

LIBRO QUINTO

LA PRÁCTICA DEL DERECHO

SECCIÓN PRIMERA

CIENCIA PRÁCTICA DEL DERECHO

I.—El argumentar jurídico.

139.—MODOS DE ARGUMENTAR JURÍDICAMENTE

La jurisprudencia es una ciencia *práctica*, es decir, que sus normas y sus doctrinas se caracterizan esencialmente por el hecho de ser aplicables a casos concretos de la realidad.

La aplicación práctica del Derecho tiene lugar mediante la *argumentación jurídica* (1), que consiste en deducir un juicio jurídico a base de supuestos generales dados. También se suele denominar esto *subsunción jurídica* (2).

Hay dos modos de subsunción jurídica:

1.º El *mediato*, que hay que acudir cuando se trata de juzgar de un problema jurídico concreto atendiendo a normas *concretas*

(1) SIGWART, *Logik*, 1873, I, §§ 49 ss. LOTZE, *Logik* (2.ª edición), 1880, pgs. 108 ss. STRÜMPPELL, *Grundriss der Logik*, 1881, pgs. 158 ss. ÜBERWEG, *Logik* (§ 115 n. 7), §§ 74 ss. STADLER, *Logik* (§ 68 n. 4), pgs. 145 ss. LINDNER y LECLAIR, *Lehrbuch der allgemeinen Logik* (4.ª ed., 1907), §§ 51 ss. RIEHL, *Logik und Erkenntnistheorie*, en *Kultur der Gegenwart*, *Systemat. Philos.*, 1907, A. *Logik*, IV. *Neue Schlußlehre*.

(2) BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1885. STEIN, *Die Kunst der Rechtssprechung*, 1908. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften*, 1907. BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 13), IV, pgs. 3 ss. RUMPF, *Gesetz und Richter*, 1905. El MISMO, *Volk und Recht* (§ 128 n. 6), pgs. 7 ss. DURINGER, *Richter und Rechtssprechung*, 1909.—GMUR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. i des Schweiz*, ZGB. 1908. El MISMO, *Komentar zum Schw. ZGB.* (2.ª ed., 1919), I, pgs. 37 ss.—V. también §§ 143 y 145.

técnicamente formadas, dictadas como definitivas por un determinado Derecho.

2.º El *inmediato*, cuando hay que emitir un juicio atendiendo al Derecho *fundamentalmente justo*; como mayor del argumento se deberá elegir entonces aquella norma jurídica que en el problema concreto de que se trate represente la solución *fundamentalmente* legítima.

140.—MAYOR, MENOR Y CONCLUSIÓN.

La pauta de la argumentación jurídica la da esta regla: lo que cae bajo los supuestos o *requisitos* cae asimismo bajo los *efectos* (1).

Desde luego se ve esto sin dificultad en punto a la argumentación jurídica inmediata, con arreglo al siguiente esquema lógico:

Si R, entonces E,
A es R

luego a A corresponde E.

La mayor es, con sus requisitos y sus efectos, un juicio hipotético condensado en las normas del orden jurídico y cuyo sentido se debe desentrañar por vía de interpretación.

Sin embargo, no siempre cabe reducir a ella la menor con absoluta exactitud. Son diversas nociones jurídicas que se confrontan, cada una con sus características relativas propias, y entre las cuales se ha de elegir; no hay razón ninguna interna para que hayan de coincidir necesariamente unas con otras, existiendo sólo una cierta probabilidad, relativamente segura dada la larga experiencia en que descansa la formación de las normas jurídicas (2).

141.—LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA INMEDIATA.

En la práctica jurídica las pretensiones relativas de las partes se presentan como algo dado. O bien aparecen como demandas formuladas en un litigio o se pueden construir mentalmente como

(1) REICHEL, en *Grünhuts Zeitschr.* 32, pgs. 99 ss. (§ 130, n. 1). WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, 1913. GESKER-ZELLER, *Die Rechtsanwendbarkeitsnormen*, 1914.

(2) JOH. BIERMANN, *Die Gründe der Zweifelhafteit rechtlicher Ergebnisse*, 1911. OTTO, *Die Gewissheit des Richterspruches* (§ 131 n. 3). EL MISMO, *Des Prozess als Spiel*, 1918.

pretensiones encontradas en cuanto medie una exigencia a favor de una de las partes sin más que imaginarse lo opuesto a esa exigencia en el caso concreto de que se trate. Y si se ha de juzgar con arreglo a la *buena fe*, etc., el juzgador tendrá que *elegir* la mayor determinante del juicio entre varias posibilidades *dadas*.

Como medio esquemático que puede ayudar a elegir, cabe concebir a las partes litigantes vinculadas por una *comunidad concreta*. Todo caso jurídico es por su materia condicionada susceptible de este esquema; se tratará siempre del contenido de una *voluntad vinculatoria* (§§ 31, 36), cuya resolución ha de ser *fundamentalmente justa* (§ 94). Así, pues, si concebimos las dos voluntades contrarias como voluntadas *vinculadas* veremos más fácil y claramente la *orientación que cada una de ellas entraña* (§ 145) en cuanto al punto de mira de la *comunidad pura* (§ 92). Y si tenemos presentes los *principios de un Derecho justo* (§ 95), veremos cuál de los pensamientos formales que presiden las pretensiones de cada parte se acomoda a las orientaciones del *ideal social*. La norma jurídica concreta en que se manifieste esa orientación es la que se debe tomar como mayor determinante del juicio en cuestión.

Reflexionando sobre este modo de proceder, advertiremos que hay que evitar dos errores:

1.º El de que se trate de *crear* una aspiración dada que en su modo de ser concreto se presente como fundamentalmente justa. No se halla al alcance del hombre esta virtud *creadora*. Las aspiraciones y las pretensiones concretas surgen a través de procesos históricos y se presentan ante el juzgador como algo dado; la misión de éste se reduce a *elegir* entre las pretensiones encontradas (1).

2.º El de que los casos planteados se deban subsumir en este modo de argumentar bajo «los principios del Derecho justo» (§ 95). En los juicios por Derecho justo hay que someter también las pretensiones concretas de las partes a una *regla jurídica dada*, que con otras divergentes se le ofrezca al juzgador como posible norma

(1) Del mismo modo que es imposible ver en la *ciencia jurídica* una *fuerza del Derecho* (§ 116 n. 3), no se puede tampoco pensar que la *materia* de lo jurídico haya de ser *producida* por los llamados a *juzgar* de los *litigios jurídicos* entre los sometidos al Derecho.—Que la *idea* del Derecho no tiene virtud creadora ya se ha dicho. V. § 83 n. 2 y cfr. § 172.

de lo que haya que resolver. Y como toda norma, representará un juicio hipotético, con sus relativos requisitos y efectos, caracterizándose sólo por la cualidad formal de hallarse *orientada* en el caso de que se trata por la idea central del Derecho, a diferencia de la norma contraria.

Llamamos *inmediato* (§ 139) a este modo jurídico de argumentar porque la menor que representa la voluntad concreta que se trata de subsumir no trae nada intrínsecamente nuevo respecto de la mayor, siguiéndose, por tanto, de esta última la conclusión de un modo *inmediato*. Ejemplos: Será nulo el contrato en que una parte disponga de su cuerpo o de su vida a favor de la otra (Código civ. al., § 138).—A. ha dispuesto contractualmente de su cuerpo y vida a favor de B.; este contrato es nulo. Si una persona bien acomodada auxilia a un hermano pobre, esta donación no será revocable (Cód. civ. al., § 534).—A., persona acomodada, ha auxiliado a su hermano pobre; la donación de A. a favor de B. no es revocable.

El examen de la mayor a que se ha de someter la pretensión de cada una de las partes, para ver si se halla orientada en el sentido del ideal social *debe plantearse repetidamente frente a cada caso* en cuanto al problema de saber si una exigencia determinada es o no *fundamentalmente justa*. No cabe condensar lo *fundamentalmente justo* en reglas concretas técnicamente formadas, a modo de las que, por ejemplo, se llaman «normas de cultura»; serían estos artículos que habrían de aplicarse como normas necesariamente decisivas, radicalmente diversas, por tanto, de los juicios dictados con arreglo a la «buena fe», etc. (2).

II.—El Derecho aplicable.

142.—IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA IDEA DEL DERECHO.

Como corresponde a la misión general de la *Filosofía del Derecho* (§ 3), la *doctrina del Derecho justo* señala los métodos que se deben seguir inexcusablemente *si* en un caso dado se quiere *ele-*

(2) MAYER, *Rechtsnormen und Wulturnormen* (§ 114 n. 1). El MISMO, *Strafrecht* (§ 111 n. 8). pgs. 37 ss. *Contra* DOHNA, en *Gerichtssaal*, 63, pgs. 355 ss. GERLAND, en *Writ. Viert. Jahr. Schr.* 3 F. X, pgs. 417 ss., esp. p. 453. WR., n. 202 s. STAMMLER, *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft*, en *Kultur der Gegenwart*, II, 8: *Systemat. Rechtswiss.* (2.^a ed. 1913), p. 46.

gir el Derecho justo. Se propone, pues, poner en claro un *método formal* y se reduce a esclarecer las *formas puras* de nuestros juicios. Nos permite dilucidar la esencia de la *idea del Derecho* y nos muestra su *posible* actuación en la práctica de la vida social (1).

No nos dice nunca, en cambio, qué Derecho *se haya de aplicar* en una cierta época y entre determinadas personas. Este es ya un problema que afecta al contenido *del Derecho en vigor*.

Ahora bien, un Derecho positivo (§ 49) cuenta siempre con los dos medios y se le ofrecen los dos caminos: o el dé *formar técnicamente* por sí mismo las normas articuladas que en la práctica se hayan de aplicar o el de dejar que los interesados *elijan* llegado el caso el Derecho *fundamentalmente justo* (§ 127). Y mientras este Derecho positivo permanezca en vigor (§ 67) habrá que observarlo y aplicarlo con toda precisión, como es natural, aunque sus preceptos puedan conducir coactivamente a resultados *injustos* (§ 144) (2).

