de él irradian son desde luego conceptos incommovibles que en nada puede alterar. Aparte de que la ciencia del Derecho se halla también necesariamente condicionada por la materia que elabora, pues su función es fijar metódicamente los diferentes conceptos jurídicos como posibilidades de reducir a unidad una voluntad jurídica dada (4).

117.—UNIDAD DE LAS DOCTRINAS JURÍDICAS.

Hallándose todo lo jurídico condicionado por el concepto superior y absoluto *del Derecho*, cuantas nociones tienen este carácter forman en la unidad perfectamente delimitada. De donde se sigue que todas las materialidades concretas inherentes al contenido de un orden jurídico sólo se pueden reducir a conceptos *jurídicamente* determinados.

(3) THÖL, *op. cit.* (§ 18 n. 5), §§ 55 ss. PUCHTA, *Pandekten* (11.^a ed. de RUDORFF, 1872) § 16. RADBRUCH, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, en *Arch. f. soz. Wiss.*, 22, pgs. 355 ss. BÜLOW, *Das Recht*, 10, pgs. 769 ss. HUBER, *Bewährte Lehre. Eine Betrachtung über die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle*, 1910. El MISMO, *Recht und Rechtsverwirklichung* (v. § 6 n. 1), pgs. 396 ss.—Cfr. también § 64 n. 1 y § 83 n. 2.

(4) Esto exige tres actividades, cuya inseparable aplicación conduce a la formación de los conceptos jurídicos: observar, comparar y relacionar. TR. IV 3, pgs. 268 ss.; IV 20, pgs. 243. MANNING, *op. cit.* (cfr. n. 1).—Como método científico especial propone POLLACK la simbología: *Perspektive und Symbole in Philosophie und Rechtswissenschaft*, 1913 (§ 81 n. 3). Cfr. también SCHLESINGER, *Geschichte des Symbols*, 1912.

1.º En el campo de la *ciencia del Derecho* nada tienen que buscar las *ciencias naturales*, que operan de modo *independiente* sobre las percepciones físicas. Es cierto que la mecánica de los fines jurídicos descansa como toda la vida y la actividad del hombre, sobre el mundo físico que nos rodea. Pero estos objetos que se hallan dentro del espacio son para nuestra conciencia volitiva simples *medios*. Los problemas jurídicos que así surgen dejan siempre, en realidad, un cierto residuo fluctuante que no cabe reducir a las formas conceptuales circunscritas exclusivamente al campo de la voluntad. Más ésto no d cide en cuanto *al sentido* de la voluntad *jurídica* de que se trata, que sólo se debe buscar y se puede encontrar *exclusivamente* en la dirección *jurídico-teológica* (1).

Se nos muestra ésto sobre todo cuando tratamos de desentrañar la conexión causal de un acto humano de trascendencia jurídica, simplemente como base de responsabilidad en materia de acciones ilícitas. Nuestras leyes, lógicamente—y de ésto exclusivamente se trata aquí—, no pueden exigir una causalidad demostrada con la exactitud de las ciencias naturales, porque ésto se escapa muchas veces al conocimiento, sin que no obstante se pueda prescindir de dar al caso una decisión jurídica; cuando el Derecho habla de una necesaria conexión causal se quiere más bien referir a ciertas *reglas generales* que es «probable» que se den (2).

2.º Origina siempre confusión el invocar la *moral* como última instancia en materias *de Derecho*. En primer lugar, no se sabe *en qué sentido* se emplea la multívoca palabra «moral» (§ 33).

Empleada por oposición a lo *jurídico*, en cuanto marca la dis-

(1) Ejemplos: El *robo* de energía eléctrica no es un concepto de las ciencias naturales, pues para saber si una apropiación se ha de sancionar con arreglo a determinadas normas de Derecho penal como sustracción de energía eléctrica, habrá que atender exclusivamente al sentido de aquellas normas jurídicas. El concepto jurídico de *fruto* no se puede determinar sencillamente por las reglas de la botánica, etc.

(2) V., por ej., la acertada redacción del § 252 Cód. civ. al. El problema de la conexión causal se sale, pues, del campo de la *Filosofía del Derecho*, porque afecta a las normas de un determinado Derecho positivo. En cuanto al Derecho alemán actual existe sobre ésto una copiosa bibliografía. V. el resumen de ENNECERUS. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* § 235. FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 54.

tinción entre la voluntad *ética* y la *social*, sólo puede aludir a la *vida interior* del hombre aislado frente a la *convivencia* con sus semejantes; en este sentido no se deberá, pues, interpretar en cuanto a los problemas *jurídicos* que caen dentro del campo de la vida social.

Y si, por el contrario, se entiende por «moral» lo *fundamentalmente justo*, la invocación será sin duda legítima, pero no establecerá oposición alguna con lo *jurídico*, sino que marcará un *matiz especial dentro del Derecho* (3).

3.º El *Derecho* se remite alguna vez a los usos, a la corrección y a otras *reglas convencionales*. No por ello se convierten éstas en *normas jurídicas*, sino que sólo tienen valor en cuanto se hallen sacrificadas por una disposición *jurídica* concreta (cfr. § 42). Y para reducir esta última a su concepto propio habrá que atender exclusivamente al sentido que ella misma entraña. No se puede dejar y determinar conceptualmente el contenido de una norma *jurídica* valiéndose simplemente de la ciencia del lenguaje y de otras doctrinas convencionales (4).

4.º Muchas veces se opone al punto de vista *jurídico* el *económico*. Y no sólo para hacer resaltar la divergencia de estos dos órdenes de investigaciones de la vida social, sino también, de ordinario, para significar que el verdadero método de la jurisprudencia reside en «lo económico». Pero este modo de ver conduce a resultados inseguros o desde luego falsos (5).

(3) § 94 n. 3; cfr. § 7.

(4) Ejemplo: Según el § 2.244 del Cód. civ. al., deberá intervenir un intérprete jurado para la redacción de un testamento cuando el causante declare que no domina el idioma *alemán*; cfr. n. 2.240. El sentido de esta norma se ha de buscar *exclusivamente* en una razón de *Filosofía del Derecho*. Nada importa, en cuanto al alcance y aplicación de este precepto *jurídico*, que existan ciertas dudas filológicas sobre el concepto del idioma «alemán» y que la filología discuta la lengua a que pertenezcan éstas o las otras modalidades de expresión. Y puesto que las reglas de la gramática pertenecen evidentemente a las *reglas convencionales* (§ 38 n. 4), se les debe aplicar también la norma del § 42 en cuanto al predominio del Derecho sobre ellas.

(5) La legislación y la doctrina jurídica actual emplean la palabra «económico» en un triple sentido y siempre de un modo vacilante y ocasional: a) Se habla de la importancia «económica» del cheque, de la letra de cambio y de otras instituciones jurídicas, alu-

No se debe olvidar que la *Economía social* se halla siempre lógicamente condicionada por una determinada regulación *jurídica* (§ 55). De donde se sigue que en la jerarquía lógica los *conceptos jurídicos* son el *príus* necesario de todas las *nociones económicas sociales*. Por ésto no podemos derivar del campo «económico» los conceptos en que se condensa la regulación *jurídica*. Las nociones «económicas» son siempre aplicación práctica de éstos y su manifestación concreta. Pueden sí ofrecer la ocasión exterior y movernos a investigar más precisamente el sentido que abriga un *concepto jurídico*, pero para descomponer científicamente la síntesis que todo concepto jurídico encierra tenemos que prescindir de toda exterioridad y penetrar críticamente en la unidad de determinación lógica que entraña (6).

II.—La construcción jurídica.

118.—LA UNIDAD EN EL DERECHO.

La elaboración *científica* de las normas de un Derecho históricamente dado se llama desde antiguo *construcción jurídica*. La finalidad de ésta es desentrañar una *unidad de concepción* en los diferentes problemas jurídicos que sin cesar se plantean. Lo cual exige una ordenación metódica de los problemas de Derecho mediante conceptos fijos y claramente dilucidados. Para lograrlo, se

diendo con ésto a su aplicación cuantitativa y siempre idéntica, desde el punto de vista de los fenómenos sociales de masa (§ 58). En el mismo sentido hablan las leyes del fin «económico» de un negocio jurídico, refiriéndose también a un cierto desplazamiento cuantitativo patrimonial. b) Tráfico jurídico «económico» (v. esp. Cód. civ. al., § 22) quiere decir adquisición de dinero o de ventajitas pecuniarias. c) Y, finalmente, cuando en la jurisprudencia se dice que un cierto resultado alcanzado «económicamente» no es *jurídicamente* deseable, v. gr., a propósito del enriquecimiento injusto, a tenor del § 812 Cód. civ. al., se alude sencillamente a la diatinción entre Derecho *positivo* y Derecho *justo* (§ 50).—DERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des BGB.*, 1900.

(6) V. § 56 y §§ 35 n. 6 y 147. Además, HEDEMANN, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 26, 26 ss. El MISMO, *Einführung zu NIPPERDEY, Kordrahterungszwang, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht*, Jena, 1920. SCHACHIAN, *Die Besteuerung des Vermögenszuwachses*, 1920, pgs. 16 ss.

procede, como ya se ha dicho (§ 116), descomponiendo el contenido de las nociones jurídicas y viendo qué formas conceptuales puras le determinan lógicamente. Todos los hechos jurídicamente regulados de la convivencia humana se han de reducir, pues, a los *conceptos fundamentales del Derecho* (1).

Esta labor de la *jurisprudencia técnica*, que sólo puede ser *reproductiva* (§ 116), se halla sujeta necesariamente a dos restricciones:

1.º Lo quebradizo de la materia condicionada del Derecho no permite reducirla en toda su integridad a reglas de un alcance absoluto. Todo lo que se puede intentar con mayor o menor fortuna es obtener fórmulas *relativamente generales*, nunca resultados de *absoluta pureza*; absolutamente puros sólo lo son las formas de nuestros asentamientos que llamamos los conceptos jurídicos fundamentales (2).

(1) IHERING, *Geits des römischen Rechts* (§ 118 n. 10, 5.º), II, §§ 39-41. PFERSCHÉ, *Methodik der Privatrechtswissenschaft*, 1881. POLLOCK, *The methods of jurisprudence*, London, 1882. LOENING, *Die konstruktive Methode in dem Gebiete des Verwaltungsrechts*, en *Schmollers Jahrb.* 11, pgs. 117 ss. WENZEL, *Beiträge zur Logik der Sozialwirtschaftslehre*, 1894. WURZEL, *Das juristische Denken*, 1904. AFFOLTER, *op. cit.* (§ 30 n. 3). DERTMANN, *Entwicklung der deutschen Privatrechtswissenschaft in den letzten 25 Jahren*, en *Jur. Lit. Bl.*, 25, pgs. 97 ss. KRETSCHMAR, *op. cit.* (§ 3 n. 9). WOLFF, *Rechtslogik*, en *Zeitschr. f. öff. Recht*, 1, pgs. 508 ss. EHRlich, *Die juristische Logik*, en *Arch. f. d. Ziv. Praxis*, 115, pgs. 125 ss. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1); pgs. 377 ss.—FUCHS, *Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909. Obra metodológicamente oscura, que confunde los errores aislados con la investigación científica del Derecho en general, sin contribuir en nada a darle base crítica. GAÜDER, *Die Transszendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens*, en *Zeitschr. f. öff. Recht*, 1, pgs. 486 ss. Sobre los problemas de la metodología se ha entablado una larga polémica entre Kelsen y Sander. V. el libro del primero: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, y el del segundo: *Staat und Recht*, 1922, y los varios artículos publicados por ambos en los ts. II y III de la *Zeitschr. f. öff. Recht*. Además, Félix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*, 1922.—Cfr. §§ 115 n. 3, 121 n. 3, 136 n. 1 y 147 n. 1.

(2) Al exponer un Derecho positivo y limitado se prodiga a veces más de lo debido la hermosa palabra *teoría*, aplicándola a doc-

2.º La actividad científica de que hablamos tiene por finalidad esclarecer lo contenido en un Derecho determinado. El juicio constructivo del jurista no podrá nunca, por consiguiente, llegar a un resultado distinto del de la norma jurídica concreta cuya posible concepción unitaria examina. Los conceptos que entraña se deberán reproducir con toda precisión, tal como se contienen en los fines investigados.

Será, pues, siempre un vicio de construcción jurídica que ésta —simplemente en cuanto tal construcción— quiera elevarse hasta emitir un juicio *intrínseco sobre* el orden jurídico que elabora. Desde el punto de vista de la *simple construcción jurídica* no puede haber una teoría justa que se imponga al legislador (3).

La *legitimidad intrínseca* de una norma jurídica sólo se puede demostrar a la luz de la *idea del Derecho* (4).

119.—CARÁCTER JURÍDICO DE UNA VOLUNTAD.

Para tratar *científicamente* un problema jurídico cualquiera es necesario investigarlo en sus relaciones con otras normas jurídicas. Sólo examinando esta múltiple materia se logrará obtener cumplidamente la unidad de concepto que se investiga.

trinas que sólo encierran una *relativa* generalidad. Así, se habla, v. gr., de las teorías de la voluntad y la declaración, en que se condensan las formas de nuestro Cód. civ., §§ 116-120; de las teorías de la aceptación, de la recepción y del reconocimiento, con referencia también al Cód. civ., §§ 145 ss.; de las teorías de la culpa y del riesgo en cuanto a los fundamentos de la obligación de resarcimiento de daños según un determinado Derecho positivo.—Y esta enseñanza crítica de la relatividad de todas las doctrinas jurídicas condicionadas por la materia nos hace ver también el vicio metodológico que se comete al hacer encajar nuevas instituciones jurídicas en conceptos jurídicos *condicionados* ya existentes, viendo, v. gr., en los «gravámenes reales» (*Reallasten*) las servidumbres de Derecho germánico; en las expropiaciones una venta forzosa, etc.; cfr. en análogo sentido el intento de D. 46. 1. 36 (sobre este pasaje, véase HARTMANN, *Die Obligation*, 1875, pgs 51 s).

(3) Ejemplos: supuesta imposibilidad lógica de la transmisión de créditos: WINDSCHEID, § 329 n. 10. Pretendido principio de la admisibilidad de la representación inmediata: EL MISMO, § 73. Proclamación de las llamadas teorías de la creación o del contrato con supuesto valor absoluto en cuanto a los títulos de crédito, etc. Muy bien; a este propósito HARBURCKER, *op. cit.* (§ 115 n. 3).

(4) Como se sigue del § 4; cfr. §§ 2, 83 y 94.

Esta observación tiene una especial importancia en cuanto a la supremacía y a la subordinación de conceptos jurídicos superiores e inferiores. A este propósito se ha formado la expresión del «carácter jurídico» de una voluntad. Concepto superior situado en el camino que va desde una voluntad jurídica determinada al concepto central *del Derecho* (1).

La investigación de estos conceptos superiores es un problema concreto, que se puede desenvolver con arreglo a la siguiente orientación metódica. El problema surge dentro ya del conocimiento de la materia del Derecho que se elabora. Se ofrecerán diferentes posibilidades de construcción, entre las cuales habrá que elegir. Para ello, se deberá descomponer el objeto cuya naturaleza jurídica se investiga en los elementos conceptuales que integran su noción, separando los conceptos fundamentales puros aplicados de la materia concreta y condicionada de su contenido. Con los conceptos superiores obtenidos se procederá del mismo modo, eligiendo aquel en que se encuentren como elementos condicionantes los mismos conceptos fundamentales puros que en el objeto que se trata de investigar (2).

(1) Bibl. v. en §§ 115 n. 6 y 118 n. 1. WINDSCHEID, § 24 n. 2.

(2) Para saber, por ej., si el arrendamiento, en el actual Derecho civil, es real u obligacional, habrá que ver si en el modo concreto en que se determinan recíprocamente en esa relación las voluntades los sujetos de derecho aparecen los conceptos fundamentales puros que constituyen una u otra de aquellas dos posibilidades; habrá que, ver, por tanto, si aquella institución se puede concebir como una *solución jurídica* frente a la *colectividad de los sometidos al Derecho* o como un *lazo jurídico* que vincula a ciertas *prestaciones entre determinados sujetos de derecho*. La naturaleza jurídica del patrimonio social, según el Cód. civ. al., § 719, es otra que la de la comunidad por cuotas del § 741; el primero se caracteriza por ser una propiedad colectiva (regulada legalmente en Cód. civ. suizo, arts. 652-654), puesto que en las instituciones jurídicas que se trata de construir intervienen de un modo determinante los conceptos fundamentales puros, esenciales en este último concepto: los *sujetos de derecho* vinculados en esa *relación jurídica* sólo tienen la *facultad de disponer* del *objeto de derecho* en cuestión como *colectividad*.

120.—REGLAS DOCTRINALES PARA LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA.

El esclarecimiento crítico de los conceptos fundamentales puros nos muestra las condiciones necesarias sin las cuales no es posible poner unidad y orden en materias jurídicas. Para que una construcción jurídicamente sea científicamente sólida deberá siempre cimentarse sobre los conceptos fundamentales puros del Derecho (1).

Este pensamiento puede también expresarse mediante algunas indicaciones doctrinales que servirán de orientación (2).

Son las siguientes, siguiendo el orden de los conceptos fundamentales puros de todo Derecho:

1.^a En toda cuestión jurídica hay que ver quién es tratado como fin en sí según el Derecho de que se trate, y qué como simple medio.

2.^a Todo Derecho se debe concebir como una trama de relaciones en que varias voluntades son determinadas como medios y fines entre sí con arreglo a la voluntad jurídica vinculatoria.

3.^a Las voluntades jurídicas vinculadas entre sí como medios y fines se hallan subordinadas a una voluntad que lleva en sí su propio fundamento.

4.^a En la dinámica de la vida jurídica se debe ver una serie de alteraciones producidas en cuanto a los fines jurídicos perseguidos.

(1) El buscar *derechos sin sujeto* (WINDSCHEID, § 49 n. 3) es una investigación condenada al fracaso ya de antemano, porque la dilucidación científica de toda voluntad jurídica hace inevitable la categoría del *sujeto de derecho*. Es un *prius* necesario, dada la naturaleza del *Derecho* como una modalidad de la voluntad (§ 30). V. *supra* § 111 n. 4.—No es exacto definir el concepto de servidumbre como un derecho real de disfrute sobre una cosa *ajena*, para añadir a renglón seguido que se puede constituir *también* sobre cosas *propias*. V. sobre esto HABRUCKER, *Rechtsempirie und Rechtstheorie* (§ 115 n. 3), pg. 44. Ese vicio lógico en que se cae es inevitable; porque la indicada definición de la servidumbre conduce a una vía muerta. Y sólo puede sustituirse por un análisis que determine la institución de las servidumbres con ayuda de los conceptos fundamentales puros del Derecho.

(2) No añaden nada nuevo a lo que ya sabemos, sino que formulan de un modo ordinario el resultado de nuestras consideraciones.

SECCIÓN TERCERA

LAS NORMAS JURÍDICAS

I.—Su estructura.

121.—NORMA JURÍDICA Y CONCEPTO JURÍDICO.

La *norma jurídica* es un juicio hipotético (1). Consta de requisitos y de efectos, en cuanto que condiciona una cierta voluntad jurídica a un determinado hecho como a su fundamento jurídico (2).

Para expresar claramente una *norma jurídica* hay que pensar cómo cabe determinar unitariamente una voluntad jurídica concreta. El método lógico de ordenación no se distingue, pues, genéricamente, del que se utiliza para dilucidar un *concepto jurídico*. En cada *norma de Derecho* se puede ver a la vez un especial *concepto jurídico*: así, v. gr., de la norma según la cual la voluntad de un sujeto puede, mediante determinados requisitos, hacer nacer efectos jurídicos para otro, se desprende el concepto jurídico de la «representación»; y viceversa, cada *concepto jurídico* se puede traducir en una *norma de Derecho*: así el *concepto* de la «herencia», por ej., implica la *norma jurídica* a tenor de la cual al morir una persona su patrimonio se trasmite en su totalidad a otra. La diferencia entre la *norma jurídica* y el *concepto jurídico* no está, pues, en su esencia ni en su contenido, sino en *el modo de usarse*. Lo que los separa, de una manera relativa, es que en un caso el

(1) Cuarto mandamiento (2.º Moisés, 20, 12): Honrarás padre y madre que el Señor tu Dios te ha dado para mientras vivas en la tierra (v. § 32 n. 2).—Leges XII tabularum, tab. V: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*—Cód. civ. al. § 607: «El que haya recibido dinero u otras cosas fungibles en concepto de préstamo, se halla obligado a restituirle al prestamista otras tantas cosas de la misma especie y calidad».—No siempre aparece con tanta claridad de la formulación de la norma jurídica este carácter de juicio hipotético que todas contienen intrínsecamente. *TR.*, IV, 12.

(2) THÖL, *op. cit.* (v. § 18 n. 5), § 33. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (§ 19 n. 3). WINDSCHEID, § 37. ROGUIN, *La règle de droit*, Lausanne, 1890. BRODMANN, *op. cit.* (§ 19 n. 3). NICOL-SPEYER, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 19 ss. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 191 ss.

punto de vista unitario sólo se concibe como enfocando una voluntad jurídica, mientras que en el otro caso se considera como contenido de una voluntad jurídica la interdependencia de varios miembros vinculados.

No tiene, por tanto, razón de ser el preguntar si son antes las *normas jurídicas* y de ellas salen los *conceptos* en una fase de tiempo posterior, o si, por el contrario, existen con anterioridad los *conceptos jurídicos* para agruparse luego en *normas*; unos y otras aparecen *simultáneamente* en nuestras nociones. Y otra vez más se repite aquí nuestra observación: el contenido de nuestra conciencia, siempre *simultáneo*, se ha de analizar y determinar metódicamente mediante la reflexión crítica.

122.—CLASES DE NORMAS JURÍDICAS.

Las diferentes normas jurídicas se distinguen por las peculiaridades de su contenido. Para exponer un Derecho procuraremos atenernos a un plan con arreglo al cual podamos ordenar sus normas. Habrá, pues, que ver de qué modo cabe sistematizar el contenido de un Derecho dado (§§ 133 ss.).

Pero un problema distinto es el de saber si las *normas jurídicas* se pueden clasificar de un modo *absoluto*, de tal manera que esta clasificación sea adaptable a todo Derecho posible.

En este sentido, se ha distinguido entre normas jurídicas *negativas* y *facultativas*, dividiéndose estas últimas a su vez en *permisivas*, *imperativas* y *prohibitivas* (1).

Pero esta clasificación se presta a graves reparos. Las formas conceptuales del *imperativo* y de la *prohibición jurídicas* no se aplican solamente cuando se reconoce una facultad a un sujeto, sino que se manifiestan de un modo general en toda voluntad jurídica (2).

Ni se nos dice tampoco qué sentido se atribuye a la «permisión»

(1) THÖL, *op. cit.* (§ 18 n. 5) §§ 34 ss. WINDSCHEID, § 27.—LAUN, *Kategorische und disjunktive Normen*, en *Arch. t. öff. R.* 34. pgs. 162 ss. SCHOETENSACK, *Die Arten der Rechtsätze*, *Ger. S.* 83, pgs. 2 ss. W. FUCHS, *Logische Studien in Gebiete der Jurisprudenz*, 1. Hft., 1920.

(2) Forman parte del cuadro de los conceptos fundamentalmente sintéticos, § 112. *TR.*, pg. 567.—THON, *op. cit.* (§ 19 n. 3). FISCHER, *op. cit.* (§ 111 n. 8), pgs. 15 ss.

jurídica. Y sobre todo, no se ve en esa tentativa un principio fijo de clasificación que sirva de base a la enumeración indicada.

Una clasificación *absoluta* de las normas jurídicas sólo puede basarse, en realidad, sobre las categorías puras del Derecho. Sólo éstas nos pueden dar, dentro del campo jurídico, los métodos fundamentales y permanentes aptos para ordenar y compendiar una materia cualquiera de Derecho. Podremos, pues, formar tantas clases de normas jurídicas, en términos *absolutos*, como *conceptos jurídicos fundamentales* hay.

No ofrece gran interés el detenerse a examinar la posibilidad de estas clasificaciones en cuanto a la exposición compendiada de órdenes jurídicos históricos; bastante más importancia tiene, en ese sentido, el problema indicado al principio de este párrafo.

123.—NORMA JURÍDICA Y DEFINICIÓN.

Hay normas jurídicas en las que se dice en qué sentido quiere el legislador que se entienda un término cualquiera usado. Son éstas las que alguien ha llamado *normas jurídicas conceptuales* (1).

Cuando se trata simplemente de explicar el significado de una *palabra* no surge, por lo regular, dificultad alguna. Pero el Derecho, muchas veces, no se conforma con este mero papel de diccionario, y se pronuncia sobre la *significación intrínseca* de un precepto jurídico, según las notas permanentes que se determinan. ¿No suscita ésto ciertos reparos y se debe hallar sujeto a ciertos límites? (2).

Se ha intentado distinguir entre «ley» y «Derecho», diciendo que la «ley» nace de un poder político, que es un precepto imperativo, mientras que el «Derecho» nace de una potencia espiritual, y no es en el fondo más que un juicio sin otra eficacia que la de su autoridad; por ésto el «Derecho», se concluye, debiera hallarse confiado exclusivamente, en su verdad y en su conformidad, a un poder espiritual, es decir, a la jurisprudencia (3).

(1) THÖL, *op. cit.* (§ 122 n. 1), § 35.—EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, 1885 (§ 41 n. 7).

(2) D. 50. 17, 202: *Omnis definitio in iuri civili periculosa est: parum est enim, ut nom subverti posset.*

(3) BRINZ, *op. cit.* (§ 3 n. 9).

Pero esta distinción, por la confusión que encierra, no puede disipar la objeción apuntada. Para ésto, es necesario distinguir los conceptos jurídicos *puros* y los *condicionados* (§ 115). En cuanto a los primeros nada tiene que decir el legislador; los segundos, en cambio, se hallan por entero a merced de sus dictados.

El legislador querrá, en cuanto tal, proceder *jurídicamente*, *bajo* la acción *del Derecho*: por ésto se halla subordinado a las categorías necesarias del pensar jurídico, que él no puede crear, sino simplemente aplicar.

En cambio, los conceptos jurídicos *condicionados* no hacen más que indicar el contenido de un orden jurídico determinado, contenido que deberán reflejar del modo más claro y preciso. Por ésto su formulación se deja, como es natural, al arbitrio de aquel de quien procede el orden jurídico de que se trata, el cual se habrá de servir para ello, necesariamente, de los conceptos *fundamentales puros*, como lo exige la estructura lógica de los conceptos jurídicos *condicionados* (§ 116). Y cabe también que el legislador al definir incurra en error, es decir, que se enrede en su contradicción consigo mismo, como le puede ocurrir a todo el que crea una obra del espíritu (4).

II.—Cómo se practican las normas jurídicas.