(1) Si ello se puede llevar a cabo siempre con pleno éxito efectivo es lo que habrá que ver en cada caso, evidentemente. Lo mismo ocurre en todas las esferas del pensar y de la investigación científica. El método de ordenación si cabe demostrarlo críticamente en toda su integridad, pero su aplicación y sus resultados prácticos pueden dar lugar a no pocas dudas. Sin embargo, la investigación crítica tiene siempre la ventaja negativa de precavernos contra simples frases y contra la mera intuición superficial y fortuita, y sobre todo no nos expone al peligro de creer y hacer pasar por demostración «científica» simples pareceres *subjetivos*. KANT, *Crítica de la razón pura* (§ 15 n. 8), Prólogo a la 2.^a ed., p. XXIV. Cfr. HUGO, *Naturrecht* (4.^a ed. 1812), §§ 29 ss. RR. p. 311: «La práctica del Derecho justo es a su método lo que la agrimensura es a la geometría. La primera no es ya absoluta en cuanto a sus resultados ni es siempre absolutamente demostrable».

(2) La *crítica de las normas jurídicas* tendrá que acomodarse naturalmente al método unitario de la *Filosofía del Derecho* para tener un valor *científico*. No basta exponer las consecuencias de las normas jurídicas técnicamente formadas que se censuran apelando a la *sensibilidad* personal de las gentes bajo el vago lema que representa el tópico del «sentimiento del Derecho» (§ 146). Este modo de proceder que aún hoy podemos observar con harta frecuencia, no atiende debidamente ni a la *forma* ni a la *materia*. No se trata de un verdadero *método científico*. En cuanto a la *materia*, no se advierte que al examinar una regla *relativamente ge-*

Puede ciertamente ser dudoso si un Derecho positivo ha querido someter *coactivamente* un determinado problema a normas *técnicamente formadas* o si según sus preceptos se ha de proceder a *elegir* en cada caso el Derecho *justo*: y estas dudas se plantean dentro del mismo Derecho civil alemán hoy vigente. No es esta, sin embargo, una cuestión que afecte a la *Filosofía del Derecho*, ni se podrá resolver *jamás* de un modo *absoluto*. Se trata simplemente de definir el sentido y el alcance de las normas *de un orden jurídico concreto* tal como *realmente* existe. Lo único que en términos generales cabe decir es que cuando las normas positivas de un determinado orden jurídico sean ambiguas en cuanto a su sentido habrá que partir de la *presunción* de que ha querido elegir el camino que lleva a la elección del Derecho *fundamentalmente justo* (3).

143.—EL ARBITRIO JUDICIAL.

Es esta una expresión que se usa alguna vez por oposición a las normas legales *precisas e inequívocas*. Se quiere decir que el Derecho objetivo no dicta la resolución por sí mismo *exhaustiva y taxativamente*, siendo el «arbitrio judicial» el que ha de decidir

neral sólo se puede operar evidentemente a base de *fenómenos de casa siempre idénticos* (§ 58). El que afirme tales reglas se tiene que contentar por fuerza con un simple *promedio*. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética* a Nicomaco, lib. V; supra § 10 n. 19. Y como además todas estas reglas de Derecho se proponen regir como normas durante una cierta época, tienen que contar con las tendencias evolutivas que se pueden manifestar en punto al problema regulado. En la anterior nota hemos indicado que la *teoría crítica del Derecho* (§§ 5 s.) *no siempre* puede enseñar de un modo inmediato y convincente cómo se haya de aplicar la idea del Derecho en cada caso concreta; y en estas consideraciones vemos lo mismo por lo que se refiere a la crítica de las reglas jurídicas. «Las cosas chocan rudamente dentro del espacio»: las complicaciones son las más de las veces muchas e inescrutables, y no tenemos más remedio que resignarnos a la conclusión negativa asentada. V. también §§ 145; 173 n. 3.

(3) V. § 91 n. 4.—LIEBENTHAL, *Kantischer Geist in unserem neuen bürgerlichen Recht*, 1897. STAMMLER, *Die Bedeutung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches für den Fortschritt der Kultur*, 1900. B. A. SCHMIDT, *Das bürgerliche Gesetzbuch als Erzieher unseres Volkes*, 1901.

entre los «distintos pareceres» a que puede dar lugar el caso litigioso.

Es demasiado vago esto.

En realidad, apenas habrá un solo caso que no pueda dar lugar a opiniones dispares. Aunque la ley dicte un artículo concreto, difícilmente se podrá evitar una interpretación que se aparte del modo de ver común (§ 129), y si la mayor es de por sí clara, no siempre dejará de dar lugar a dudas la subsumción (§ 140). Añádase a esto la posibilidad de que se discutan las cuestiones de hecho que dan lugar al litigio y que se deben apreciar libremente (ley procesal § 286), y veremos que la *posibilidad* de que se susciten «opiniones dispares» no basta para caracterizar con toda precisión el *concepto* «del arbitrio judicial» como modo especial de juzgar jurídicamente (1).

El criterio distintivo no puede ser otro que el margen de *inaependencia* que al juez se le deja para *elegir* la norma fundamentalmente justa, a diferencia de lo que ocurre tratándose de normas *imperativamente formadas*.

Ahora bien: de dos modos se puede el Derecho remitir al «arbitrio» del juez, para que éste busque la norma *fundamentalmente justa*, siempre por obra de un precepto legal (§ 142):

1.º O bien *de antemano, renunciando la ley de un modo general* a dictar normas propias técnicamente formadas para ciertos casos futuros y confiando estos casos a aquel procedimiento de *elegir la solución justa* (§ 7).

(1) SEUFFERT, *Über richterliches Ermessen*, 1888. STAMMLER, *Die grundesätzlichen Aufgaben des Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung*, en *Verwalt. Arch.*, 15, pgs. 1 ss.; cfr. *Deutsche Jur-Zeitung*, 8, pgs. 192 ss. SLIER-SOHTO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, en *Staatsrechtl. Abhandl. f. Laband*, 1908, II, pgs. 445 ss. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910 (rec. REICHEL, en *Lit. Zentralbl.*, 1911, pgs. 532 ss.). LAUN, *Zum Problem des freien Ermessens, en Festschr. f. Zitelmann*, 1913. JELLINECK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913. REICHEL, *Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsendungslehre der Gegenwart*, 1915. SCHOEN, *Zur Frage der berprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsverfahren*, en *Verw. Arch.*, 27, pgs. 85 ss. DIENER, *Das Ermessen (Art. 4, ZGB.) Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre*, tesis doct., Zurich, 1920.

2.º O por mandato de una norma jurídica técnicamente prefijada (§ 127). Y en este punto se presenta una distinción, a la que se viene dando gran importancia desde antiguo, la distinción entre Derecho imperativo y simplemente dispositivo (2).

Este último se subdivide a su vez en dos categorías:

a) Cabe, en primer término, que se les reconozca a los particulares interesados la facultad de regular ciertas cuestiones por sí mismos, atribuyendo a la ley simple eficacia *supletoria* para el caso en que las partes nada hayan dispuesto (3).

b) Y en segundo lugar, puede ocurrir que las normas dictadas por el orden jurídico sólo tengan para el juez un valor provisional y no decisivo, pudiendo el juez apartarse de ellas cuando en el caso litigioso planteado conduzcan a un resultado *fundamentalmente injusto* (4).

En estos últimos tiempos se han manifestado aspiraciones que tienden a implantar el *arbitrio judicial* en el sentido aquí indicado, como medio de resolver todos los conflictos jurídicos *sin excepción* (5).

Es el movimiento que en Alemania se llama del *Derecho libre* (6). Los pensamientos esenciales de esta escuela se reducen a

(2) Derecho imperativo: Cód. civ. al., §§ 276, 2; 544; 619, et cetera. Cfr. § 161.

(3) Ej. v. en WINDSCHEID, § 30. STAMMLER, *Schuldverhältnis* (§ 125 n. 4), §§ 14 ss. RR., pgs. 252 ss., 337 ss.

(4) Tales son las normas del orden jurídico cit. en § 7 n. 1 siguiente; v., además, § 127. Ejemplo: El arrendatario deberá restituir la cosa arrendada al finalizar el arrendamiento, Cód. civ. alemán, § 556; este artículo se deberá aplicar en relación con el 242, aplazándose la restitución, v. gr., en caso de enfermedad, etc.; cfr. § 721. Ley proc. Cfr. infra, § 164.

(5) La actuación del pretor romano no puede servir en absoluto de ejemplo para coonestar esas aspiraciones. Al pretor se le reconocía ciertamente durante el año de su cargo la facultad de ajustarse en sus funciones judiciales a otras reglas que no fuesen las del *ius civile*, pero se hallaba obligado a seguir las normas proclamadas en su edicto. KIPP, *op. cit.* (§ 11 n. 6) § 10. Cfr. WENGER, *Antikes Richterkönigtum*, en *Festschr. f. österr. ABGB*. 1911, I, pgs. 479 ss.

(6) Esta corriente fué introducida hace varios decenios en la práctica judicial francesa por obra sobre todo de MAGNAUD, presidente del Tribunal de Château-Thierry. LEYRET, *Les jugements*

dos: 1.º En el aspecto *práctico* del problema pretenden estos autores que ninguna norma legal técnicamente formada tenga carácter *imperativo*. Pero no se advierte en qué dificultades se aventuraría el Derecho si renunciase a este instrumento legislativo de las normas y las instituciones *imperativas*. Hay instituciones jurídicas, como la letra de cambio, el cheque y otros títulos de crédito, que sólo pueden cumplir su función en el comercio bajo las prescripciones de preceptos formales imperativos; y otras instituciones, como el registro inmobiliario, el testamento y algunas más, caerían en una deplorable inseguridad si perdiesen su carácter formalístico. Para algunas cuestiones es indispensable la aplicación de normas con un cierto carácter mecánico imperativo: tal, v. gr., la fijación de una determinada edad como requisito de ciertos actos jurídicos; sería muy difícil y hasta en algunos casos imposible el establecer este límite de edad en cada caso, y otras veces daría lugar a gran confusión como en las normas sobre la prescripción, por ej. No es, pues, fundado ese postulado doctrinal que exige la *absoluta* exclusión de preceptos coactivos en la vida jurídica. El legislador deberá utilizar idóneamente ambas posibilidades, la del Derecho imperativo, y la del dispositivo. Cuándo una y cuándo otro, es lo que habrá que ver en cada caso (§ 172). 2.º *Teóricamente*, creen los secuaces de esa escuela que la administración de justicia sería mejor y más perfecta si los jueces pudiesen siempre fallar «libremente». Pero en el fondo nada se dice con esto. Se afirma que por este procedimiento se alcanzarían resultados *fundamentalmente legítimos*; más no se nos dice *qué se entiende en rigor por esta «fundamental legitimidad»*. Para saber esto no basta el tópico del «Derecho libre», sino que hay que entrar a dilucidar críticamente las condiciones lógicas que determinan el carácter de *justo* en todo Derecho (7).

du président Magnaud I, 1900, II, 1903. El mismo MAGNAUD ha expuesto su doctrina en la revista *Morgen*, 1908, nos. 28 s. GENY, *op. cit.* (§ 129 n. 2).