124.—REQUISITOS JURÍDICOS Y EFECTOS JURÍDICOS.

El juicio hipotético que representa toda norma jurídica no afecta a las alteraciones físicas producidas dentro del espacio. No se trata de una articulación de ciertas *causas* activas con sus *efectos*, necesarios, ni de fenómeno alguno dentro del espacio, sino de aspiraciones humanas. La labor de la ciencia es concebir y dominar científicamente el *contenido* de estas aspiraciones tal como se manifiesta en la voluntad del Derecho. Y para esto no sirve la categoría de la causalidad, sino la relación *de medio a fin* (1).

(4) TR. IV 14., RSCHLOSSER, *op. cit.* (§ 12 n. 14), pg. 102: Sobre las definiciones en el Derecho.—V. también § 91 n. 16.

(1) MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 1901, pgs. 4 ss. El MISMO, *Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen*, en *Abh. d. Königsberger Univ. Z. Grinnerung an Kant*, 1904, pgs. 145 ss. (reproduc. en *Jherings Jahrb.*, 49. pg. 459 n.

Un *requisito* jurídico, como primer miembro de una norma jurídica, implica, pues, una transformación de los fines existentes que hace necesario *un nuevo medio* (2).

Estas alteraciones de estados de cosas jurídicamente regulados se llaman *hechos jurídicos*. Se deben deducir del contenido de un orden jurídico concreto y se hallan condicionados por el concepto fundamental del fundamento jurídico (§ 111).

La articulación entre los dos fines, el anterior y el actual, se establece por medio de una noción jurídica permanente: así, v. gr., en la doctrina de los posibles hechos de adquisición de la propiedad se contiene este concepto en función determinante. Toda noción de una transformación jurídica implica algo permanente, de que se desprenden elementos variables para ser utilizados por otros.

Los *efectos jurídicos*, segundo miembro en las normas jurídicas, representan transformaciones de *relaciones jurídicas*, como se desprende del esquema de los simples conceptos fundamentales del Derecho (§ 111). El contenido variable de un Derecho histórico, cuya dinámica y cuyo curso se estudian, sólo se puede determinar de un modo definitivo mediante ese concepto fundamentalmente dicho, puesto que se trata de complementar la anterior forma conceptual del *fundamento jurídico* (3).

125.—LAS LLAMADAS FICCIONES JURÍDICAS.

Se llama «ficción» en Jurisprudencia, desde antiguo, un supuesto jurídico que se basa en algo que en realidad no existe. Los juris-

(2) Es evidente que bajo esta mecánica se desenvuelve un proceso natural, pero encauzado y determinado desde el punto de vista *teleológico*. El nacimiento y la muerte de un hombre son también hechos jurídicos, que en cuanto al Derecho no tienen valor como alteraciones en el juicio de *finés y medios* establecidos. TR., IV, 15, pgs. 326 ss.

(3) Los diferentes tipos de contratos se distinguen por los *efectos* que producen. Y se puede hacer esto porque el proceso jurídico se desenvuelve en una cadena incesante. Así se distingue, atendiendo a los efectos pactados, si se trata de una compra, de un arrendamiento, de una donación, etc. Y a estos tipos contractuales así fijados se incorporan luego nuevos efectos en otros sentidos. El esquema del juicio hipotético como peculiar de las normas jurídicas no se altera por esto: *si* se ha contenido éste o aquél deber, ésta o aquella facultad, se *producirá* tal o cual efecto.

tas romanos clásicos hablan mucho de «ficciones» (1), y de ellos ha pasado el tema a la doctrina posterior. Pero el sentido del problema ha oscilado bastante.

Así, se ha creído que el uso de esto que llamamos «ficción» procedía necesariamente de la «fantasía»; no puede admitirse esto, que equivaldría a proclamar una falsedad a sabiendas, trayendo el engaño a las cosas jurídicas (2).

Se esconde aquí un vicio metódico fundamental que importa científicamente descubrir.

El que el *legislador* disponga que una cosa se haya de regular «como si» se hubiere producido con eficacia jurídica de otro modo o en otro tiempo, no es más que *una fórmula abreviada* para expresar una determinada voluntad jurídica. Por razones de simplificación, se hace encajar el caso en otra voluntad jurídica cuyos efectos se hallan ya marcados. No encierra ninguna contradicción el que se atribuyan los mismos efectos a hechos distintos. En materia de requisitos y de efectos no se trata de una serie causal determinada únicamente, sino de la transformación de fines y medios (§ 124). Y no se exige irrevocablemente que un medio se adscriba siempre a una situación dada: cabe muy bien que el mismo medio se elija para la consecución de diferentes fines; y puede haber motivos para hacerlo así en interés de la armonía de un determinado fin como una línea de orientación marcada.

Se ha sostenido con gran calor que la *ciencia* del Derecho no tiene facultades para acoger en su seno las llamadas «ficciones» legales y ponerlas en circulación contrastadas con su sello propio. Las «ficciones» del legislador—se dice no pueden servirle a la ciencia jurídica para concebir y explicar «la verdad».

No se ve que en materia *jurídica* sólo hay una «verdad» por encima e independiente de las normas de un Derecho dado, que es

(1) Leg, G. IV, 3 ss., II, 12, 5. D. 25. 2. 1 y 18; 39. 3. 15. pr.

(2) BÜLOW, *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, en *Arch. f. d. Zivil. Praxis*, 62, 1 ss.—WINDSCHEID, § 67 n. 5. WALLESCHEK, *op. cit.* (§ 111 n. 4), pgs. 137 ss. MENMANN, *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*, 1, 1903, § 4. A. FISCHER, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft*, en *Arch. f. d. zivil. Praxis*, 117, pgs. 143 ss.—O. FISCHER, *Sein und Schein im Rechtsleben*, en *Internat. Wochenschrift*, 13, 11, 1909.

la de la *teoría pura del Derecho*. Y en ésta no se plantea para nada el problema de las «ficciones» y da la formulación de normas «como si» concuerden ciertos factores condicionados (3).

Pero en cuanto a la *Jurisprudencia técnica*, ésta no tiene por qué renunciar al empleo de *fórmulas resumidas* que le eviten las molestias de descripciones detalladas más prolijas. Hay relaciones jurídicas tan intrincadas, que no pueden formular compendiadamente sino con ayuda de una de estas fórmulas sencillas: tal, v. gr., la atribución de la personalidad jurídica a una asociación para reducir a una perfecta unidad las relaciones jurídicas de los miembros entre sí y frente a terceros (§ 111, n. 6). Así, pues, las llamadas «ficciones» en la trama conceptual de la ciencia del Derecho, no son «fal-

(3) VAHINGER, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, 1911 (5-6.^a D. 1920). El mismo autor recoge sus conclusiones en *Deutsche Philosophie der Gegenwart* II, pgs. 200 ss. (1921). Consagrados especialmente a esta doctrina: *Annalen der Philosophie*, n.º de 1919. Ofrecen un interés especial para los problemas aquí tratados las obras siguientes: STERNBERG, en *Kant-Studien* 16, pgs. 328 ss. REININGER, en *Jahrb. d. Philos. Ges. a. d. Univ. Wiers*, 1912, pgs. 1 ss. SCHULTZ, en *Kant-Studien*, 17, pgs. 85 ss. LINDSTAEDT, *Grundwissenschaftliche Kritik der Hauptbegriffe von Vaihingers Philosophie des Als Ob*, tesis doct. Greifswald 1914. PAGEL, en *Krit. Vierteljahrsschrift* 53, pgs. 163 ss. STURM, *Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft*, 1915. EL MISMO, *Die Unfruchtbarkeit des Unwahren*, 1915, v. también del MISMO, *Irrtum und Rechtsschmerz*, 1920. BRENER, *Die Lehre vom unrichtigen Recht*, en *Gers.* 80, pgs. 395 ss. LICHTERT, *Wie ist kritische Philosophie überhaupt möglich?*, 1919, pgs. 120 ss. (cfr. § 68 n. 5). KRÜCKMANN, *Wahrheit und Unwahrheit im Recht*, en *Ann. d. Philos.* I. EL MISMO, en *Zeitschr. f. Strafr. wiss.* 37, pgs. 353 ss. EL MISMO, en *Arch. f. zivil. Praxis*, 114, pgs. 143 ss. FRANZ, *Das Realitätsproblem in der Erfahrungslehre Kants*, *Erg.-Hft. der Kant-Studien*, n.º 45, 1919, pgs. 44 ss. SAUER, *Rechtswissenschaft und Als Ob-Philosophie*, en *Zeitschr. f. Strafr. wiss.* 41, pgs. 423 ss. SALOMON, *Die Rechtswissenschaft und die Philosophie des Als-Ob*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* 13, pgs. 227 ss. FISCHER, *Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft* (v. n. 20 supra). KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, en *Ann. der Philos.* I, pgs. 630 ss. MALLACHOW, *Rechtserkenntnistheorie und Fiktionstheorie. Das Als-Ob*, en *Ins.* 1922.

seamientos» de hechos *naturales*, sino simples fórmulas, útiles y a veces necesarias, para compendiar una voluntad *jurídica* (4).

126.—NORMA JURÍDICA E INSTITUCIÓN JURÍDICA.

La exposición de un Derecho positivo comprende una suma de *instituciones jurídicas*. Por *institución jurídica* se entiende la reproducción de una relación jurídica que se presenta con idéntico contenido en diferentes normas de Derecho: v. gr., la institución jurídica de la propiedad en el Código civil (1).

Para desentrañar estas instituciones jurídicas hay que valerse de los conceptos fundamentales del Derecho. No se trata de describir conceptos inconvencionales que irradian necesariamente de la noción misma del Derecho, sino de normas jurídicas desmenuadas como juicios consumados. En estas materias condicionadas que un Derecho contiene se observa como *institución jurídica* una identidad dada. Es un problema concreto de solución siempre relativa (2).

SECCIÓN CUARTA

LA FORMULACIÓN JURÍDICA

I.—La técnica del Derecho.

127.—DERECHO PREFIJADO Y DISCRECIONAL.

Técnico es todo estudio que se limite a un fin concreto (1); *teórico*, por el contrario, cuando las nociones que el conocimiento abarca se ordenan reduciéndolas a *unidad absoluta*. Una *teoría*,

(4) Sobre el empleo de estas *fórmulas* llamadas «ficciones» en nuestro Cód. civ., v. el resumen de KIPP en WINDSHEID, I, pg. 307 y p. 680, *i. f.* Cfr. también Cód. civ. al. 164, 2, y los casos de la llamada cesión ficticia. STAMMLER, *Recht der Schulverhältnisse* (§ 93, n. 4), § 55, pgs. 201 ss.

(1) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, I, § 9. PUCHTA, *Kursus der Institutionen*, 1841 (8.^a ed., de KRÜGER, 1876), I, § 6. THÖL, *op. cit.* (§ 18 n. 5), §§ 41-43. WINDSHEID, § 37 a.

(2) BEKKER, *Was sind geistige Realitäten?*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* I, pgs. 185 ss.

(1) «But as for operating according to rules and by the help of

(en el sentido preciso de esta palabra) es, pues, una *modalidad de ordenación* que comprende *todas* las nociones posibles (2). Esta condición fundamental (o forma pura) de ordenación siempre idéntica se puede desentrañar mediante la investigación crítica. Y toda investigación *técnica* que tenga un verdadero valor intrínseco sólo *provisionalmente* se hallará aislada, pues en último término tendrá que basarse en una *teoría*. En materia de *Derecho* sólo cabe una *técnica* especial por lo que se refiere a la *formulación de las normas jurídicas* (3).

La doctrina que a esto se refiere tiene un alcance *absoluto*. El *Derecho* es una voluntad *vinculatoria* (§ 36), y, por tanto, sólo puede manifestarse dirigiéndose a varias personas; todo orden *jurídico* implica, pues, por esencia, la necesidad de una *formulación* (§ 114 *if*). Y como la *expresión* de un pensamiento entraña su *contenido* y respecto de éste cabe en materias *jurídicas* una doctrina *absoluta* a base de las formas puras que constituyen la unidad de ordenación, será también posible una *teoría* de la formulación del Derecho.

Todo *Derecho* encuentra expresión en forma de *normas jurídicas* (4). Para ello habrá de armonizarse con el curso histórico de los *acacimientos jurídicos* y deberá, por tanto, tener en cuenta futuras posibilidades que hayan de exigir la intervención del Derecho. De esta doble consideración—a saber, que se trata de la formula-

general forms, where of the original principles and reasons are not understood, this is to be esteemed merely *technical*». BERKELEY, *The analyst*, § 47, Works ed. by Fraser, Oxford, 1871, III, página 288.

(2) V. también § 148.—Ya hemos advertido en § 118, n. 2, que la palabra «teoría» se ha desvirtuado en su verdadero matiz.—*Rst.*, § 1.

(3) *RR.*, pgs. 252 ss. GUTHERLET, *Studien zur Gesetzestchnik*, 1908. El MISMO, en *Schweizer. Zeitschr. Strafr.*, f. 20, pgs. 346 ss. BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 18, n. 13), 4, páginas 428 ss. TESAR, *Gesetzestchnik und Strafrechtsschuld*, en *Zeitschr. f. Strafr. wiss.* 32, pgs. 378 ss.

(4) V. § 120. Y tal ocurre también necesariamente en cuanto a los negocios jurídicos. Tratándose de declaraciones unilaterales de voluntad no puede esto ser dudoso; el testamento, v. gr., dispone: si yo muero, etc. En materia de contratos se presenta el mismo fenómeno en cuanto a la oferta y a la aceptación: si aceptas tal, se producirá el efecto siguiente.....

ción de *normas jurídicas*, con sus requisitos y sus efectos, que necesariamente se debe contar con posibles *alteraciones* ulteriores—se deduce un doble modo de dar expresión a la voluntad jurídica.