(7) La bibliogr. sobre la escuela del Derecho libre ha adquirido proporciones exageradas que no corresponden a la verdadera importancia del problema. V. las citas en las siguientes obras: EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903. KANTOROWICZ (Gnaeus Flavius) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1900 (2.ª ed. 1908). OERTMAN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1909. FUCHS, *op. cit.* (§ 118 n. 1). RUNDS-

144.—POSIBLES CONFLICTOS DENTRO DEL DERECHO.

La formulación de una norma de Derecho *imperativo* puede dar lugar a una contradicción entre lo que ella disponga y lo que resulte *fundamentalmente justo* en un caso que se plante (1).

TEIN, *Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins*, en *Arch. f. bürg. Recht*, 34, pgs. 1 ss. REICHEL, *Zur Freirechtswegung*, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, II, pgs. 464 ss. STAMPE, *Die Freirechtswegung*, 1911 (v. también § 135 n. 2). RICH. SCHMIDT, *Die Richtervereine*, 1911, pgs. 70 ss. TR. VIII, 15 ss. STAFFEL, en *Deutsche Reichter-Zeitung*, III, pgs. 724 ss. GHÉLIN, en *Bay-Zeitung*, VII, pgs. 453 ss. GELLER, *Osterr. ZBl.* 25, pgs. 465 ss. MANIGK, *op. cit.* (§ 16 n. 2). GAREIS, en *Seuff. Bl.* 75, pgs. 7 ss. HEIN DER DECKEN, *op. cit.* (§ 66 n. 1), pgs. 38 ss. VINC GRADOFF, *Freie Rechtssprechung und die atheistische Demokratie*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* VI, pgs. 81 ss. *Science of Legal Method, Select Essays (Modern Legal Philosophy Series)*; esp. *Editorial Preface sobre The Judicial Function*, por WIGMORE, Boston, 1917.

(1) Se habla a veces en este sentido de un conflicto entre el Derecho y la «moral», tomando esta palabra en el sentido de lo *fundamentalmente justo* (§ 33). Nada tiene que ver esto con la «moral» en su significado de norma de la *vida interior* (§ 31 s.). Se trata siempre en estos casos de conflictos en el campo de la *vida social*. Y esto ocurriría también aun tratándose de normas jurídicas que pretendiesen prescribir a una persona determinados *pensamientos* relativos a su interior, en lo que afecta especialmente a sus sentimientos *religiosos* (cfr. § 162 n. 2). No sería tampoco un conflicto entre el Derecho y la *moral*. El fundamental precepto *ético* de la *sinceridad* (§ 89) nada tendría que ver con esto. Los vinculados por la norma podrían, no obstante, respetarle perfectamente, manteniéndose *fieles* a sí mismos y ante los demás, sin quebrantar la verdad de su interior. Pero ¿es que aquél a quien la norma se dirige debe en casos tales acatar un Derecho *injusto* o puede apartarse de él, procediendo *arbitrariamente* según su discreción personal? No se puede admitir esto último, porque ello echaría por tierra la *condición* en que descansa toda posibilidad de regir *justamente* una vida social, es decir, la *inviolabilidad* de la voluntad vinculatoria del Derecho (§ 107). Pero, por otra parte, el exigir que se dé cumplimiento a un Derecho *reprobable* en un caso *concreto* es pedir que se proceda indebidamente. Y la voluntad del hombre puesto en este trance se rebela hasta afirmar que antes se debe obedecer a Dios que a los hombres. (Los hechos de los apóstoles, cap. 5, v. 29). Este es el problema que antes que nadie trató LUTERO muy exactamente en su obra sobre la potestad (v. § 13 n. 8).

Y el hecho de que el problema jurídico no pueda renunciar plenamente a su poder imperativo (§ 143) viene a aumentar la posibilidad de este conflicto que se ha planteado, efectivamente, en no pocas ocasiones (2).

Este conflicto no se podrá llegar a resolver nunca plenamente. El Derecho *imperativo* no puede dejar de ser *inviolable* mientras se halle en vigor (§ 47) (3), y, por otra parte, sus normas no son más que un *medio* al servicio de la *idea del Derecho* (§ 91) (4).

El problema de si estos conflictos se atenuarán y disminuirán en el transcurso del tiempo se identifica con el problema del progreso de la humanidad a través de la Historia (§ 179).

En relación con estas cuestiones se ha hablado también de un *derecho a la revolución*. Hay que distinguir:

1.º Si se quiere decir que los *sometidos al Derecho* se pueden rebelar contra él porque sus normas les parezcan *injustas*, tenemos que *negarlo* en cuanto ello implique un *quebrantamiento arbitrario del Derecho*. La vinculación *jurídica*, como base de la *posible legitimidad* de la vida social (§ 107), debe mantenerse y

En casos como éste sólo cabe, en realidad, la solución que ya PLATÓN atribuye en el Critón a Sócrates: afrontar y sufrir las consecuencias del Derecho por su inexecución (v. § 10 n. 13). V. también *infra* n. 2.

(2) El problema aparece maravillosamente expuesto en la Antígona de SÓFOCLES.—MANNHEIN, *Über Ludwige Erbfürster*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 281 ss.

(3) BEKKER, *Recht muss Recht bleiben*, 1896.—Atenuar los rigores del Derecho vigente es misión de aquél a quien corresponda en el Estado el derecho de gracia. V. § 153 n. 10.

(4) Aquí del dicho de *summum ius, summa iniuria*, CICERÓN, *de officiis*. I, 10, 33, que no se debiera separar del lema *Fiat iustitia, et pereat mundus*; v. BÜCHMANN, *Geflügelte Worte, Geschichtliche Zitate*. Las *normas concretas* técnicamente formadas de un Derecho *positivo* no se deben tomar por ley *suprema* de la voluntad humana. *RR.*, pgs. 33 ss.—Puede también ocurrir que se quebrante arbitrariamente el Derecho para conseguir un resultado cualquiera perseguido, pero sin ver por el momento si la mira alcanzada es fundamentalmente justa. También en estos casos se puede evitar la arbitrariedad y acatar el Derecho acudiendo al recurso de la gracia (§ 152). Tal es el problema que plantea KLEIST en *Prinz Friedrich von Homburg*, el opuesto al de *Michael Kohlhaas*, cuya interpretación tal como la concibe JHERING en su «Lucha por el Derecho» (§ 18 n. 8) no se puede aceptar, a mi juicio.

respetarse siempre *como tal*, sin suplantarla por un poder *arbitrario*. No cabe, en todo caso, más que el allanarse *en conjunto* al orden *jurídico* existente.

2.º Si, por el contrario, se entiende al expresarse así que puede haber razón para implantar *nuevo Derecho*, en lugar del *Derecho* existente contra las normas de éste, esto puede hallarse justificado en determinadas situaciones. En estas condiciones cabrá dejar a salvo *el concepto del Derecho*, sustituyendo el *Derecho* vigente hasta entonces por otro *Derecho nuevo*, formado por vía *originaria* (§ 66). Y puede ser necesario proceder así cuando, sin acudir a esta fuente *originaria*, se *imposibilite* la realización del *Derecho justo* y se cierre el paso a la *idea de la justicia*. Cuando ocurre esto sólo se podrá saber, en cada caso concreto, mediante los *métodos del Derecho justo*. No cabe asentar de antemano una regla *absoluta* (5).

SECCIÓN SEGUNDA

PRINCIPIOS REFLEXIVOS DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

I.—Elección de la norma justa.

145.—LA POSIBILIDAD DE UNA JUSTA ELECCIÓN.

La elección del *Derecho objetivamente justo* en cada caso se basa en la posible legitimidad de la voluntad humana (1).

(5) COLUCCIO SALUTATI, *Tractatus de tyranno*, siglo XIV; v. sobre esta obra: HINRICH, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 44 ss. LUTERO, *De la potestad temporal* (§ 13 n. 8). THOMASIIUS, *op. cit.* (§ 14 n. 8). INSTITUTIONES IURISPRUDENTIAE DIVINAE, III, 6, 86; 120. FEUERBACH, *Anti-Hobbes* (§ 14 n. 6). GEYER, pgs. 43 ss. LASSON, pgs. 85 ss. TREUMANN, *Die Monarchomanen*, 1895. CATHEIN, *Recht, Naturrecht* (§ 15 n. 21), III, 4, 2, § 4. KERN, *Gottesgnadentum* (§ 52 n. 3). WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstand des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, 1916. FEHR, *Das Widerstandsrecht*, en *Mitt. d. Inst. f. österr. Geschichtsforschung*, 38, pgs. 1 ss. LIEBERT, *Vom Geist der Revolutionen*, 1919. SCHANZE, *Revolution und Recht*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 225 ss. (§ 66 n. 8). VIERKANDT, *Zur Theorie der Revolution*, en *Schmollers Jahrb.*, 46, pgs. 325 ss. SHAKESPEARE, *King Richard II*, esp. IV, i, Bishop of Carlisle.