Cabe, en efecto, determinar de dos maneras los futuros *acacimientos* en cuanto *requisitos* para que los *efectos jurídicos* se produzcan: 1.º Se puede indicar *desde luego* con toda precisión el *acacimiento* concreto de que se trate, la futura muerte de una persona, por ej.; o: 2.º se espera a que el cambio se produzca no determinando *hasta entonces* la existencia del requisito exigido para que el efecto jurídico nazca, para el caso en que, v. gr., aparezca un «fundamento bastante».

Y lo mismo que los *requisitos*, se pueden prever también de un doble modo los *efectos jurídicos* que hayan de surgir. a) O bien se prescriben *desde luego* con toda precisión, indicando, por ej., una determinada suma de dinero; b) o se reserva el fijar los detalles para un momento ulterior, como cuando se dispone, v. gr., que el deudor ha de ejecutar la prestación «conforme a la buena fe».

Los casos comprendidos bajo 1 a) los denominaremos *Derecho prefijado* (5). Estas normas formulan ya *de antemano* de un modo concreto la mayor de un juicio futuro. La forma lógica es la de un juicio hipotético con sus requisitos y sus efectos jurídicos. La voluntad del Derecho se manifiesta así en innumerables artículos y demás formulaciones moldeadas y tan importante es esto para los iniciados en lo jurídico que el profano en esta ciencia llega a creer que en esas fórmulas se encierra «el Derecho». En realidad, las normas jurídicas técnicamente moldeadas no contienen más que *una parte* «del Derecho». Son simples *intentos* que tienden a indicar de antemano la solución *justa* de un caso *futuro*; pero es de todo punto imposible formular e indicar *previamente todas* cuantas transformaciones son posibles.

(5) Que no es lo mismo, evidentemente, que *Derecho esc. to*. Sólo se trata de que los detalles de los requisitos o de los efectos se precisen ya de antemano, siendo indiferente que medie o no escritura. En cuanto al Derecho objetivo (v. n. 4) tiene especial importancia en este punto de distinción entre ley y costumbre (§ 65): Sobre el lado histórico v. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* 1. Bd. *Geschichtliche Grundlegung*, 1899. HIRZEL, *op. cit.* (§ 10 n. 2). PERNICE, en *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* Ld., pgs. 134 ss.; 22, pgs. 507 ss.

La otra posibilidad, opuesta a ésta, es la del *Derecho discrecional*. El Derecho estatuido dispone que, llegado el caso litigioso, las partes, sus consejeros o el juez *elijan* la regla jurídica que estimen fundamentalmente justa para la solución del litigio. Es un modo especial de dar *expresión* a una determinada voluntad jurídica. La voluntad jurídica *actual* prevé la posible alteración en el juego de los fines existentes y dispone sobre ellos, en cuanto a los efectos y a los requisitos (6).

128.—DERECHO CASUÍSTICO Y ABSTRACTO.

Toda norma jurídica, expresión de una voluntad concreta, contiene un *caso de Derecho*, es decir, la indicación de un supuesto de hecho al que como requisito jurídico se atribuye el efecto jurídico correspondiente. En la vida práctica el problema de los efectos jurídicos de un caso se plantea siempre en el sentido de duda, y en la norma jurídica se decide ésta. Y no importa que sea mediante Derecho prefijado o discrecional. Resulta de esta consideración que todas las *normas jurídicas* son necesariamente *casuísticas*; y puesto que la *voluntad del Derecho* sólo en forma de *normas jurídicas* se puede manifestar (§ 127), cabe también decir que toda formulación jurídica tiene que ser *casuística* por necesidad (1).

Pero la palabra «casuístico» tiene otra significación más restringida, como opuesta al modo «abstracto» de plantear los problemas jurídicos. El criterio de la distinción está en la manera *más o menos minuciosa* de indicar los requisitos y los efectos de la norma de que se trate. Los preceptos «casuísticos» disponen a base de datos concretos minuciosos ya acaecidos o imaginados; las *normas jurídicas* «abstractas», en cambio, se formulan con *relativa generalidad*. Claro que todo esto es muy vago, y no cabe trazar los límites precisos que separan ambos grupos de normas; no hay un criterio fijo mediante el cual podamos deslindar de un modo seguro y permanente esos dos modos de formulación jurídica.

(6) Pero no se trata aquí de un método para penetrar en el contenido esencial de una noción jurídica (§ 145), ni tampoco de una clasificación pura del Derecho (§ 133), ni de la relación entre el Derecho positivo y la idea, puesto que también el Derecho moldeado tiende a orientarse hacia ésta (§ 91 n. 4).

(1) THÖL, *op. cit.* (§ 18 n. 5), § 37: el Derecho clasifica.

Existe, sin embargo, evidentemente, la posibilidad de establecer una *relativa* distinción. Si de una norma jurídica se eliminan estos o aquellos detalles concretos, va perdiendo su carácter «casuístico» estricto para convertirse en «abstracto», sin que podamos decir, ciertamente, cuál es el punto lógico a partir del cual cesa lo uno y comienza lo otro necesariamente. Mas en sus manifestaciones extremas, la distinción es bien notoria y resalta notablemente en la práctica de la legislación.

Así entendida esta vaga distinción, nos sugiere algunas observaciones relativamente generales.

Cabe que la formulación «casuística» de las normas jurídicas afecte tanto a sus requisitos como a sus efectos; como ejemplo típico de las tendencias casuísticas de toda una legislación se suele indicar con razón el Código general para los Estados prusianos (2).

Puede también ocurrir que los requisitos se indiquen de un modo minucioso y los efectos jurídicos, en cambio, con un alcance más general: tal es fundamentalmente el plan de nuestra legislación penal, v. gr. (3).

Lo contrario ocurría con los delitos del Derecho romano: los requisitos eran aquí generales, y minuciosos, por el contrario, los efectos que se le atribuían (4).

Y, finalmente, ambos miembros de una norma jurídica se pueden formular del modo «abstracto» que hemos dicho, como se hace, v. gr., en cuanto a la indemnización de daños por culpa común a ambas partes (5).

(2) Ejemplos famosos: I, 8, 125 ss., donde figura el peregrino § 158: «Lo dispuesto sobre las vallas de tablas se debe aplicar también, en general, a las estacadas»; I, 5, 97 ss.; II, 15, 25 ss., y muchos más. V., por ejemplo, en el Cód. civ. al.: §§ 37, 416, 962; 1.786 y 2.339.

(3) En cuanto al Derecho civil moderno, se puede citar a este propósito: el titular de la patria potestad, el tutor, el heredero fiduciario; en materia de Derecho político, el monarca.

(4) En nuestro Cód. civ., por ejemplo, la posibilidad de incapacitación a tenor de los §§ 6 y 114, el régimen jurídico a que se someten las partes esenciales de una cosa, §§ 93 ss., 946 ss.; la doctrina del enriquecimiento injusto, §§ 812 y 818. Es también interesante ZPO, § 224, 2.

(5) Cód. civ. al., § 254; o v. el caso de Cód. civ. al., §§ 744 siguientes.

Pero debe tenerse presente en todo caso que ningún Derecho se puede reducir a una sola de estas dos posibilidades así deslindadas de un modo relativo. El arte legislativo está en saberlas utilizar ambas, cada una a su hora y en su lugar (6).

129.—HERMENÉUTICA JURÍDICA.

Interpretar una voluntad jurídica equivale a *comprenderla en su modo de ser concreto que la diferencia de otras voluntades jurídicas*. La *interpretación* no se debe confundir con la *inducción* jurídica, porque no *compara* entre sí el contenido de varios preceptos, limitándose a reducir el caso concreto a la mayor de una norma jurídica (§ 139). El problema de la *interpretación* sólo se plantea respecto al Derecho *moldeado*.

No es muy acertada la distinción entre interpretación «lógica» y «gramatical». La *expresión* y el *pensamiento* no se pueden separar. El que hace hincapié en una *palabra* para dilucidar el *pensamiento* que expresa se apoya en realidad en este mismo. Ni puede admitirse en modo alguno que la «gramática» y las llamadas «leyes del lenguaje» puedan atribuir a determinadas palabras o a ciertos giros un sentido fijo diferente del pensamiento intrínseco del que las usa. Así, pues, el análisis de las palabras empleadas para dar expresión a una voluntad jurídica sólo puede ser algo *provisional*. No es que su interpretación gramatical pueda conducir a un resultado fijo de por sí que luego se haya de modificar en sentido «extensivo» o «restrictivo».

La *interpretación* es la misma respecto de *toda* voluntad jurídica, y tiene lugar tanto tratándose de normas como de negocios

(6) El arte de la legislación consiste en valerse de los diferentes medios posibles de formulación del Derecho para alcanzar un Derecho *justo*, con *claridad* de expresión. Cfr. § 143; sobre la política como arte, § 169.—BEKKER, *System und Sprache des Entwurfs eines BGB*, 1888. LOBE, *Was verlangen wir von einem bürgerlichen Gesetzbuch*, 1896. ZIELMANN, *Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft*, 1896. RUMPF, *Volk und Recht*, 1910, pgs. 32 ss. HEDEMANN, *Über die Kunst gute Gesetze zu machen*, 1911. RELING, *Methodisch der Gesetzgebung, insbes. der Strafgesetzgebung*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 15, pgs. 24 ss.

jurídicos. Se discute si lo que se ha de investigar en la formulación jurídica es el *pensamiento* o la *voluntad* del que le da expresión, discusión ociosa, puesto que todo *pensamiento* jurídico es al mismo tiempo *voluntad*.

Esta *voluntad* es siempre obra de determinados hombres con conciencia volitiva. Se habla de una voluntad «del Derecho» o «de la ley», pero son éstas expresiones abreviadas e imprecisas. La «ley jurídica» es ya algo *querido* y no puede ella misma «querer». Ni una *ley* ni un *negocio jurídico* pueden querer y pensar, sino sólo *determinados hombres*.

Mas el *Derecho*, al nacer, se disocia de los que lo dictan. Éstos pasan a segundo término o desaparecen totalmente, no obstante lo cual el Derecho implica siempre una voluntad que lo acoja (1).

Esto tiene importancia fundamental por lo que se refiere al contenido de un Derecho *vigente*. Puede este contenido ser recibido sin alteración de un estado de Derecho anterior, y así se debe presumir siempre, en tanto que no se demuestre otra cosa. Para esto será necesario que se introduzca una alteración del Derecho establecido por el titular del poder llamado a dictar derecho, o por parte del que goce de la facultad de disposición tratándose de negocios jurídicos, con arreglo a las normas que dan la pauta para tales alteraciones (2).

(1) Cfr. §§ 52-54 y 101.

(2) ¿Puede verificarse también de un modo *tácito*? Los jueces romanos lo admitían como fundamento del Derecho consuetudinario: D. 1-3 32 ss. Y así opina también el presidente del Tribunal de Casación francés, BALLOT-BEAUPRÉ: «Lorsque le texte présente quelque ambiguïté..... j'estime que le juge..... ne droit pas s'attarder à rechercher obstinément tel ou tel article, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux», *Le centenaire du code civil*, Paris, 1904, página 27. V. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899. VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruselas, 1907. Pero esa opinión únicamente sería justificada si se afirmase resueltamente a modo de formación *originaria* de Derecho (§ 66). De nada sirve cuando sólo se trata de la actuación de simple Derecho *derivativo*, como en materia de interpretación de negocios jurídicos, en que la voluntad *jurídica* se halla siempre *sometida* a un *determinado* Derecho.

El Derecho *vigente* nos hace siempre remontarnos a la voluntad de aquel de quien procede en el estado en que se presenta.

Ahora bien, ¿qué pauta general se ofrece para la *interpretación* de las voluntades jurídicas manifestadas en las normas y en los negocios jurídicos? (3).

Se ha hablado del «fin» perseguido por la voluntad antigua. Hay que distinguir dos posibilidades. El fin de una voluntad jurídica se puede buscar *dentro* de sus normas circunscritas para poner en claro los requisitos concretos establecidos y sus efectos, en relación unos con otros; y cabe también tomar la voluntad de que se trata en conjunto a modo de medio para la consecución de un fin *exterior* a ella (4).

1.º En el primer sentido hay que declarar el sentido ambiguo de una norma jurídica atendiendo a sus propios requisitos y efectos y poniendo éstos y aquéllos en armonía, de tal modo que los efectos jurídicos prescritos aparezcan como medios adecuados (§ 124) para el nuevo estado de Derecho a que aspira. O bien aparecen claramente definidos los requisitos de una norma jurídica, siendo inseguros sus efectos (5) o, por el contrario, son los requisitos los

(3) La bip. antigua se halla minuciosamente reseñada en WINDSCHEID, §§ 20-22. V., además, RR., III, 4, pgs. 497 ss. TR, VII, 9-13, pgs. 595 ss. KRAUS, *Die leitenden Grundsätzen der Gesetzesinterpretation*, en *Grünhuts Zeitschr.*, 32, pgs. 693 ss. BIERLING, *Prinzipielehre* (§ 18 n. 13), 4, pgs. 197 ss. ZEILER, *Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung*, 1911. El MISMO, en *Deutsche Richter-Zeitung*, 6, pgs. 101 ss. DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912. CARLO, *Dei nuovi metodi d'interpretazione della norma positiva di diritto*, en *Il Circolo Giuridico*, Palermo, 1914. El MISMO, *Dei nuovi metodi di interpretazione del diritto*, Palermo, 1919. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914. SOUSLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 370 ss. MANIGK, *Irrtum und Auslegung* (§ 116 número 1).