(1) Resumamos aquí el orden de ideas que sirve de base al

Esta noción es la *idea* que preside la *armonía* de todas las posibles aspiraciones humanas (§ 79). En casos dudosos todo consistirá, pues, en elegir y afirmar aquella voluntad que en su esencial orientación se ajuste a ese pensamiento central (2).

ideal social (§ 92): 1.º *Justo y no justo*. Es ésta la *suprema* división posible de nuestra conciencia, la división que condiciona necesariamente todos nuestros juicios concretos (§ 79). 2.º *Justo* como equivalente a *unitariamente ordenado*. La noción de *unidad* es la *fórmula última* en que se basan todos los conocimientos humanos; tiene que haber necesariamente un *punto de partida lógico* (§§ 5 n. 2 y 25 n. 1). 3.º *Forma y materia*: modalidad de ordenación unitaria y lo por ella determinado (§§ 3 y 56, 6.º). 4.º *Lo absolutamente justo* y lo *objetivamente justo*. Un valor *absoluto* sólo lo tienen las *formas puras* de ordenación unitaria de nuestros pensamientos, mientras que lo conocido mediante ellas es siempre *relativo*. Una voluntad jurídica concreta sólo puede ser, cuando más, *objetivamente* justa (§§ 81, 94 y esp. § 4). 5.º Las *formas puras* no son a modo de nociones «innatas». Cuanto compone nuestra conciencia lo hemos tenido que *adquirir condicionamente*. Pero *dentro* de ella podemos discernir el modo *absoluto* de ordenación unitaria de la materia mudable y varia que nos ofrecen nuestros sentidos limitados (§ 3 n. 5 s.). 6.º Las *formas puras* no se manifiestan jamás *de por sí* en la realidad sensible. Sólo aparecen unidas a la materia condicionada que encauzan y determinan. Así, pues, todo juicio sobre la *legitimidad fundamental* de una voluntad jurídica dada se debe formar atendiendo al carácter concreto de esta aspiración o pretensión y a la *idea armónicamente condicionante de lo justo* (§ 80, cfr. § 22). 7.º Las *formas puras* se han de dilucidar mediante *introspección crítica*. Hay que preguntarse: ¿qué clase de ordenación es necesaria para encauzar y determinar de un modo absolutamente armónico todas las nociones concebibles? (§§ 5, 79 s. y 110). El método inquisitivo nos muestra como *suprema* estrella polar de toda voluntad humana la idea de la *pureza de voluntad* (§ 80) y como medio que garantiza su aplicación a la voluntad vinculatoria la noción formal de *comunidad* (§ 92). Y que esta es la pauta *suprema* lo demuestra el que representa la *última consecuencia* del discernimiento crítico, sirviendo para *ordenar y analizar en su integridad* la noción de que se trate (§ 96).

(2) SAUER, *Die Möglichkeit eines juristischen Grundgesetzes*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, II, pgs. 336 ss. SANDER, *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens*, en *Zeitschr. f. d. öffentl. Recht*, I, pgs. 468 ss. NATORP, *Sozialidealismus. Neue Richtlinien sozialer Erziehung*, 1920. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, en *Arch. Giur.*, 85, fasc. I, Módena, 1921.

Pero no se debe concebir esta relación que media entre la pauta *formal* determinante de una voluntad y la *materia* concreta de esta voluntad misma como si *lo concreto* procediese en el tiempo, surgiendo luego el problema de investigar aquello que lo *condiciona*; hay que tener presente, por el contrario, que toda voluntad *concreta lleva ya en sí inevitablemente* la pauta *formal* que fundamentalmente la determina. El discernimiento crítico que se propone la investigación de la voluntad *justa* no entraña, pues, una virtud creadora, sino que es un análisis esclarecedor de algo *que ya existe*. En este sentido ha de tener lugar la *elección* entre una aspiración manifestada y la que *fundamentalmente* se opone a ella (3).

Se ha buscado el modo de sustituir esta *elección* que hay que verificar *repetidamente* frente a cada caso por una pauta general que permita distribuir en varias categorías las posibles manifestaciones concretas de la voluntad para facilitar así su aplicación práctica. Así, hay quien propone distinguir entre intereses «superiores» e «inferiores», estableciendo una «transacción» entre unos y otros (4).

Ahora, que esta «transacción» tendrá que efectuarse a base de la norma que en el caso concreto tenga el carácter de *objetivamente justa*. Por donde inevitablemente nos vemos llevados a nuestro orden de ideas, a la *fundamental legitimación* de una voluntad vinculatoria sin más que contentarnos irresolutamente con un vago tópico en vez de entrar a analizar y describir críticamente el problema de saber cómo ha de tener lugar *esa legislación*. Esa pretendida distinción no sólo se halla en contradicción con la inmensa variedad de las aspiraciones posibles, ignora también que en materia social, y, por tanto, en materia jurídica no se trata nunca de fines *distintos* y opuestos, sino de una voluntad *vinculatoria* que se sobrepone como algo peculiar a las partes litigantes (§ 31) y que

(3) Sobre otros métodos especiales que pueden servir de ayuda, v. §§ 95 n. 1; 155 n. 2.—Cfr. § 5 n. 1.

(4) STAMPE, en *Deutsche. Jur.—Zeitung* 10, pgs. 417 ss.; 713 ss. V. *ibid.*, 921, 1.017 y 11, pgs. 394 y 1.235. Cfr., además, STAMPE, *op. cit.* (§§ 116 n. 1 y 143 n. 7). HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912. El MISMO, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (§ 129 n. 3).—Sobre el problema de los bienes ideales, v. §§ 55, 5.º, y 91 n. 12.

en su contenido propio tiene que presentar el carácter de fundamentalmente legítima (§ 85) (5).

¿Pero, es que no puede ocurrir que en un mismo caso se den varias soluciones *justas*? (6) Esta duda que alguien ha sugerido puede solventarse diciendo que no hay razón para que se contradigan necesariamente *en cuanto a su carácter fundamental* varios planes o aspiraciones divergentes *en su modo de ser concreto*, por ej., dos caminos que conduzcan al mismo sitio. Pero si dos aspiraciones se contradicen *precisamente* en el hecho de hallarse o no orientados por la *idea* de la voluntad pura no podrán ser las dos al mismo tiempo *justas*.

Y algo análogo ocurre con lo que se refiere a la posibilidad de que dos diferentes afirmaciones sean al mismo tiempo *falsas* respecto de una misma cuestión. Puede acontecer en cuanto se trate de simples afirmaciones condicionadas *en cuanto a su carácter relativo*, v. gr., de diferentes proposiciones en la asamblea de una sociedad. Pero cada una de estas aspiraciones *condicionadas* se podrá examinar tomando por pauta *el ideal social*; si no resiste al examen es que la voluntad contraria, *cuya contraposición* se determinará siguiendo la misma línea directiva ideal, es la *objetivamente justa*.

146.—EL SENTIMIENTO NATURAL DEL DERECHO.

Hay quien pretende que sea el *sentimiento* el encargado de elegir la norma jurídica *fundamentalmente justa* para un caso concreto. Esta opinión aparece expresada hasta en los fundamentos de las sentencias de los primeros Tribunales. Unas veces se habla del «sentimiento natural del Derecho» (1) y otras veces se indica como criterio *de lo fundamentalmente justo* en materia jurídica

(5) SCHMIDT, *Gesetz und Urteil*, 1912: una resolución, dice este autor, es justa cuando otro juez hubiera resuelto del mismo modo. «Otro juez» quiere decir aquí el tipo empírico del moderno juez diestro en materias de Derecho. V. sobre esto: HOLLADK, en *Kaut-Studien*, 17, pgs. 404 ss.

(6) LEONHARD, en *Deutsche Lit. Zeitung*, 1912, n.º 21, pg. 1289.

(1) *Reichsgericht* 45, 173 (en el famoso proceso contra los fotógrafos del cadáver de Bismarck), 46, 79.

«los sentimientos de dignidad de todas las personas justas y honestas» (2).

Esto no puede bastar, ni mucho menos, para poner en claro *la esencia de la justicia y los factores necesarios que la condicionan*. Pues habría que decir precisamente qué es lo que se entiende por «justo y honesto» como pauta armónica de juicio; la tesis de este peculiar «sentimiento de dignidad» encierra, pues, un círculo vicioso por lo que se refiere al fundamental problema *filosofico-jurídico* de que se trata (3).

Al confiar a un «sentimiento» la *justa* resolución se parte ya implícitamente de modo sistemático de la noción y de la *posibilidad de lo justo*. No se nos dice sino que el carácter *intrínsecamente justo* de una voluntad se desentraña a través de un oscuro proceso genético, afirmación que difícilmente podrá satisfacer ni aun al mismo que la hace, en los más de los casos, y que en los demás no puede menos de hacer nacer dudas en cuanto a la legitimidad de lo que se afirma *justo*, tanto por lo que se refiere a sus orígenes como por lo que respecta a su fundamento sistemático (4).

(2) *Reichsgericht* 48, 124; 53, 177, 55, 373, 75, 123; 80, 221; 81, 263; 83, 114; 90, 183. *Cfr. Seufferts Arch.* 69 n. 243, pg. 455. V. también § 7 n. 3; § 94 n. 5; § 158 n. 4; § 159 n. 2 y § 162 n. 2.

(3) Sortea este escollo el Código civil suizo disponiendo en sus artículos 1.º y 2.º que, a falta de Derecho técnico formado, el juez debe fallar ateniéndose a la regla «que él hubiera dictado como legislador». El problema como tal aparece bien planteado aquí. Sobre un análogo giro en ARISTÓTELES v. WENGER, *op. cit.* (§ 143 n. 5), pg. 486.

(4) DEL VECHIO, *Il sentimento giuridico* (2.ª ed., Roma, 1908). BEROLZHEIMER, *Die Gefahren der Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart*, 1911. MULLER-ERZBACH, *Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle?*, en *Zeitschr. f. Handelsr.*, 73, 1913. KUBL, *Das Rechtsgefühl*, 1913. MARWITZ, *Das Rechtagefühl im Wandel der Zeiten, en Grenzboten*, 1913, núm. 40, pgs. 11 ss. DEHNOW, *Wesen und Wert des Rechtsgefühl.* en *Arch. f. syst. Philos.*, 20, pgs. 90 ss. SAUER, *Gesetz und Rechtsgefühl*, en *Zeitschr. f. Strafr. wiss.*, 33, pgs. 785 ss. BOASSON, *Het Rechtsbewustzijn*, Gravenhage, 1919. MANNHEIM, *Rechtsgefühl und Dichtung*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 251 ss. *Cfr.* también PÖZL, *op. cit.* (§ 3 n. 5). AFFOLTER, *op. cit.* (§ 22 n. 2). STURM, *op. cit.* (§ 75 n. 2). JUNG, *op. cit.* (§ 18 n. 13), esp. pgs. 36 ss. RIEZLER, *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen*, 1921. VOLKELT, *Die Gefühlgehisshheit. Eine erkenntnistheoretische Untersuchung*, 1922.

Pero aun suponiendo que ese *proceso genético* se pudiese dilucidar científicamente con mayor claridad de lo que puede hacerlo la simple invocación del «sentimiento», se trataría cuando más de una opinión *objetivamente legítima*. Y este carácter de *fundamental legitimidad* de la tal afirmación es de por sí en absoluto *independiente* del modo concreto como haya *nacido* (5).

La verdad es que no hay un solo hombre que venga al mundo con un punto de vista absoluto y permanente para juzgar de materias sociales. Un recién nacido no tiene noción de lo que es la *justicia* ni la injusticia. La naturaleza puede poner las dotes apropiadas, pero su desenvolvimiento necesario se verifica bajo la acción de circunstancias inexcusables y nunca de un modo único y siempre idéntico (6).