(4) Vemos algo *claramente* cuando podemos distinguir sus partes en relación unas con otras; lo conocemos *claramente* cuando alcanzamos su modo peculiar de ser frente a otras cosas diferentes. TR, VII, 4: La claridad en la formulación jurídica. Cfr., STADER, *Logik* (§ 68 n. 4, pg. 43).

(5) Un conocido ejemplo se nos ofrece en la controversia sobre el sentido de la Nov. 115 de Justiniano. V. WINDSCHEID, §§ 584 s.

duchos, sin que haya duda alguna en cuanto a los efectos (6).

2.º Si no fuese posible disipar la duda examinando intrínsecamente la voluntad jurídica, habrá que ver cuál es el fin exterior que ésta persigue. Y en este punto cabe otra doble posibilidad:

a) Podemos fijarnos en el fin *concreto* para el que esta voluntad jurídica sirve de medio *condicionado*, concibiéndola así en el sentido en que mejor se ajuste a aquel fin *concreto* (7).

b) Pero cabe que el mismo fin *concreto* perseguido por la voluntad que se interpreta no sea tampoco muy claro e inequívoco, sin que, por consiguiente, nos pueda servir de guía segura. Sobre todo tratándose de negocios jurídicos puede muy bien ocurrir que la «voluntad real» sea dudosa en cuanto a su contenido subjetivo. En este caso el intérprete se debe decidir por el resultado que refleje la solución *fundamentalmente justa* del caso litigioso. El Derecho en su totalidad se halla condicionado por la exigencia de que sus normas concretas sean *intrínsecamente legítima*. Y toda norma de Derecho prefijado tiende siempre a reflejar el *Derecho justo* (§§ 91 ss.); así como la voluntad de todo individuo sometido al Derecho se halla inspirada en cuanto jurídicamente vinculatoria por el mismo sentido del Derecho en general. Así, pues, cuando una voluntad jurídica sea de por sí antigua en su sentido concreto que se pueda aclarar por medio de su propia formulación (*supra* 1.º) se impondrá la conclusión de que esa voluntad habrá querido disponer, en todo caso, lo que más se ajuste al *concepto fundamental* del Derecho (8).

(6) Ejemplo: Se duda en cuanto a los requisitos bajo los que el § 944 Cód. civ. al., en relación con §§ 2.013 y 2.009, puede favorecer al heredero que tarda en hacerse cargo de la herencia, ya que el poseedor del patrimonio hereditario deje de poseer de buena fe antes de la restitución.

(7) Así hay que hacerlo muchas veces tratándose de normas jurídicas formalistas, de materias de registro de inmuebles, v. gr., o de problemas muy estrictamente planteados, como el que encierra, por ejemplo, el Cód. civ. al., § 1.969 (¿qué se entiende por «miembros de la familia?»), o el § 2.373 («papeles de familia», «retratos de familia»).

(8) Y no sólo en materia de contratos, a tenor del § 187 Código civ. al., sino también respecto de declaraciones de voluntad unilaterales, según § 133.

II.—Medios para completar el Derecho prefijado.

130.—LA INDUCCIÓN JURÍDICA.

Las normas jurídicas concretas las podemos imaginar como formando grupos. Constituyen «familias», hablando en un sentido figurado, y se hallan «emparentadas» unas con otras. En cada norma jurídica se puede ver el miembro de una categoría de que forma parte con otras normas *del mismo género*. El clasificar una regla jurídica determinada dentro de su género correspondiente es la misión de la *inducción jurídica* (1).

La médula de la inducción es el saber *en qué* se conoce la *identidad de género* de varias normas jurídicas, lo cual nos lleva en último término al concepto mismo *del Derecho*, clave de todo lo *jurídico*, a la vez que supone un *análisis* intrínseco del Derecho *a base de diferentes notas genéricas*. Para proceder fundadamente en este análisis se necesita un método permanente que permita llevar a término aquella misión en cuantos casos se presenten.

Este método lógico *inductivo* en materia jurídica descansa necesariamente en los *puros conceptos fundamentales* del Derecho como las direcciones concentradas que irradian del punto central *del Derecho*, y mediante las cuales cabe reducir a unidad la materia concreta de las aspiraciones humanas con la peculiaridad propia de cada una de ellas.

Y ésta es la que hace posible, de un modo metódico y *absoluto*, ese *análisis* intrínseco del Derecho a que nos referimos. Son *afines* entre sí aquellas nociones jurídicas en que se manifiestan *los mismos conceptos fundamentales*. Así, con las relaciones jurídicas *reales*, por ejemplo, se forma inductivamente un grupo en cuanto que en todas se da el fenómeno de atribuirse a un sujeto facultades exclusivas frente a la colectividad de los sometidos al mismo Derecho.

(1) REISCHEL, *Darstellung und Kritik von J. St. Mills Theorie der induktiven methode*, en *Zeitschr. f. Philos. u. philos. Kritik*, 122, pgs. 176 ss. El MISMO, *Induction in der Jurisprudenz*, en *Grinshuts Zeitschr.*, 32, pgs. 99 ss. BUBNOFF, *Das Wesen und die Voraussetzungen der Induktion*, en *Kant-Studien*, 13, 357 ss.

Una vez formado el grupo, serán comunes los efectos jurídicos de las normas que constituyan la unidad genérica. Y así cabría decir, en el ejemplo elegido, que el número de los Derechos reales es limitado, que sólo pueden recaer sobre objetos concretos y no sobre cantidades, que su adquisición requiere ciertos actos jurídicos siempre idénticos, etc.

Nuestra ciencia del Derecho, y siguiendo a ésta la legislación actual, se valen de este procedimiento para construir las «partes generales» del sistema (2).

El campo de acción de la *inducción jurídica* tiene que sufrir necesariamente una cierta limitación.

Su función es *completar* el Derecho prefijado, y no puede atribuírsele una virtud «creadora» (cfr. § 116). Tiene que partir siempre de la materia determinada de un Derecho histórico, tendiendo a descubrir su trabazón interna, y por esta razón no puede trascender de investigaciones concretas. Cabe, sí, definir en términos absolutos el método formal con que opera, pero la inducción se hará siempre en el discernimiento de las condiciones necesarias que determinan *toda posible noción de Derecho*. Las *formas puras* de los conceptos y los juicios jurídicos no se pueden descubrir por vía *inductiva*, sino sólo mediante el método *crítico* (§ 5); la *inducción jurídica* no nos llevará, pues, jamás a la solución de los problemas propios de la *Filosofía del Derecho* (3).

131.—LA ANALOGÍA JURÍDICA.

Se plantea el problema de la *analogía* cuando una cuestión aún no resuelta se puede apoyar en otra resolución dictada. Así, pues, mientras que la *inducción* investiga el *género* de que forma parte una norma jurídica *específica*, procediendo, por tanto, de lo *especial* a lo *general*, la *analogía* procede mediante el paralelo de lo *especial* con lo *especial*. El método *inductivo* tiende a descubrir la *identidad* del concepto que esencialmente condiciona las voluntades jurídicas diferentes (§ 130); la *analogía*, en cambio, basa la resolución de una cuestión jurídica concreta en la decisión de otra *semejante*.

(2) V. § 133, 2.º: Derecho general y especial.

(3) V. *supra*, § 21 n. 5.—*TR.*, VII esp., pg. 630.

Ahora bien, la *semejanza* es una *identidad parcial*. En materia *jurídica* puede ocurrir, siendo esto decisivo, que entre los *requisitos* de dos diferentes supuestos medie una *identidad parcial*. Y de esta identidad parcial de los requisitos se seguirá la *identidad de los efectos*, extendiéndose a un supuesto los indicados para el otro (1).

Para saber cuándo existe una *identidad parcial* de requisitos habrá que acudir al mismo método en que descansa la *inducción*, es decir, viendo si en los diferentes supuestos se presentan los mismos conceptos fundamentales puros. Serán *análogos* los requisitos de dos normas jurídicas cuando en ambas se manifiesten del mismo modo, aunque sólo *parcialmente*, los *mismos conceptos jurídicos fundamentales* (2).

En punto a la *analogía jurídica*, la senda de la equiparación tiene que cruzar también por sobre una mayor común, de la que se han de derivar los efectos idénticos de las cuestiones jurídicas planteadas. Pero el verdadero fin no es aquí el desentrañar esa mayor en toda su extensión, sino el inferir fundadamente de una norma concreta la solución de otra cuestión distinta, aunque análoga (3).

En cuanto a la aplicación práctica de la *analogía jurídica*, hay que distinguir cuidadosamente dos cuestiones: 1.º ¿Mediante qué método lógico se puede ver cuándo existe la *analogía* en un caso dado? 2.º ¿Permite el *Derecho positivo* hacer uso de una posible analogía?

Esta distinción no se presenta tratándose de la *inducción jurídica*, porque de suyo se comprende que las manifestaciones específicas de lo jurídico se han de poder agrupar conceptualmente en géneros; la legislación positiva no puede fomentar ni impedir esta agrupación inductiva, que sólo incumbe a la *ciencia*.

(1) THÖL, *op. cit.* (§ 18 n. 5), § 64. WINDSCHEID, § 22 n. 5-8; § 23 n. 1 a. BINDING, *Handbuch des Strafrecht*, I, 1885, § 46. FALK, *Die Analogie im Rech*, 1906. BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 13) 4, 401 ss.

(2) Fórmula: $(a + b) : e = (a + c) : x$. TR., VII, 15 páginas 633 ss.—MARBE, *Die Gleichförmigkeit in der Welt*, 1916.

(3) OTTO, *Die Gewissheit des Richterspruches*, 1915, páginas 55 ss. HEIN, *Identität der Partes* (§ 114 n. 5), pg. 74 n. 6-8; pg. 138 n. 6; cfr. pg. 41 n. 66. JOERGES, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos*, III, pgs. 64 ss.

En cambio, puede una ley prohibir que se *aplique la analogía*. Nuestro Derecho penal vigente, v. gr., no admite la analogía en cuanto a la definición de hechos delictuosos y de las penas establecidas (4).

A esta posibilidad de analogía de que venimos hablando se le ha dado también el nombre estricto de *analogía legal*, según la cual la resolución de un caso se apoya en la de otro semejante previsto por una norma de Derecho *técnicamente formado*. Pero si no cabe esto, habrá que acudir a otro procedimiento más radical (§ 132).

132.—LAGUNAS EN EL DERECHO.

Se dice que el Derecho presenta lagunas en dos casos: 1.º Cuando un Derecho dado no ofrece solución alguna a problemas nuevos que surgen. 2.º Cuando ofreciendo la ley solución, el crítico no la estima justa y cree deber resolver de modo diferente (1).

Sólo el Derecho «formado» puede presentar lagunas, tanto en uno como en otro respecto (§ 127). El Derecho *en cuanto tal* da siempre solución y plenamente satisfactoria, intrínsecamente, a todos los problemas.

Si se presenta una «laguna» en el primero de los dos sentidos indicados, es decir, si no se puede encontrar una determinada solución a un problema dentro del Derecho técnicamente formado, se deberá acudir ante todo a la *analogía*. Pero no siempre se hallará una norma jurídica ya formada que se pueda aplicar analógicamente. Y cabe también que el orden jurídico no admita la aplicación del método analógico (§ 131).

(4) FRANK, *Konkmentar zum StGB*, § 2, 12.

(1) IUNG, *Von der «logischen Geschlossenheit» des Rechts*, en *Festg. f. Dernburg*, 1900. KRAUS, *op. cit.* (§ 18 n. 9), páginas 789 ss. *Lücken im Strafrecht*, 1902. ZITELMANN, *Lücken in Recht*, 1903. BRÜTT, *op. cit.* (§ 139 n. 2). BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 13) 4, pgs. 383 ss. ELZE, *Lücken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung. Ein Beitrag zur Methodologie des Rechts*, 1913. HERRFARHDT, *Lücken im Recht*, tesis doct. Bonn, 1915. HEIN, *op. cit.* (§ 114 n. 5), pgs. 364 n. 81. ZEVENBERGEN, *Leemten in de Wet*, Amsterdam, 1920. IUNG, *Rechtszegeer und Rechtswissen*, en *Arch. f. Zivil. Prax.*, 118, pgs. 1 ss. 13.º *Die Lücken des über lieferten Rechts*. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pgs. 350 ss.

Cuando el Derecho *prefijado* no ofrece solución alguna a un caso litigioso, habrá que elegir aquella decisión que sea *fundamentalmente justa* en el caso dado, adoptando el mismo punto de vista que seguíamos como definitivo cuando se trataba de interpretar una norma de Derecho dudosa (§ 129). Siendo inherente a todo Derecho *la tendencia a lo justo*, se deberá dar entrada a lo *fundamentalmente justo* allí donde el Derecho vigente no disponga en concreto de modo divergente (2).

Si esto último ocurre (3), se podrá decir que existe una «laguna» en el segundo sentido arriba indicado. Pero entonces no quedará más remedio que aplicar en la práctica ese Derecho positivo, que aunque se dice tener «lagunas», carece en realidad de ellas (confróntese § 50), si bien aspirando a modificarlo en lo que se estime probable (4).

SECCIÓN QUINTA

MODO DE CLASIFICAR EL DERECHO

I.—La sistemática jurídica.

133.—LAS DIVISIONES PURAS DEL DERECHO.

Sistema es una unidad articulada y exhaustiva (1).