Así, pues, lo que vulgarmente se llama «sentimiento del Derecho» no es realmente más que un conocimiento del Derecho y de la vida social *reunido al azar* y de un modo *subjetivo y fortuito* de juzgar (7).

El intento vano de llegar a *esclarecer conceptualmente* la noción del Derecho y a encontrar su *verdadero fundamento* confiándose a un *simple* «sentimiento» no se debe confundir con el «sentimiento del Derecho» concebido como una *impresión personal que acompaña* a un sentimiento jurídico, el sentimiento de satisfacción o desagrado que se experimenta ante un acaecimiento jurídico cualquiera. Esto afecta, por tanto, al campo *psicológico*, pues se trata de la relación *subjetiva* de una noción *objetivamente* definida con una persona y del *modo de ser peculiar de esta relación* (§ 73). Este punto de vista *psicológico* puede completar en ciertos respectos el análisis *crítico*, pero jamás *sustituirlo* (§ 77) (8).

(5) Sobre la distinción entre el punto de vista *sistemático* y el *genético* v. § 22 n. 7, 3.º

(6) V. §§ 3 n. 5, 14, 84 3.º a); 172.—¿Es innato en el hombre el sentimiento del Derecho? V. *Gesetz und Recht*, 17, pgs. 583 ss.

(7) Cuando alguien se pierde en un bosque, quizá le da el «sentimiento» que un determinado camino le llevará a la salida: la cocinera adereza un plato poniéndole la sal o el azúcar que le dicta su «sentir». Este modo de proceder tiene *científicamente* la misma importancia que la opinión de aquél que pensase que la manera más segura de medir la distancia a la luna sería el golpe de vista.—JEAN PAUL *Flegeljahre*, 7.º, i. f. (Obras, 20, 50).

(8) ZIEGLER, *Das Gefühl. Eine psychologische Untersu-*

147.—JURISPRUDENCIA SOCIOLOGICA.

La dificultad principal que encierra la noción de la *justicia* es la de no ser más que un *punto de mira condicionante*, un simple *método formal* para aplicarlo como pauta a la materia de diferentes aspiraciones concretas. Esta contraposición entre *una idea* y *los hechos concretos de la vida* hace muy difícil su inteligencia y su aplicación. No siempre es cosa fácil hacer que prevalezca en el Derecho la concepción *central* de la vida y ver en todas las manifestaciones jurídicas *concretas* el nexo de dependencia que las liga a la *noción fundamental armónica* del ideal social; y más de una vez será punto menos que imposible el hacer que prevalezca sobre todos los acaecimientos *concretos* un *método absoluto*, es decir, una *forma pura* de juicio. Las energías que tienden a la consecución de fines *técnicamente limitados* y que son las primeras que se ofrecen a nuestra observación se interpondrán no pocas veces en el camino del investigador crítico. Y esas energías son las que han hecho brotar una nueva corriente en la Filosofía del Derecho que se atribuye con preferencia el nombre de *jurisprudencia sociológica*.

Esta corriente se manifiesta en un doble aspecto.

1.º Proclama en primer término que se debe consagrar especial atención al Derecho «vividio», afrontando cara a cara *la realidad* de la vida jurídica (1).

chung (4.ª ed., 1908). KORNFIELD, *Das Rechtsgefühl*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, I, pgs. 135 ss.; II, pgs. 28 ss. BÜTTNER, *Im Banne des logischen Zwanges*, 1914. Las dos últimas son obras premiadas. V. *Kant-Studien*, 18, pgs. 313 ss. V. también § 77 número 3.

(1) EHRLICH, *Sociologie und Jurisprudenz*, en *Osterr. Richter-Zeit.*, 1906. FUCHS, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908. EL MISMO, en *Deutsche Rich.-Zeit.*, II, pgs. 303 ss. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909. GUELIN, *Quousque? Beiträge zur soziologische Rechtsfindung*, 1910. EL MISMO, en *Deutsche Richt.-Zeit.*, II, pg. 123; *cfr.* RUMPF *ibid.* pgs. 219 ss. *Verhandlungen des i deutschen Soziologentags*, 1910, pgs. 275 ss. KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911. MANIGK, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, en *Osterr. Zentualbl.*, 1912. POUND, *The scope and purpose of*

Desde luego, es exacto que el comercio social no siempre se atiene de un modo preciso a las modalidades anteriormente reguladas de vinculación jurídica. Constantemente surgen nuevos convenios y nuevos negocios que en las leyes existentes no se hallan debidamente regulados (2).

Y hay, por el contrario, algunos conatos legislativos a que «la vida» no se adapta, y se quedan en simples posibilidades, sin que la realidad las adopte ni haga uso de ellas notoriamente. Se ha observado, y ello es muy interesante, que bajo el régimen de un mismo Derecho y sin que éste sufra alteración esencial, a la práctica de los Tribunales se presentan paulatinamente diferentes problemas típicos, que acaban por ser totalmente distintos de los planteados al comenzar a regir el mismo Derecho (3).

No se puede negar que el contacto con el Derecho «vividio» es

soziological jurisprudence, Cambriage, 1912. WUSTENDÖRFER, *Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 9, pgs. 170 ss.; pgs. 289 ss.; pgs. 422 ss. EL MISMO, *Tatsachen und Normen des Seeschiffesbaues. Ein Beitrag zum Industrierecht und zur Problem der dogmatischen Methode*, 1920. NUSSBAUM, *Ziele der Rechtstatsachensforschung*, en *Lit. Zeitung*, 1920, nos. 22-23 (v. n. 4). KELSEN, *Der Staatsbegriff der «verstehenden Soziologie»*, en *Zeitschr. f. Volkswirtsch. u. Soz. Pol. N. F.* I, pgs. 104 ss. EHRLICH, *Montesquieu and sociological jurisprudence*, en *Harvard Lane Review*, April, 1916. DBAKE, *Sociological interpretation of law*, en *Michigan Law Review*, 16, pgs. 599 ss. DAVY, *Le droit, l'idealisme et l'experience*, Paris, 1922, pgs. 161 ss. *La conception sociologique du droit*, § 169 n. 6.

(2) Tales son los llamados *contractus sui generis*. V. D. 1.º. 5. 4. Ejemplos de éstos son el contrato de garantía; STAMMLER, en *Arch. f. d. zivilist. Praxis*, 69, pgs. 1 ss. Y el contrato de suministro de obra, RIEZLER, *Werkvertrag*, pgs. 67 ss.; el contrato de aprendizaje, *Jherings Jahrbücher*, 40, pg. 253; el contrato de licencia, *ibid.*, 40, pg. 254; el contrato de suministro de servicios; contratos sobre omisiones; contratos a tenor de Cód. civ. al. §§ 445 y 493; contratos de aseguramiento de crédito y muchos otros más. V. también HÖNIGER, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, 1910. En el campo de los derechos reales se trata sobre todo de nuevos tipos de servidumbres: Cód. civ. al. 1018 s.

(3) Ejemplos: Cód. gen. para los Est. prus. II, 5, 177 ss.: De los domésticos El Cód. civ. al. § 2066 ss. dicta numerosas normas de interpretación de testamentos, siendo muy dudoso que los casos que han dado lugar a ellas se puedan repetir de modo idéntico.

tan interesante como necesario para llegar a conocer a fondo el estado concreto del Derecho en una cierta época y en un lugar determinado. Pero no es menos evidente que esto para nada afecta a la misión de la *Filosofía del Derecho*. Esas investigaciones se basan en el método de la *jurisprudencia técnica* y contribuyen a sus estudios, los completan y los rectifican científicamente. Ni tiene nada que ver tampoco esta corriente doctrinal a que nos referimos con el problema de la *idea del Derecho*, de su esclarecimiento crítico y de su aplicación práctica; no trasciende de la *materia concreta*, que forma el contenido de un Derecho determinado (4).

2.º Sostiene también esta doctrina que se debe prestar atención al aspecto *económico* del Derecho. Y esto tanto por lo que se refiere al estudio de un Derecho positivo como a sus conceptos fundamentales (5).

Contra esto tenemos que objetar que toda investigación *económica* se halla lógicamente condicionada por un determinado Derecho (§ 56). Y no son los conceptos «económicos» los que lógicamente sirven de base a los «jurídicos», sino viceversa (117, 4.º).

Y en modo alguno cabe sostener que el punto de vista «económico» pueda trascender al esclarecimiento de la *idea fundamental* que preside la sociedad humana. O no basta o es inexacto decir que el examen de los «intereses reales» puede contribuir a discernir claramente la *idea del Derecho*. La invocación del «sentimiento social» no nos dice más, y hasta es quizá más vago que el remitirse al mismo «sentimiento natural del Derecho» (§ 146). El hablar de un método «inductivo real» para la solución de estos problemas es contentarse con un confuso tópicó (6).

(4) Sobre la alteración de los problemas planteados en la práctica judicial, sin alteración del Derecho vigente, v. § 62, 3.º NUSBAUM, *Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens*. 1.º Hft. *Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht*, 1917; 2.º Hft. *Das Niessbauchsrecht des BGB. unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung*, 1919. SONTAG, *Die Aktiengesellschaften im Kampf zwischen Macht und Recht*, 1918.

(5) DANKWARDT, *Nationalökonomie und Jurisprudenz*. 1857 ss. El MISMO, *Nationalökonomisch-zivilistische Studien*, con prólogo de ROSCHER, 2 t., 1862-69. LOR. STEIN, *Gegenwart und Zukunft* (§ 3 n-69; cfr. § 61 n. 1).—V. §§ 56 n. 4, 117 n. 6.

(6) V. la referencia sobre la conferencia de FUCHS, cit. *supra* n. 1, en *Deutsche Jur-Zeit.*, 16, pgs. 580 s.—Cfr. también *supra*, § 26.

En todo caso, la simple observación de cómo *se desenvuelve la realidad* de la vida social no puede suplir el punto de mira *ideal* sin el cual no sería posible juzgar ni encauzar *armónicamente*, ni, por tanto, *legítimar fundamentalmente* las aspiraciones jurídicas concretas más diversas.

II.—La misión de la práctica jurídica.

148.—TEORÍA Y PRÁCTICA.

Práctica es el modo de tratar los casos concretos (cfr. § 139).

No se debe confundir con la *técnica*. Esta se refiere, en materia de Derecho, a la formulación de las normas jurídicas y al Derecho, taxativamente formado (§ 127). La *técnica* facilita el estudio de las normas concretas de que tiene que valerse el práctico para encontrar solución a los diferentes casos litigiosos (§ 110). Lo que la caracteriza es, pues, el que aun ofreciendo *reglas* de relativa generalidad, se reduce siempre a un contenido *concreto en cuanto tal*.

Circunscribiéndose la *técnica*, por tanto, a fines *concretos*, necesita descansar *fundamentalmente* en ciertas normas *teóricas*. Cierto que la palabra *teoría* ha perdido su verdadera significación conceptual en el transcurso del tiempo, haciéndose casi ininteligible. En su pura y clara acepción se debe entender por *teoría* una doctrina *de alcance incondicionadamente absoluto*. *Teoría* y *técnica doctrinal* son, pues, cosas perfectamente distintas. Esta, la *técnica*, es una simple base *provisional* a la que sólo una *teoría*, en el sentido indicado, puede dar *definitiva* confirmación (1). Toda la doctrina de la *Filosofía del Derecho* es, por consiguiente, una teoría en la verdadera acepción de esta palabra (§ 1).

Teniendo en cuenta esto podemos explicarnos claramente cuáles son las relaciones entre la *teoría* y la *práctica* en materia de Derecho. La primera ofrece los *métodos absolutos* del pensar jurídico. Descansa en *el concepto* y en *la idea del Derecho* y nos enseña el carácter fundamental de los *conceptos* y los *juicios jurídicos*. Consiguientemente, de la teoría habrá que partir inexcusa-

(1) V. § 127 *i. pr.* y n. 1-3.

blemente, aplicándola aunque no se quiera en cuanto se piense y se haga en materia de Derecho.

Un buen jurista práctico tendrá, pues, que dominar fundamentalmente tres cosas: una concepción metódica de la *teoría* del Derecho en general con carácter filosófico-jurídico; un conocimiento técnico de las normas concretas del Derecho que ha de aplicar; y, finalmente, deberá poseer aptitudes prácticas para saber argumentar jurídicamente, tanto para reducir los casos litigiosos al Derecho técnicamente formado como para elegir en cada caso la norma fundamentalmente justa, cuando así lo ordene la ley por la que ha de regirse (2).

149.—IDONEIDAD PRÁCTICA DE UNA NORMA JURÍDICA.

En la jurisprudencia moderna nos encontramos con la expresión de la «practicabilidad» de las instituciones jurídicas. Se entiende por esto la fijación de un promedio típico de requisitos jurídicos, v. gr., la determinación de la mayoría de edad o de la edad requerida para el derecho de sufragio, edad marcada al día y a la hora, sin esperar a que el individuo interesado demuestre su capacidad personal en el caso concreto (1). Esto afecta en primer lugar a la técnica del Derecho y tiene interés en cuanto a la distinción entre el Derecho taxativamente prefijado y el Derecho facultativo (§ 127), y la que media entre el Derecho imperativo y el dispositivo (§ 143). Pero en cuanto surge la duda de si un determinado modo de proceder del legislador es o no *intrínsecamente legítimo*, tenemos que acudir a un método fijo de reflexión, que, en último término, nos hará remontarnos a la *idea del Derecho*.

Limitarse a hablar de la «idoneidad práctica» de una determinada institución, en vez de proceder así, es algo vago y superficial. Se dice que una cosa es «práctica» cuando puede servir de medio apto para las aspiraciones concretas que se persiguen. Pero éstas no son más que deseos y afanes personales, que sólo se hallan determinados por fines simplemente relativos. Y si se hace necesario defender fundamentalmente su legitimidad habrá de acudirse

(2) Cfr. lag. bibl. cit. en § 139 n. 2. V. además Bozi, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*. EGGER, *Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*, 1913.

(1) JHERING (§ 18 n. 9), *Geist d. röm. R.* 2.^a ed.) § 38.

críticamente a la *noción fundamental* que sirve de pauta a todo Derecho (§ 96).

Y lo mismo ocurre cuando se habla de la *posibilidad de aplicar* una medida jurídica, pretendiendo demostrarla en una situación concreta. Puede evidentemente hacerse. Pero no debe entenderse que con esto se emplea una *segunda* pauta de juicio al lado de la que da la noción de *lo fundamentalmente justo*. No es que una norma sea «justa», aunque «irrealizable»; si ocurre esto último la aspiración de que se trate *no será tampoco justa* (2).

Con razón se ha rechazado la tesis, que corre convertida ya en tópico, de que una cosa puede ser buena en «teoría» y no servir en la «práctica» (3). La tesis es oscura y confusa. Cuando se dice que algo «no sirve» en la *práctica* se hace una afirmación concreta que habrá que examinar a tenor de una regla general, la cual, a su vez, responderá necesariamente a una *teoría* como método fijo de reflexión (4). Esa «teoría» de que se habla no es, en realidad, sostenible, ya que se basa en una *segunda* doctrina, fundada de que parte sin darse cuenta el que tal afirma. Una *teoría* sólo puede ser combatida por *otra teoría*, jamás por la *práctica*; ésta se reduce al modo de tratar los *casos concretos* valiéndose de reglas generales (§ 148).

Si puede, en cambio, la *práctica mover* al jurista a investigar a fondo *otra vez más* y quizá a rectificar una doctrina que a lo primero pareciese contradictorio con ella. Al aplicar una regla general a un caso concreto es como mejor se comprende el verdadero sentido de esa regla. Así entendida, la pretendida contraposición entre la *teoría* y la *práctica* queda reducida a la siguiente afirmación banal: cabe que algo se tome a *primera vista* por una regla relativamente general, y que luego, *al examinar críticamente*

(2) V. sobre esto RR., pg. 270.

(3) KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, en *Berl. Monatschr.* 1793, pgs. 201 ss. (Werke, V, pgs. 363 ss.)

(4) Y una reflexión cuidadosa nos haría ver muchas veces y por base teórica necesaria la doctrina del *eudemonismo*, que en el fondo toman, pues, por *ley suprema* de la voluntad humana la tendencia a lograr la mayor suma posible de placeres subjetivos. Véase § 93, 1.^o; cfr. también § 15 n. 9, § 96 y § 171.

«esta teoría» con ocasión de un caso concreto se compruebe que es una *doctrina insostenible*.

150.—INDEPENDENCIA EN LOS JUICIOS.

La historia del Derecho conserva testimonio de algunas instituciones peculiares, según las cuales el llamado a juzgar debía dejarse guiar por otros en sus fallos. Recuérdese, por ejemplo, el *ius respondendi* de los romanos (1), la remisión de actas a las Facultades de Derecho, practicada hasta tiempos muy recientes (2), etcétera (3). En cuanto al *método* que determina los juicios jurídicos es ello indiferente; no se hace más que diferir exteriormente un grado del problema (4).

Un problema especial surge cuando el Derecho se remite a los «usos sociales», problema que sólo se plantea en punto a la argumentación jurídica *mediata* (§ 140). Para fijar la norma que ha de servir de *menor* del silogismo hay que atender entonces a esos «usos», es decir, a una serie de juicios coincidentes sobre determinadas cuestiones jurídicas que se plantean en la práctica siempre de un modo idéntico. Para esto, hay que formar una estadística exterior, reuniendo los juicios de determinadas personas y categorías de

(1) KIPP, *op. cit.* (§ 11 n. 6), § 17, pgs. 107 ss.; § 23, pg. 145. Cfr., C. 1, 14, 12.

(2) WETZELL, *System des ordentlichen Zivilprozesses* (3.^a ed., 1878), § 44 n. 39 ss.

(3) Cód. gen. para los Est. prus. Introd., § 47; AGO., I, 13, 32; en rel. con *Corp. iur. Fridericianus*, Prol., § 29, y CO. de 14, 4, 1782, en que se ordena a jueces y autoridades que en casos dudosos consulten a la Comisión legislativa la resolución de la duda, y que ésta informe, a su vez, al rey cuando estime aconsejable una alteración del Derecho. Derogada por CO. de 8, 3, 1798, BORDEMANN, *Systematische Darstellung des preussischen Zivilrechts* (2.^a ed., 1842), I, pgs. 37 ss. HEYDEMANN, *Einleitung in das System des preussischen Zivilrechts* (2.^a ed., 1861), I, páginas 122 ss. DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* (5.^a ed., 1894), I, § 9.

(4) Nueva Const. al. 13, 2, y ley de 8, 4, 20.—ZEILER, *Gerichtshof für Gesetzesauslegung* (§ 129, n. 3).—En relación con esto se halla también el problema de las cuestiones prejudiciales y el de la vinculación de los tribunales a sus propias sentencias o a las dictadas por otros en casos anteriores.

personas sobre los casos de que se trata; a veces hasta con ayuda de quienes puedan dar testimonio acerca de esas convicciones comunes (5). El estudio de este procedimiento corresponde, pues, también, en cuanto a su oportunidad y aplicación, a la *técnica* del Derecho; su concepto, aparte de estas peculiaridades metódicas indicadas, no ofrece mayor interés para la *teoría* del Derecho.

Interesa, en cambio, a la *Filosofía del Derecho* el modo de ver de algunos que pretenden que en la investigación de *lo fundamentalmente justo* en una cuestión jurídica no se debe proceder independientemente, sino que se debe confiar a otros la conclusión *inmediata* necesaria (§ 141). Así se habla de juzgar ateniéndose a las «concepciones dominantes» que se hayan formado sobre la cuestión de que se trata. Esto no es admisible teniendo en cuenta el postulado del *esclarecimiento crítico de los propios pensamientos*.

El hecho de que al afirmar que un juicio cualquiera sobre un caso concreto sea «dominante» se puede caer muy fácilmente en arbitrariedad, careciéndose de base segura para comprobarlo, basta para probar esa renuncia que se quiere hacer a un juicio propio. Pero aún sin esto no se ve por qué las concepciones «dominantes» han de ser siempre *fundamentalmente justas*. La simple circunstancia de que una opinión sea *dominante* no dice nada por lo que respecta a la noción de *la justicia* ni entraña la menor reflexión *metódica* sobre la *legitimidad intrínseca* de una voluntad jurídica cualquiera (6).

Ni gana nada tampoco la doctrina con tomar por pauta de una

(5) V. § 42 n. 1 y § 38. Además, § 116 n. 3. HAGEN, *Die Usance und Treu und Glauben im Verkehre*, 1894.