Tratar *sistemáticamente* una materia equivale a *penetrar en su esencia con arreglo a un método fijo*, en que se den las tres características indicadas: 1.º Tomar cuantas particularidades se presentan como partes de un todo condicionado por un punto de mira unitario. 2.º Establecer la debida relación jerárquica entre las diferentes partes. Y 3.º Ordenarlas de modo que puedan abarcar todas las posibilidades concebibles.

El *concepto del Derecho* que condiciona las nociones jurídicas

(2) Ejemplo: el § 1.620 Cód. civ. al. impone la obligación de dotar a las hijas, pero sin decir de qué modo, si en dinero o *in natura*, etc. Habrá que completar esta norma con la del § 242 (Confróntese *infra*, § 164).

(3) Y quizá también cuando no se alcance el efecto que alguien desee, v. gr., la sanción de éste o aquél delito. V. § 131 n. 4.

(4) V. *infra* § 142: Importancia práctica de la idea del Derecho.

(1) TR., V, 1 ss.—V. *supra*, § 122.

todas y las reduce a unidad, nos permite construir un *sistema* de lo *jurídico* (2).

La materia condicionada a las aspiraciones humanas se enfoca bajo las formas conceptuales puras y se determina por ellas de modo invariable. Atendiendo a estas categorías absolutas del pensar jurídico contrapuestas necesariamente entre sí de dos en dos (§ 111), cabe ordenar de un modo absoluto toda voluntad jurídica concreta y clasificarla de un modo condicional y exhaustivo.

Procediendo así, obtenemos cuatro de estas divisiones puras del Derecho:

1.º Derechos *personales* y derechos *reales*. Los primeros se dan cuando el Derecho prescribe algo sobre un sujeto; los segundos cuando se refiere a un objeto. En aquéllos se parte de un sujeto jurídico como fin en sí; en éstos se dispone sobre el carácter y efectos de un medio jurídico en cuanto tal (3).

2.º Derecho *general* y Derecho *especial*. Esta división se basa en los conceptos puros del fundamento jurídico y de la relación jurídica. Entendemos por Derecho general un Derecho que condiciona lógicamente a otro; por Derecho especial el que se halla lógicamente condicionado. Así se construyen las «partes generales de nuestra ciencia y de la legislación (§ 130) (4).

(2) LOR. STEIN, *op. cit.* (§ 3 n. 9), 118 pgs. ss. LEHMANN, *Rechtsbegriff und Rechtssystem*, 1895. EL MISMO, *Die Systematik der Wissenschaften und die Jurisprudenz*, 1897. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, 1903. STURM, *Die Einteilung des Rechts und die Abtrennung des internationalen Privatrechts sowie des Friedenrechts*, 1012. CORNELIUS, *Transszendentale Systematik*, 1916.

(3) V. *supra*, § 111 n. 4; 114 n. 3; 120 n. 1 i. pr.

(4) HUBER, en *Ert. 2. Vorentwürfe eines Schweiz. ZGB*, 1901, I, pgs. 22 ss. ZITELMANN, *Der Wert eines «Allgemeinen Teils» des bürgerlichen Rechts*. 1905.—Esta técnica de los nuevos Códigos no facilita ni mucho menos el estudio de los detalles a los no iniciados. Partiendo de la cuestión concreta, tendrá que remontarse hasta los preceptos más generales y ponerlos en relación con aquélla. V., por ej., Cód. civ. al. § 554, en relación con 326 y 284 ss.; § 481, en relación con 459, 276 y 119. Cfr. KRAHMER, *Gegenseitige Verträge. Studien zur Systematik des Reichsrechts*, 1904.

3.º Derecho *objetivo* y Derecho *subjetivo*, según que la voluntad jurídica se halla determinada en el sentido de la soberanía política o en el de la sujeción al Derecho (5).

4.º Derecho *material* y Derecho *formal*. El primero dispone *qué* ha de prevalecer en su sentido como inviolable; el segundo *cómo* se debe practicar y llevar a efecto esa inviolabilidad (6).

134.—QUÉ ES UN ORDEN JURÍDICO.

Las cuestiones jurídicas se plantean siempre en la historia en el seno de una *determinado orden jurídico*. Veamos ahora qué es lo que caracteriza a este concepto de un orden jurídico. ¿Qué es un «orden jurídico»? ¿Cuál es el criterio que le condiciona? (1).

(5) La determinación científica del Derecho «en sentido subjetivo» constituye una antigua polémica. Y no se podrá llegar a una solución mientras no se vea claramente que de «Derecho subjetivo» se puede hablar en *tres* sentidos esencialmente diferentes: *a)* en el sentido de relación jurídica, v. gr., el derecho de propiedad; *b)* en el sentido de facultad, v. gr., derecho de venta del acreedor pignoraticio; *c)* en el sentido de voluntad sujeta al Derecho, por oposición al Derecho objetivo soberano. En su primera significación es un concepto fundamental puro y simple (§ 111) que se opone al concepto de *fundamento jurídico* (§ 65, 4.º). En la segunda acepción es un concepto fundamental sintético (§ 112), al que se opone el de *deber jurídico*. En el tercer sentido no se trata ya de un concepto jurídico fundamental, sino de una *división sistemática* de voluntades jurídicamente determinadas. Lo que se hace es analizar una voluntad históricamente dada determinada ya por la noción condicionante *del Derecho* y de sus *formas conceptuales puras*. Pero esta división tiene que ser *absoluta*, adaptable a *todo Derecho concebible*, y por esta razón deberá descansar a su vez en su peculiar modo de ser, sobre los modos condicionantes de ordenación del pensar jurídico. Para esto se acude, como resulta de lo expuesto, a las nociones metódicas de la *soberanía jurídica* y de la *sujeción al Derecho* (§ 111).—Bib. sobre el problema de los Derechos subjetivos: WINDSCHEID, § 37. JOH. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, 1900, § 12. V., sobre todo, BEKKER, *System des Pandektenrechts*, I, 1886, § 18.

(6) El Derecho penal es, pues, propiamente un Derecho *formal* (v. § 114 n. 10); pero a la vez hay que clasificarlo, según el criterio del texto, como Derecho *material* frente al Derecho procesal criminal. Y hasta dentro del Derecho procesal se vuelve a plantear esta distinción en una cierta hipóstasis. SAUER, *Grundlagen des Prozessrechtes*, 1919.

(1) Es muy curioso que nadie se haya hecho hasta ahora, que

Claro está que este problema presupone el concepto *del Derecho*. Éste se puede definir de un modo seguro, deslindándolo de otras modalidades de la voluntad humana sin fijarse en un determinado orden jurídico, mientras que la noción de éste es siempre una *aplicación concreta* del concepto absoluto del Derecho.

Esta aplicación supone, pues, una experiencia histórica condicionada, sin la cual no cabe delimitar entre sí los diferentes órdenes jurídicos. Y por otra parte el *concepto* de un «orden jurídico» debe ser independiente de las normas concretas de éste o aquél Derecho como una forma conceptual condicionante que se puede dar en otra voluntad *jurídica*. Las características condicionantes de este concepto deberán ser, por tanto, formas puras *del concebir jurídico*, y tratándose de *deslindar* diferentes voluntades jurídicas habrá de tomarse por base la posibilidad *de las divisiones puras del Derecho* (§ 133).

Las cuatro divisiones puras del Derecho que son posibles ocupan el mismo rango lógico. Pero para la finalidad de determinar conceptualmente la noción de un «orden jurídico» no vienen a consideración las distinciones entre derechos personales y reales y entre Derecho material y formal. Tiene, en cambio, gran importancia la contraposición entre Derecho *general* y *especial*. El primero es el fundamento condicionante del segundo. Y éste es precisamente el que de modo determinante caracteriza el concepto de un *orden jurídico*, que a su vez se propone también «ordenar Derecho» como fundamento de las voluntades jurídicas compendiadas dentro de él y bajo él. El concepto del *orden jurídico*, cae, pues, bajo la noción condicionante del Derecho *general*.

A esto se añade el uso de la distinción entre Derecho *objetivo* y Derecho *subjetivo*. Entre las relaciones entre varios órdenes jurídicos se manifiesta siempre la categoría de la *soberanía jurídica*. El orden jurídico en conjunto debe ofrecer la posibilidad para que surjan y se desenvuelvan otras voluntades sometidas al Derecho, pero sin constituir nunca de por sí un medio de éstas. Todo orden jurídico en cuanto todo ocupa siempre una posición de *supremacía*.

Un *orden jurídico* es, pues, el concepto en que se compendia

nosotros sepamos, en la teoría del Derecho, esa pregunta, tal como queda formulada. *TR.*, V, 8, pgs. 384 ss.

un determinado Derecho objetivo, concebido como fundamento de todas las voluntades jurídicas sometidas a él.

Al deslindar entre sí los diferentes órdenes jurídicos, surge dentro de cada uno de ellos la distinción entre el Derecho *público* y el Derecho *civil* (2).

El Derecho público comprende las instituciones jurídicas que tienden a posibilitar y mantener en pie el orden jurídico; el Derecho civil abarca la regulación de las relaciones jurídicas sujetas a él (3).

En el curso de la vida social puede plantearse el problema de si se deben realmente seguir en un caso dado las prescripciones de un *orden* jurídico. Para decidirlo habrá que atender a lo que se ha dicho sobre la *vigencia* del Derecho (§ 69). Habrá, pues, que ver si en las normas de que se trate concurren las ya indicadas caracte-

(2) La certera intuición de los juristas romanos les llevó a tomar esto por base de sus doctrinas. D. 1. 1. 1. 2. y J. 1. 1. 4. LEONHARD, *Institutionen des römischen Rechtes*, 1894, § 11, 1, pgs. 32 ss. Esta distinción viene a desterrar anteriores intentos de distinciones generales: a) *Ius utrumque*, es decir, el Derecho romano y el Derecho canónico, materia de enseñanza de las Universidades medioevales. STINTZING, I, pgs. 3 ss.; 25 ss.; 658 ss.; b) Derecho territorial y Derecho feudal, que era la distinción de los antiguos Códigos alemanes. SCHRÖDER, §§ 24 y 30. BRUNNER, §§ 26 ss. V. *supra*, § 12 n. 11 ss.

(3) La distinción entre el Derecho *público* y el *civil* sólo puede, pues, dilucidarse partiendo del concepto de un *orden jurídico con existencia sustantiva propia*. Otros métodos han fracasado. Cfr. las expresivas palabras con que empieza la Exposic. de mot. que acompaña al proyecto de Cód. civ. al. 1888. I, 1: «El Derecho civil se puede definir en general como el conjunto de aquellas normas que tienen por objeto regular la posición jurídica de las personas y las relaciones que entre éstas median en cuanto particulares.» Al hablar de «particulares» se parte implícitamente de la distinción aquí establecida, sin indicar el criterio que lógicamente la condiciona. V. de la bibl. moderna: BIERLING, *Kritik* (§ 18 n. 13), II, pgs. 149 ss. HOLLIGER, *Das Kriterium des Gesetzes zwis- chen dem öffentlichen und Privatrechts*, en *Zeitschr. f. öff. R.* 1, pgs. 63 ss. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 499 ss. JUNG, *Über die Abgrenzung des Privatrechts von öffentlichen Recht und über die Gliederung des gesamten Rechtsstoffes*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, II, pgs. 293 ss.—MERKEL, *Staatszweck und öffentliches Interesse*, en *Verwalt. Arch.*, 27, pági- nas 268 ss.

rísticas de un *orden jurídico* y si la noción de la soberanía jurídica cuenta también con *la posibilidad de imponerse* en esa su manifestación.

135.—LOS SISTEMAS JURÍDICOS CONDICIONADOS.

La clasificación y exposición de un Derecho históricamente dado se verifica mediante una ordenación *jerárquica* en lo *superior* y en lo *inferior*. Eliminando particularidades se obtiene un concepto general que abarca todas estas particularidades y como condición lógica suya. Esto en sentido *ascendente*, hasta llegar por fin al concepto mismo del Derecho. Estos conceptos genéricos superiores se tienen que enlazar, pues, con las diferentes divisiones puras del Derecho; así, v. gr., la división de un orden jurídico en Derecho público y civil se enlaza con la forma conceptual condicionante del Derecho general y del objetivo (§ 134).

El proceso *lógico* de la formación de un sistema jurídico no se distingue, pues, metódicamente del de la construcción jurídica (§§ 118 ss.). En ésta se parte de algo concreto, articulándolo en la trama condicionante de los conceptos jurídicos; tratándose de la formación de un sistema se penetra y se recorre todo el orden jurídico de arriba abajo y se ordena exhaustivamente en el sentido de pensar jurídico.

Hacia abajo, la perspectiva es infinita. La materia condicional de un Derecho histórico no tiene límites (1). Cómo se haya de tratar debidamente tal como lo exija un *sistema* (§ 133), será siempre un *problema concreto*, cuya solución se hallará condicionada a dos caracteres de cada caso. La dilucidación crítica del problema que se le plantea al sistema del Derecho no podrá, pues, violentar las legítimas exigencias de la *materia del Derecho* históricamente dado. Su papel independiente se muestra en dos aspectos: a) se puede desmenuzar, dilatar y renovar como se le antoje dentro de los cuadros de las divisiones puras del Derecho; b) El llamado a dictar el Derecho es libre de hacer de las posibles divisiones generales del Derecho un uso diferente del de los demás Derechos históricos: puede, por ej., alterar los límites establecidos entre el Derecho público y el Derecho civil (§ 134).

(1) V. sobre esto § 28 n. 1.