(6) WR. n. 202 (supra § 141 n. 2). Sobre las «Idealidades sociales» de ARDIGO v. CARLO en *Arch. f. Rechtsphilos.* III, página 212 (§ 18, 12). Las más de las veces se habla de las «concepciones dominantes» como base de juicio de un modo muy incidental. V. también § 146 n. 2. Claro que en el fondo se quiere decir que es ésta una base de juicio formal e *incondicionalmente absoluta*. Pero falta preguntar: ¿hay razón para sostener esto? ¿Con qué fundamento se puede establecer esa supuesta instancia absoluta de las «concepciones dominantes»? ¿Y mediante qué método se puede afirmar y demostrar eso? ¿No se ve de menos aquí lo que podemos llamar *la energía del pensamiento* y que es en todo hombre un deber moral *para consigo mismo*? (§ 8.^o).

solución *fundamentalmente justa* el tópico del Derecho «popular». La palabra «pueblo» tiene varias acepciones; todo dependerá de la noción en que se piense como opuesta. Aquí se trata de la oposición entre el *pueblo* y los *juristas*. Entre éstos se cuentan los que conocen el Derecho técnicamente formado y, sobre todo, los que poseen un método seguro que les permite dominar cuantas cuestiones jurídicas se les planteen. Y nadie podrá afirmar seriamente que la ausencia de estas cualidades sean precisamente la pauta determinante para encontrar el *Derecho justo* (7).

La misión de la práctica jurídica en la elección del Derecho *fundamentalmente* legítimo es, pues, en conclusión, la de investigar y definir *por su propia reflexión* y ateniéndose al método crítico la norma que en la situación concreta de que se trate se ajuste a la *idea del Derecho* (8).

Esto lo deberá hacer en cuanto pueda «popularmente», es decir, procurando que la mayor parte de las gentes vean que lo resuelto es *fundamentalmente justo* (9).

(7) DANZ, *Rechtssprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz*, 1908. RUMPF, *Das Ideal des volkstümlichen Rechts*, 1913 (§§ 128 n. 6, 139 n. 2); *Die volkstümliche Gestaltung unseres bürgerlichen Rechts*, en *Ges. u. Recht*, 16, páginas 177 ss. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pg. 448; cfr. pgs. 394 y 433. V. también § 146 y § 143. RR., pgs. 149 ss. TR., pgs. 570 s., páginas 718 ss.

(8) «Si no puedes mantenerte por ti mismo en pie y necesitas de la ayuda de fuera, en verdad que eres tan hombre como un brazo sin mano», HEBREL, *Jugendgedichte*, 1829 ss.—KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, en *Berl. Monatschr.*, 1784, pgs. 481 ss. (*Werke*, I, pgs. 109 ss.): «*Sapere aude*. Atrévete a servirte de tu *propia* inteligencia: tal es el lema del racionalismo.»

(9) Esta cuestión del aspecto «popular» tiene ya un carácter psicológico. Mientras que en el anterior respecto se trataba de un problema crítico, es decir, de describir *el modo fijo y permanente* de descubrir *la rectitud* de un juicio, se trata aquí de *infundir* a determinadas personas una concepción segura en el sentido de ese modo fijo y permanente. Es éste un problema de *psicología práctica*. V. sobre esto §§ 75 y 78; cfr. § 173, 1.º y 2.º

SECCIÓN TERCERA

PRÁCTICA DEL DERECHO JUSTO

I.—Aplicación del Derecho por poderes jurídicos soberanos.

151.—CLASES DE PRÁCTICA JURÍDICA FUNDAMENTAL.

Considerado el Derecho en su dinámica y la relación del *sujeto individual* con la voluntad vinculatoria según los conceptos fundamentales de *soberanía* y *sujeción al Derecho* (§ 111), vemos que esa dinámica se desenvuelve en dos aspectos: el de *dictar el Derecho* y el de *aplicarlo* (§ 112). Y es postulado necesario de toda buena comunidad el ajustarse en sus instituciones exteriores a estas categorías generales, manteniendo separadas las dos funciones: la de la *legislación* y la de la *aplicación* del Derecho (1).

La *aplicación* de un Derecho dictado por la voluntad *jurídica* *soberana* no compete sólo a los *individuos sometidos al Derecho*, como miembros de la sociedad de que se trate, sino que debe hallarse garantizada también por los órganos de la *comunidad jurídica* en interés de la debida actuación de la vinculación vigente. Por esta razón cabe dividir sistemáticamente en dos categorías las cuestiones *prácticas* que pueden surgir en cuanto a la *ejecución* de un orden jurídico. Siguiendo la posible distribución de las normas de un orden jurídico en normas de Derecho *público* y *civil* (§ 134) se establece la distinción entre la *administración* y la *justicia*.

Esta doctrina se conoce desde hace mucho por la doctrina de *os tres poderes* del Estado y se ha traducido en consecuencias muy beneficiosas para la vida jurídica práctica (2).

(1) BAYES, *Rechtssetzende und rechssusfürend Gewalt*, 1909. EHLERT, *Gesetzgebende, assführende und orkennende Gewalt*, 1921.

(2) La distinción se remonta a MONTESQUIEU. V. § 6 n. 3, v. también § 64 n. 4 ss. FEUERBACH, *Anti-Hobbes* (§ 14 n. 6), pgs. 30 ss., clasifica en cuatro grupos los derechos de gobierno: derecho de fiscalización, de disposición, de juicio y el de homologar todo lo ordenado por virtud de esos tres derechos. Por el contrario, HEGEL en su *Philosophie des Rechtes* (§ 15 n. 20) separa al tratar del Estado, §§ 275 ss., el poder real, el gubernamental y el legislativo. W. BURCKHARDT, *Über Gewaltentrennung und Unve-*

El estudio de su estructura en los varios órdenes jurídicos de los tiempos modernos constituye un capítulo importante, sobre todo en el Derecho político y administrativo actual. Aquí sólo nos interesa como introducción y esquema de las clases de práctica jurídica fundamental, la cual no constituye ningún *sistema* en sentido teórico (§ 133) (3).

La práctica de una *legislación fundamental justa* corresponde, pues, a las funciones de la *politica* (§ 169) y asimismo la *administración*, que consiste en la ejecución del Derecho público.

En la sección presente trataremos, en cambio, de algunos problemas tomados del campo *legislativo* referentes a litigios entre individuos sujetos al Derecho, a modo de ejemplos que indicarán *cómo se debe elegir* entre varias normas *concretas* que se pueden ofrecer (§ 141).

Estos problemas pueden también ser influidos y ordenados fuera de las vías de la jurisdicción ordinaria por intervención de los poderes soberanos. Estudiaremos ante todo las dos posibilidades que aquí se presentan: los privilegios (§ 152) y el derecho de gracia (§ 153).

152.—DERECHOS PREFERENTES Y PRIVILEGIOS.

Hay que distinguir los conceptos de *derecho preferente* y de *privilegio* (1).

El *derecho preferente* implica un efecto jurídico cuyo contenido difiere de otro establecido con alcance relativamente general. Lo puede determinar así la ley de antemano, disponiendo, v. gr., que el salario de los obreros se someta a un régimen especial, atribuyendo a los funcionarios derechos especiales en contratos de inquilinato, reconociendo derechos preferentes en favor del Fisco, asignando una prelación a ciertas clases de acreedores en caso de concurso de su deudor, etc. (2).

reinbarkeit im Schweizerischen Staatsrecht, en *Festg. f. Lotmar*, 1920, pgs. 71 ss.

(3) Problema distinto es el del poder e influjo efectivos manifestados en la vida social. V. *Monatscher, Deutsche Arbeit*, Prag, 1902, pgs. 261 ss. Cfr. §§ 37 n. 5; §§ 77 s.

(1) STAMMLER, *Privilegien und Vorrechte*, 1903.

(2) V., por ej., Cód. civ. al. §§ 400, 570, 928, 2.249; Ley de Conc. 21.

El *privilegio*, en cambio, es una declaración de voluntad jurídica que tiende a crear un derecho preferente en virtud de una ley que lo autoriza. El derecho preferente no se establece, pues en este caso a base de un hecho jurídico general, sino como efecto jurídico derivado *concretamente* de una *norma determinada*; tal es, v. gr., la concesión de la personalidad jurídica a una asociación que lo solicite, la dispensa de impedimentos matrimoniales, la declaración de legitimidad de un hijo natural por el poder público, la concesión de una patente, la expropiación de un inmueble. etc. (3).

Los preceptos sobre la admisibilidad, la concesión y la extinción de privilegios incumben a la jurisprudencia técnica (4). Pero estos preceptos plantearán siempre dudas en cuanto a su *legitimidad intrínseca*. Y el examen de estas dudas nos hará ver que no se puede menos de regular de diversos modos las diversas materias *concretas* para poderlas determinar con arreglo a un método *absolutamente unitario*. Si las diferentes cuestiones *condicionadas* se hubieran de someter siempre a una única regla, la regulación sería *injusta*, porque la divergencia en las *materias* exige que la regulación jurídica sea también divergente.

Veremos esto a poco que observemos la formación de normas técnicas por la legislación. Toda la técnica legislativa es una constante corrección de reglas formuladas con alcance demasiado general. Ejemplo: el depositario se halla obligado a restituir sin detrimento la cosa depositada; pero se libera cuando la restitución sea

(3) V., p. ej., Cód. civ. al. §§ 22, 795, 1.322, 1745. Expropiación pública; provisión de policía disponiendo la clausura de un edificio ruinoso; Ley prus. de 7, 4, 1913. §§ 46 ss.

(4) Sobre el Derecho romano (cfr. D. Q. 3. 16), v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, I, pgs. 62 ss., VII, pgs. 227, s. WILDSCHIED, §§ 135 ss.—Sobre el Derecho canónico, v. esp. X. V. 33; VI. V. 7. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici* (§ 12 n. 16), esp. pgs. 39, 133, 148 s. 262 n. 276 ss.—El único Código que contiene una regulación detallada de los privilegios es el Cód. gen. para los Est. prus. Intr. §§ 54-58 y 62-72. V., además, *ibid.* II 13 § 7. Const. de Pr. de 31. 1. 1850, arts. 49 y 50. DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* (5.ª ed. 1894) I, §§ 23 ss. *Seufferts Arch.* 40, núms. 173, 46, núm. 164. *Reichsgericht* 67, 221; 80, 25; 80, 369; 87, 200.—KAISER, *Der Härteparagraph*, en *Deutsche Jur.-Zeitung* 24, pg. 425.—Prohibición de privilegios: Ley de Intr. a la ley de Conc., § 4; Const. al. de 11. 6. 1870, § 60, y la de 19. 6. 1901, § 64 (*supra* § 48 n. 5).

fortuitamente imposible; el hostelero responde en mayor extensión, liberándose solamente por fuerza mayor; mas siempre salvo que los daños sean ocasionados por el propio huésped; y tratándose de dinero sólo hasta la cantidad de mil marcos; a menos que estos efectos se le hayan confiado especialmente al hostelero para su custodia; etcétera (5).