No existe, pues, un sistema *absoluto* en punto a las particularidades de un Derecho histórico. Un esquema modelo en que se condensase detalladamente el contenido de un sistema, sólo podría tener un valor *relativo*. Ningún orden jurídico concreto puede tener pretensiones de ser la *suma absoluta*, ni es tampoco posible que contenga una *absoluta articulación*; en cuánto a la materia de su contenido, todo orden jurídico es necesariamente transitorio (2).

Pero no por esto se puede decir que no cabe emitir juicio alguno sobre el valor de un sistema relativo de Derecho. Toda investigación jurídica concreta, para poder ser *científica*, necesita hacerse en la unidad del concepto del Derecho y poner a contribución las formas puras que de él emanan. Un sistema concreto construído para un orden periódico dado será *intrínsecamente legítimo* cuando se ajuste al método formal de la sistematización jurídica y satisfaga dentro de su esfera las condiciones necesarias de este método lógico (3).

II.—El Estado.

136.—DERECHO Y ESTADO.

Derecho y *Estado* no son conceptos equivalentes. El primero implica el carácter formal de una voluntad humana, que se puede deslindar en términos absolutos, y designa también la voluntad

(2) KAERGER, *Zwangsrechte. Ein Beitrag zur Systematisierung der Rechte*, 1882. EBBECKE, *Grundriss eines Systems der Rechtsordnung nach praktischen Zwecken*, 1888. DOHNA, *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, en *Zeitschr. f. Str. rechtswiss.*, 27, pgs. 329 ss. AFFOLTER, *Das System des Code civil*, en *Rhein. Z.*, 1, pgs. 474 ss. MEUMANN, *Observations sur le système du droit privé*, *Gin.*, 1909. STAMPE, *Grundriss der Wertbewegungslehre. Zur Einleitung in ein freirechtliches System der Schuldverhältnisse*, 1, 1912. EL MISMO, *Einführung in das bürgerliche Recht. Einkurzen Lehrbuch nach neuem System und Lehrmethode*, 1, 1920. MESZLÉNY, *Das Vernögen im BGB und im schweizer. ZGB.*, 1908. EL MISMO, *Das Privatrecht als organisationsrech* (§ 35 n. 1). ROZENBERG, *Das System des russischen Zivilrechts*, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 23, páginas 602 ss. JUNG, *Erläuterungen zum BGB. und zu den Zivilgesetzentwürfen Ungarns und Bulgariens*, 1. *Über die Bedeutung fichtiger Stoffgliederung in umfassenden Gesetzbüchern*, en *Jherings Jahrb.*, 69, pgs. 30 ss.

(3) § 81: Lo absoluto y lo objetivamente justo.

concreta en que ese carácter concurre (§ 49). El Estado entraña una especial ordenación jurídica que rige sobre los hombres asentados de modo fijo en un determinado territorio (1).

La relación necesaria que media entre estos dos conceptos es, pues, la de que el concepto *del Derecho* condiciona lógicamente la noción del *Estado*. El concepto *del Derecho* se puede definir y deslindar de las otras modalidades de la voluntad humana sin que en ello intervenga como método condicionante la noción del *Estado*. En cambio, es imposible definir el concepto *del Estado* sin aludir como factor determinante a la noción formal de lo *jurídico*.

Más aún. La noción *del Derecho* es una *forma pura* de la conciencia con que tropezamos al esclarecer críticamente las condiciones necesarias de la ordenación y la unidad de nuestro espíritu. La noción de una *vinculación permanente de fines humanos*, es decir, la noción del Derecho (§ 47) no puede faltar en modo alguno en el plano perfecto y absolutamente fijo a que se ha de ajustar la construcción científica del mundo de nuestros pensamientos (§ 8).

El concepto del *Estado* no es, por el contrario, una *forma pura*. La palabra «Estado» no es anterior a fines de la Edad Media como derivada gradualmente de la italiana «stato», y así también la noción que entraña se halla ligada inexcusablemente a ciertas condicionalidades, mencionadas al principio de este párrafo.

(1) LOENING, *Der Staat*, en *Handw. d. Staatswiss* (3ª ed.), VII, pgs. 692 ss. BORNHAK, *Gesetz und Recht*, 18, pg. 130. RÜHLMANN, *Staatsanschauungen. Quellenstücke. zur Geschichte des Staatsgedankens von der Antike bis zur Gegenwart*, 1918.—KAUFMANN, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1808, pgs. 99 ss., esp., pg. 113. MAYER, *Die rechtliche Bedeutungs des Staatsgebietes für den Staatsbegriff, historisch und dogmatisch dargestellt*, tesis doct., Greifswald, 1915. WERMINGHOFF, *Der Rechtsgedanke von der Unteilbarkeit des Staates in der deutschen und brandenburgisch-preussischen Geschichte*, 1915.—MOHL I, páginas 227 ss. BAHR, *Der Rechtsstaat*, 1864. RUCK, *op. cit.* (§ 169 n. 10, i. f.). WENZEL, *Juristische Grundprobleme. Der Begriff des Gesetzes. Zugleich eine Untersuchung zum Begriff des Staates und Problem des Völkerrechts*, 1. Abh., 1920. KELSEN, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, 1921. DONATI, *La persona reale dello Stato*, Mil., 1922.

Qué asociaciones *jurídicas* se puedan denominar precisamente «Estados» es algo más bien convencional (2).

La definición *incondicionalmente absoluta* del concepto del Estado choca con el hecho ya indicado de no ser ésta una categoría necesaria del pensar científico. Sólo es susceptible de una descripción *relativamente general*. Podrá, pues, construirse una *doctrina general del Estado* (§ 6), pero no una verdadera «Filosofía del Estado». (Cfr. §. 3) (3).

Ni se puede tampoco establecer en *absoluto* una relación de dependencia *del Derecho al Estado* atendiendo a los *orígenes* de las normas *jurídicas*. Siendo la noción del Derecho el *prius* lógico del concepto del Estado, y no viceversa, aquél, *como modalidad peculiar de la voluntad vinculatoria*, no puede basarse sobre éste. Y si nos limitamos a considerar la génesis de un Dere-

(2) Que también en el seno de asociaciones familiares y hordas y tribus nómadas que nadie llama «Estados» se forma muchas veces «Derecho» está fuera de duda. Cfr. § 39 n. 1 y § 237 n. 2. Sobre el Derecho y la Iglesia, v. § 108.

(3) FRIES, *Politik* (§ 20 n. 1), pág. 11 ss. HAGENS, *Staat, Recht und Völkerrecht*, 1890. KLÖPPEL, *Gesetz und Obrigkeit. Zur Klärung des Staats- und Rechtsbegriff*, 1891. HELD, *Studie über das sof. Staatsabstraktum*, en *Valkh. Viert. Jahr. Schr.*, 29, pgs. 1 ss. BENOIST, *Die Lehre vom Staat*, trad. de HAUFF, 1896. BRUNO SCHMIDT, *Der Staat. Eine öffentlich-rechtliche Studie*, 1896. SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, 1905 (v. *WR.* n. 134). GRABOWSKY, *Recht und Staat*, 1908. KELSEN, *op. cit.* (§ 27 n. 5) (rec. LAUN, en *Arch. f. öff. R.*, 30, pg. 389). PILOTY, *Staat und Staatswissenschaften*, en *Stengels Wört. de Staats und Verw. Recht* (2.^a ed.), III, pgs. 457 ss. El mismo, *Autorität und Staatsgewalt*, 1905. MENZEL, *Zur Psychologie des Staats*, 1915. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Der Staat als zittliches Wesen*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 9, páginas 29 ss.; 162 ss. ED. MAYER, *Der Staat, sein Wesen und seine Organisation*, en *Südd. Monatsh.*, 1916, pgs. 999 ss. (Cfr. § 61 número 1). TÖNNIES, *Der englische Staat und der deutsche Staat*, 1917. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 251 ss. MOLL, *Staat und Algaheurecht*, 1917, § 1. KJELLEN, *Der Staat als Lebensform*, 1918 (rec. MARCK, en *Kant-Studien*, 23, pgs. 77 ss.). BINDING, *Zum Werden und Leben der Staaten. Zehn staatsrechtliche Abhandlungen*, 1920. WOLZENDORFF, *Der reine Staat*, 1920.—DERNBURG, *Die Bedeutung der Rechtswissenschaft für den modernen Staat*, 1884. LEIST, *Kann die zivilistische Rechtswissenschaft dem Staate nützen?*, 1908.

cho determinado tendremos que distinguir entre la procedencia del contenido positivo y su modo formal de manifestarse (lib. II). Sólo en este último respecto, es decir, en cuanto a las *fuentes del Derecho* se puede traer a consideración el *Estado* en sentido moderno por lo que afecta a la formación del Derecho derivado del vigente (§ 64), y especialmente en lo que se refiere a la ley y a la *costumbre* (§ 65). Pero estos son problemas que afectan ya a las normas *concretas* de un Derecho dado y que implican la *reproducción* del contenido *condicionado* de un orden jurídico.

Las consideraciones *incondicionalmente absolutas* sobre el origen del Derecho, y singularmente la *psicología del Derecho*, son esencialmente independientes del concepto *del Estado*, y nada tienen que ver con él.

Finalmente, toda investigación sobre los *finés* «del Estado» se halla naturalmente en directa relación con su cualidad de especial asociación *jurídica*. El fin del Estado sólo puede ser, en último término, la misión ideal *del Derecho* mismo (§§ 91 ss.). No hay ni puede haber una nueva pauta mental de orientación como «fin del Estado» al lado e independientemente de *la idea del Derecho* (cfr. § 169).

137.—DERECHO SIN ESTADO.

Hay vastas extensiones de tierra que no se hallan sometidas a los poderes de ningún Estado. Tal es la alta mar y tales también algunos territorios en tierra firme, no despreciables todos ellos. Pero aunque falte el poder *del Estado* en algunos lugares en que existen agrupaciones humanas, no por eso deja de ser posible la constitución de *vinculaciones jurídicas* entre los que dentro de tales territorios conviven; habrá, pues, que demostrar la *necesidad* del Derecho en *territorios ajenos a todo Estado* (1).

(1) STAMMLER, *op. cit.* (§ 34 n. 3). FINGER, *Ger S.*, 76, 461. MAUER, *Deutsche Jur.-Zeitung*, 15, pgs. 360 ss.—HINRICHS, I, páginas 61 ss., 107 ss. LISZT, *Völkerrecht*, § 36. Sobre la libertad de los mares se han escrito varias monografías durante la guerra: W. CALKER, *Das Problem der Meeresfreiheit und die deutsche Völkerrecht. politik*. SIEMENS, *Die Freiheit der Meere*. STIER-SOMLO, *Die Freiheit der Meere und das Völkerrecht*. MEURER, *Das Problem der Meeresfreiheit*. TRIEPEL, *Die Freiheit der Meere und der künftige Friedasschluss*. LIEPMANN, *Die Frei-*

No es esta una *necesidad casual*. No se puede decir que las *leyes naturales* exijan que rija en todas partes una vinculación *jurídica*. No cabría demostrarlo. Aunque la experiencia nada nos dice de hombres que hayan vivido sin sujeción a Derecho alguno, de esta observación histórica no se puede inferir una prueba *incondicionadamente absoluta* (2).

Que también en territorios *carentes de Estado* es necesario un *Derecho* se sigue como consecuencia inmediata de la necesidad *lógica* de acudir al concepto de la voluntad *vinculatoria* que se nos presenta tan pronto como reflexionamos sobre las aspiraciones humanas. La noción del hombre totalmente aislado sólo es relativa, ya lo hemos dicho. Llevada esta noción a sus *últimas consecuencias*, tenemos que poner la voluntad de este hombre en relación con la de otros, ordenando así su conducta recíproca (§ 34).

Y que esta voluntad *vinculatoria*, cuya necesidad conceptual queda afirmada, ha de adoptar la forma *jurídica*, resulta de la necesidad de la *idea* del Derecho. Puede ocurrir que la *vinculación* sea simplemente *arbitraria* y hasta *convencional*, pero si seguimos reflexionando hasta llegar realmente a las *últimas consecuencias* de nuestro razonamiento, veremos que de ese modo no se puede poner unidad en el contenido de la voluntad humana a tenor de la idea de la voluntad pura y que la masa de las aspiraciones sociales es en conjunto caótica y confusa, oscilando de un caso en otro caso (§ 107).

Si, pues, tampoco en los territorios *ajenos a todo Estado* puede faltar un orden *jurídico* surge el problema de saber de donde han de venir las normas que lo integren (3). La solución a ese pro-

heit der Meere, en *Deutsche Jur.-Zeitung*. 22, pg. 922.—BOSCHAN, *Der Streit um die Freiheit der Meere im Zeitalter des Hugo Grotius*, 1919.

(2) Cfr. sobre esto § 61: Los primeros orígenes del Derecho. Véase, además, sobre las tentativas hechas para descubrir hombres *sin Derecho* o en un estado completamente *asocial*, *WR*, número 49.

(3) Problema diferente es el de las *personas sustraídas a todo Estado*. Entre éstas se cuentan no tanto las precedentes de territorios sin Estado como los súbditos de un Estado que pierden su nacionalidad sin adquirir la de un Estado extranjero; atiéndose para ésto a los preceptos de la Constitución (Const. al. de 22 J. 13). La cosa plantea muchas veces dificultades respecto de los descen-

blema la tiene que dar la doctrina de la *formación de Derecho por vía ordinaria*, que nos enseña que no se reduce todo a extender un Derecho existente a los territorios de que tratamos (4), sino que muchas veces se forma en esos territorios un *nuevo Derecho*, al reunirse en ellos una pluralidad de personas; y nos dice también de qué diferentes modos se puede formar así el Derecho, siendo al mismo tiempo la llamada a encontrar la explicación científica de estos singulares fenómenos (§ 66).

138.—EL DERECHO UNIVERSAL.

Para hallarse *legitimadas entre sí* las diferentes comunidades jurídicas, debe necesariamente prestarles esa legitimidad una voluntad jurídica *superior a ellas*. De otro modo no tendría sentido como precepto *jurídico* el prohibir las intromisiones en el territorio de un Estado ajeno (para perseguir a un delincuente fugado, v. gr.); ni se podía afirmar un *Derecho* de legítima defensa frente a otros Estados, etc.

Se sigue de aquí la necesidad de un *Derecho universal*. No es un determinado contenido de Derecho que sea común a muchos órdenes jurídicos o a todos ellos (1).

dientes, pues mientras que unos Estados mantienen el principio de la territorialidad otros proclaman el de la personalidad. También suelen formar parte de este grupo de personas a que nos referimos los gitanos, aunque muchas veces es dudoso. Todas estas personas *no sujetas a ningún Estado* se hallan evidentemente sometidas al *Derecho* de los pueblos en que residan. a) V. en cuanto a los gitanos: BITTER, *Hand WB. d. preuss. Verw. s. v. «Ziguner»*. GRIMBERG, en *Handw. d. Staatswiss.* (3.^a ed.) II, pg. 601. BREITTON, *Die Zigeuner und der deutsche Staat*, 1911. b) En general. BITTER, *loc. cit.* I, pgs. 552 ss., 165 ss. KAPER-LOENING, en *Handw. d. Staatsw.* (3.^a ed.) II, pgs. 314 ss. KELLER-TRUTMAM, *Komm. z. Staatsangch. Ges.*, pgs 528. ss. FRISCH, *Das Fremdenrecht*, 1917. c) Sobre el servicio militar de extranjeros sin nacionalidad: *Milit. Ges.* de 22. T. 73, § 11, *Staatsangch. Ges.*, § 12. d) Personas jurídicas con domicilio en territorios sin Estado, v. gr., en Spitzberg, se aplican las normas generales sobre sociedades extranjeras. Cód. civ. al. § 23.

(4) Cfr. Cód. pen. al. § 4, y ley de 7. 4. 1900, § 17. También debe citarse aquí el Convenio internac. sobre los cables submarinos de 14. 3. 1884.

(1) Ciertamente que también se emplea la expresión en este senti-

El *Derecho universal* comprende aquellas normas jurídicas que son necesarias para concebir la existencia de los diferentes órdenes jurídicos. Se diferencia del Derecho internacional, aunque éste lo tome por base de un modo general; el Derecho internacional sólo afecta a las relaciones entre los Estados de civilización europea occidental (2).

En el *Derecho universal*, en cambio, se manifiesta el carácter *ilimitado* del concepto del Derecho; tiene por contenido la voluntad jurídica, animada por la noción de la trabazón armónica de todos los Derechos existentes (3).

En nada contradice a esto la existencia de *comunidades jurídicas independientes*, ni sobre todo la de *Estados soberanos*. Se pueden dar perfectamente bajo el imperio de un *Derecho universal*, del mismo modo que dentro de cada orden existen

do. Así: ZITELMANN, *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, 1888. OFNER, *Der Grundgedanke des Weltrechts*, 1889. KBIN, *Die Möglichkeit eines Weltprivatrechts*, 1913. El MISMO, *Internationalrechtliche Privatrechtseinheit*, en *Zeitschr. f. Internationalrecht*, 18, pgs. 1 ss.—JENIHING (§ 18 n. 8), *Geist d. röm. R.* (2.ª ed.), 1865, § 1. BRINZ, *Über Universalität*, 1876. El MISMO, *Lehrbuch der Pandekten* (2.ª ed.), 1873, I, § 22.

(2) Recordaremos aquí que el *Derecho internacional* tiene verdadero carácter *jurídico* (§ 71). La voluntad vinculatoria en que consiste presenta todos los caracteres del *concepto del Derecho* (§ 47). Por lo demás, en vez de decir si no se trataría más bien de una «moral» internacional que de un *Derecho* internacional, se debiera decir una *simple convención* internacional o un *poder arbitrario* internacional, porque no se trata de nada que se refiera a la *ética* o vida interior del hombre, sino de una regulación *social*, y sólo esas *tres modalidades* de voluntad *social* pueden presentarse en las relaciones entre los pueblos.—La bibliografía sobre el Derecho internacional positivo se sale de nuestro tema. Un interés metodológico especial presentan las siguientes obras: BRUNO SCHMIDT *Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus sowie einige verwandte Völkerrechtsnormen. Zugleich ein Beitrag zu grundsätzlichen Problemen der Rechtslehre*, 1907. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-Staats- und Vertragsbegriffe*. 1911 (§ 167 n. 3). VAN DER VLUGT, *Vragen van methode* (§ 22 n. 2). KELSEN, *op. cit.* (§ 67 n. 2).

(3) Cfr. § 111 n. 7. El *Derecho universal* existe, pues, siempre, tan pronto como la noción del *Derecho* toma cuerpo en un orden jurídico concreto. V. § 134 esp. n. 3.

sujetos de Derecho en el sentido de *finés en sí* jurídicamente reconocidos (§ 111), y así como a éstos se les puede atribuir como *propiedad* la *última palabra* decisiva sobre ciertos objetos (§ 114), así en las relaciones entre diferentes órdenes jurídicos se puede, y es ello perfectamente inteligible, conferir a cada Estado su *soberanía* (4).

De donde se sigue que todas las asociaciones «internacionales» de individuos o de determinados grupos no pueden nunca instaurar un nuevo Derecho *sobre* los distintos órdenes jurídicos. Cada cual sólo se tiene que preocupar de aquella especial vinculación jurídica a que se halla sujeto. Podrán, sin duda, surgir rozamientos y conflictos entre aspiraciones que se digan «internacionales» y los órdenes jurídicos «nacionales». En el fondo, aquéllas tenderán siempre a alterar el contenido de las instituciones jurídicas vigentes, nunca a negar la independencia de esos órdenes jurídicos ni a anularlos.

Que este estado de cosas pueda cambiar algún día para implantarse una *única colectividad* jurídica en que entren todos los hombres es una quimera. Este pensamiento no encierra, ciertamente, ninguna contradicción lógica, pero hay dificultades insuperables que se oponen a su realización. No pasa de ser, por tanto, una materia simplemente opinable, según la inclinación de cada cual, e in-diferente (5).

La verdadera aspiración es, en vez de ésta, la de perfeccionar cada vez más el contenido del *Derecho universal*, que es el que realmente hace posibles y garantiza, en el sentido indicado, los diferentes órdenes jurídicos. Esta evidente aspiración adquiere especial relieve en los tiempos actuales bajo la expresión de Liga y Sociedad de las Naciones, pero sin que esto nos traiga *metódicamente* ningún pensamiento nuevo. El problema se plantea de por sí dada

(4) En qué extensión es lo que han de decidir las normas del Derecho superior. V. n. 5.—FENERBACH, *Die Weltherrschaft das Grab der Meusheit*, *Kl. Schriften*, 1833, pgs. 34 ss. HARTUNG, *Die Lehre von der Weltherrschaft im Mittelalter, ihr Werden und ihre Begründung*, tesis doct. HALLE 1909. AFFOLTER, *Recht über den Staaten*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 14, páginas 97 ss. GOMPERS, *Die Idee der überstaatlichen Rechtsordnung*, 1920.

(5) Cfr. § 100 n. 2. V. también § 179.

la peculiaridad del concepto del *Derecho*, y se viene tratando sistemáticamente desde hace mucho (6).

La *misión del Derecho universal* no se debe a ninguna Liga concreta entre diferentes naciones. No hay por qué limitar el examen sistemático del problema de que aquí se trata a determinados países entre quienes se celebre un tratado. Éste sólo puede afectar a distintos detalles de regulación, pero tendrá que reconocer inexcusablemente que aun sin «Liga» de ningún género los pueblos se hallan ligados *desde luego* en sus relaciones recíprocas por una vinculación *jurídica* de que no hay razón para prescindir como la única modalidad legítima de regulación social (§ 107) (7).

(6) HILL, *Völkerorganisation und der moderne Staat*, traducción de THOMAS, 1911. LISZT, *Die rechtliche Natur des Völkerbundes*, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 23, pgs. 661 ss. VORLANDER, *Kant und der Gedanke des Völkerbundes*, 1919. SPRANGER, *Völkerbund und Rechtsgedanke*, 1919. SCHATZEL, *Probleme des Völkerbundes*, 1920. RÜHLMANN, *Der Völkerbunds-gedanke. Materialiensammlung*, 1920.—HOLLDACK, *Grenzen der Erkenntnis ausländischen Rechte*, 1919.

(7) Lo referente a una «Liga de Naciones» sólo es un problema *filosófico-jurídico* en cuanto que se nos muestra aquí el carácter *ilimitado* del concepto del Derecho. Es evidente que el concepto del *Derecho* no se puede detener ante las fronteras de un determinado Estado, pues todo Estado es una simple *aplicación concreta* del concepto absoluto del Derecho (§ 136; v. también § 134). Pero, por otra parte, cuantas proposiciones se refieren a una Liga de Naciones con su organización propia sólo implican a su vez un problema *técnicamente condicionado*. Si una Liga de Naciones es realmente el medio decisivo para mantener en pie con la debida seguridad el *Derecho*, es lo que habría que demostrar. Toda «Liga de Naciones» no es, por su parte, más que una manifestación de la voluntad *social* o *vinculatoria* (§§ 31 ss.). Así, pues, también respecto de ella se presentará la triple posibilidad en cuanto a la vinculación de fines: la convencional, la *jurídica* y la arbitraria. Para defender una determinada Liga de Naciones habrá, pues, que ver, en primer lugar, si ofrece garantías de que ha de crear realmente una voluntad *jurídica* en las circunstancias en que actúe y dadas las cognoscibles aspiraciones de las comunidades que haya de comprender. Puede ocurrir que una determinada Liga de Naciones se halle en estado tan deplorable que no ofrezca seguridad alguna de eso. Y puede muy bien transformarse en instrumento de brutal *arbitrariedad*. Cabe perfectamente que la *auto-ayuda* de cada Estado regulada como *institución jurídica* (§ 48, 5.^o) pueda, en ciertas circunstancias históricas, ser mejor garantía que una Liga de

Resulta de aquí que los problemas concretos todos que se puedan plantear en una situación histórica dada deben siempre desenvolverse bajo el influjo del *concepto* y la *idea del Derecho*.

La noción del *Derecho* con sus características permanentes debe constituir la base fija de la convivencia a que se hallan sujetos también los pueblos en sus comunes vicisitudes (§ 47); no basta que los pueblos se vinculen de un caso para otro con arreglo al capricho subjetivo, sea libremente, de un modo convencional como entre iguales o arbitrariamente cuando predomine el poder de una de las partes. Y jamás se deberá tampoco prescindir de la pauta de la *justicia*, y no como tópicos vacíos, sino con la clara conciencia crítica de que también en la vida de los pueblos hay que tomar la idea de la *comunidad pura* por estrella polar (8).

Naciones de la realización del *Derecho* entre los pueblos. Es, en todo caso, como se ha dicho, lo que habrá que demostrar, pues el simple tópicos de «Liga de Naciones» no basta para asegurar la instauración de un verdadero estado de *Derecho* entre éstas. Y, finalmente, si aquella duda no tiene razón de ser en determinadas circunstancias de cuyo examen metódico hay que partir para justificarla, habrá que ver entonces, y éste será el punto de vista definitivo, si la Liga de Naciones de que se trate está organizado de modo que su aspiración intrínseca se ajuste a la *Idea del Derecho*. También en este punto se verá claramente, y hay que hacerlo notar con todo cuidado, que la institución de una «Liga de Naciones» no es ya *de por sí* garantía bastante de que se ha de practicar la *justicia* entre los pueblos. No es el hecho *exterior* de la existencia de una «Liga» lo que puede servir de punto de mira *supremo* para la instauración de relaciones sociales *justas*. Sólo la *reflexión crítica* sobre la posibilidad de una voluntad *objetivamente justa* puede decidir fundadamente, aun en las relaciones *jurídicas* internacionales, si en un caso dado es recomendable una «Liga de Naciones», y si es o no plausible lo que se propone como mira de sus aspiraciones concretas. SECKEL, *Staat, Volk, Universität*, 1921, esp., pgs. 24 s.

(8) Parece que hay quien piensa que el punto de mira ideal de la justicia y el esfuerzo por encontrar un Derecho objetivamente justo se deben circunscribir a la política *interior*, mientras que en la política *exterior* deciden exclusivamente los intereses privativos de cada pueblo. Puede que en la práctica acontezca esto con harta frecuencia, si no casi siempre. Y la afirmación de una máxima contraria se hallará animada no pocas veces por la insinceridad y la hipocresía. Pero de lo que hablamos aquí es de la *posibilidad* de dar a la regulación social un contenido *legítimo*. Y es este un

Así, pues, también en este orden de consideraciones venimos a parar en conclusión al problema de saber cuál es y cómo se ha de emplear el método condicionante mediante el cual se puedan *salvaguardar* el concepto y la idea del Derecho bajo circunstancias concretas dadas.

problema de trascendencia *absoluta*, que no se puede contradecir con hechos reprobables, producto del *subjetivismo* (§ 97), ni se altera en nada en su armonía porque en la práctica la vida social humana discorra muchas veces por causas materialmente divergentes. V. también § 169, esp. n. 3.