Todas las normas relativamente generales, formuladas técnicamente por la legislación, sólo pueden resolver un *promedio* de casos de modo objetivamente satisfactorio. No dejarán de plantearse cuestiones en que, de aplicar sin miramientos la norma establecida, se dará lugar a ciertas *injusticias*. En estos supuestos, puede ser oportuno proceder por vía de privilegio mediante medidas especiales para resolver debidamente el caso litigioso, a tenor de la idea central que preside todo orden jurídico.

No se opone a esto el postulado de la «igualdad ante la ley». La *igualdad*, entendida como distribución cuantitativamente idéntica de goces, no puede, ni mucho menos, servir de expresión a la *idea* del Derecho ni tiene nada que ver con la noción de la *justicia*, antes bien encierra un grave error teórico, elevando el eudemonismo a la ley fundamental de la voluntad (§ 93, 3.º). Las normas constitucionales en que se proclama que todos son «iguales ante la ley» sólo pueden tener un sentido: el de que todas las relaciones sociales se deben regular a tenor del concepto y la idea *del Derecho* (§ 171). Su aplicación literal conduciría en la práctica a resultados absurdos (6).

(5) V. sobre esto § 50 n. 4 y § 95 n. 3.—Sobre la necesidad de evitar en esto la arbitrariedad v. § 48 n. 5.

(6) Es muy copiosa la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo sobre el art. 4.º de la Const. Fed. V. a modo de introducción: AFFOLTER, *Die Individualrechte in der bundesgerichtlichen Praxis* (2.ª ed., 1915), pgs. 83 ss.—GIERKE, *Unsere Friedensziele*, 1917, pgs. 41 s. HÜTTNER, *Sammlung rechtlehrendem Schriften*, i. Hft., 1917, pgs. 12 ss. HAUSSMANN, *Der Rechtsgrundesatz der Gleichmässigkeit im preussischen Kommunalabgabenrecht und seine Verletzung als Ungültigkeitsgrund kommunaler Abgabenverordnungen und Steuervereinbarungen*, 1917.

153.—EL DERECHO DE GRACIA.

La gracia (1) es un acto especial de los órganos facultados para otorgarla (2). Puede tener lugar en forma legislativa, v. gr., como ley de amnistía o como acto concreto, sea por parte de un individuo que renuncie a su derecho (3) o, por parte de un órgano público (4).

Dos cuestiones se plantean aquí: 1.º Una cuestión técnica previa: la de saber en qué casos admite un *orden jurídico determinado* el ejercicio del derecho de gracia y cuáles son las personas o las autoridades competentes a este efecto (5). 2.º La cuestión principal de fondo: ¿cuál es el punto de vista decisivo para juzgar de la *legitimidad objetiva* de un acto de gracia, en cuanto a su concesión y a

(1) LISTZ, *Lehrb. d. Strafrechts*, § 75. Bibl. mod.: *RR.*, páginas 122 ss. DOHNA, *Über den Beruf der Gnade*, en *Tag*, 1907. n. 539. BEYERLE, *Von der Gnade im deutschen Recht*, 1910. FALCK, *Die Begnadigung*, en *Deutsch R.*, III, pgs. 337 ss. RISS, *Recht und Gnade*, en *Deutsche Richter-Zeitung*, 6, pgs. 804 ss. REICHEL, *ibid.*, 6, pgs. 868 s.

(2) La gracia se estudia especialmente en relación con el Derecho penal, pero su campo de acción se extiende al Derecho todo. Significación especial tenía en Derecho penal romano la *inintegrum restitutio*: SOHM, *Institutionen*, § 36, III. WINDSCHEID, §§ 114 ss.

(3) La noción de la gracia sólo exige en principio un favor otorgado por uno y que se traduzca para otro en la liberación de ciertos efectos legales opresivos. Sólo en segundo término puede ocurrir que alguien sufra un perjuicio, como el que graciosamente renuncia a un derecho o aquel contra quien se concreta la restitución o la colectividad en caso de indulto en materia de Derecho penal.

(4) La privación de la «gracia real», de la época franca, no es realmente de este lugar, aunque lo parezca por la expresión. SCHRÖDER, § 17 n. 64. BRUNNER, § 21. KÖSTLER, *Huldentziehung als Strafe. Eine kirchenrechtliche Untersuchung mit Berücksichtigung des römischen und deutschen Rechtes*, 1910.

(5) La historia del Derecho conserva testimonio de interesantes tentativas que tendían a separar el poder judicial y el gracioso. Sobre el Derecho romano v. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, pg. 167. En el antiguo procedimiento judicial germánico el acusado de un delito podía invocar la gracia del juez confesando espontáneamente. SCHRÖDER §§ 12 y 36. Sobre el derecho judicial de gracia en los tiempos modernos v. FINGER, *Lehrb. d. dtsh. Strafrecht*, pgs. 558 ss.; *Ges. u. Recht* 21, pg. 468.

su forma? (6). En este sentido el derecho de gracia es un medio para llegar al *Derecho justo* en un caso concreto (7).

Puede usarse del derecho de gracia en dos órdenes de supuestos:

1.º Por razón de inseguridad en el Derecho estatuido. Tal puede ocurrir cuando no aparezcan suficientemente aclarados los hechos que se han de juzgar, y quizá también cuando no se vea con certeza el sentido real de las normas jurídicas aplicables al caso litigioso (8).

2.º Para rectificar el Derecho vigente. Se deberá acudir al derecho de gracia cuando la aplicación rigurosa de una norma jurídica imperativa conduzca a resultados injustos en un caso concreto (9). Pero puede también ser oportuna la gracia para rectificar efectos jurídicos que, habiendo sido en un principio justos, lo han dejado de ser por haber cambiado las circunstancias en que se basaban; tal, por ejemplo, cuando cambian las condiciones personales de un delincuente, cuando varían las circunstancias políticas, etc. (10).

La característica jurídica del *derecho de gracia*, que le diferencia de los *fallos judiciales* emitidos asimismo, a tenor del Derecho justo, consiste en que respecto de éstos pesa sobre el juez un *deber* (11); mientras que la gracia no es más que un *derecho* de aquel a quien el orden jurídico reconoce el poder de otorgarla (12).

(6) La gracia no debe ser un acto de arbitrariedad subjetiva. Debe legítimamente ser lo contrario de *Tel est notre plaisir*, como decía la ordenanza de Carlos VIII de Francia en 12. III. 1497.

(7) No aparece esta inexcusable noción cuando se dice que la gracia es una especie de «válvula de seguridad» del Derecho o que se debe otorgar en parte por «amor» (§ 93, 2.º) y quizá también por «benevolencia» y por «bondad», y en parte por «táctica gubernamental» o por «política» (§ 169).

(8) En el siglo XVIII hubo quienes discutieron fundamentalmente la institución del derecho de gracia; v. KANT, Teoría del Derecho, 1797, II parte, sección 1.ª, II. Sólo se puede explicar por las especiales circunstancias históricas de la época. sin que ello tenga ningún valor general.

(9) V. un hermoso caso en D. 29. 2. 86. pr.

(10) Se opone una grave dificultad en este punto al Derecho canónico y a la doctrina de los que admitían un *ius naturale* con contenido absoluto (§§ 14 s.). V. la forma de conceder privilegios y dispensas en IVO DE CHARTRES en el Pról. a su *Decretum*.

(11) V., por ej., §§ 3-5 Cód. civ. al., a diferencia de § 1734.

(12) «Los favores de la gracia no admiten coacción». SHAKESPEARE, *El mercader de Venecia*, acto IV, esc. 1.ª.

II.—Juicios según arbitrio de equidad.

154.—QUÉ ES LA EQUIDAD.

La palabra «equidad» tiene en una primera acepción el sentido de lo *fundamentalmente justo*. En este sentido no se distingue de la noción de *justicia*. Tal cuando se dice de una pretensión que es «justa y equitativa», con lo cual se significa que se ajusta tanto al Derecho positivo como a la *idea del Derecho*.

En un sentido algo más restringido, se entiende por *equidad* la norma elegida como justa para juzgar de un caso concreto litigioso. En este sentido se distingue de la *justicia* en cuanto que ésta alude a la aspiración, no del juez, sino del legislador, a formar y proclamar normas fundamentalmente legítimas (1).

Finalmente, la «equidad» se presenta *dentro* de la función judicial en aquellos casos en que se trata de establecer un límite entre dos litigantes en materias *totalmente indeterminadas*. En este sentido específico se suele hablar hoy de «arbitrio de equidad». Se hace aplicación de él para decidir derechos de exclusividad, incompatibles para decidir sobre ciertas obligaciones (§ 155) y también para determinar ciertas indemnizaciones de daños por razones de equidad (§ 156) (2).

(1) Ya desde ARISTÓTELES. V. § 10 n. 19 y § 12.—No es exacto decir que se debe juzgar «según las circunstancias» (cfr. Código civ. al. § 254, «las circunstancias» son precisamente el objeto sobre que recae el juicio: la pauta la tiene que dar una concepción de principio.

(2) THÖL. *op. cit.* (§ 18 n. 5), § 40. BESCHORNEP, *Über die Billigkeit*, 1858. WINDSCHEID, § 28. UBBELOHDE, *Über Recht und Billigkeit*, 188. GERAMANN, *Das Billigkeitsprinzip im BGB*, en *Das Recht*, 4. Jahrg. 1900, núms 1 y 2. SCHMÖLDER, *Die Billigkeit als Grundlage des bürgerl. Rechts*, 1907. BRIE, *Billigkeit und Recht*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* III, pgs. 523 ss. REICHEL, *ibid.*, pgs. 534 ss. KISS, *ibid.*, pgs. 536 ss. GILLIS, *Die Billigkeit*, 1914. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Rechte*, 1921. El aforismo citado por este autor en la pg. 1: «la equidad debe presidir el Derecho», procede de LUTERO en su escrito sobre «Si los guerreros pueden alcanzar el cielo», 1526 (§ 13 n. 8), Braunsch., ed. VII, pg. 397.

155.—PRESTACIONES INDETERMINADAS.

Si el límite litigioso entre dos propiedades colindantes es *dudoso* se deberá trazar la divisoria con arreglo a la *equidad* (1). Y del mismo modo se debe proceder en los demás juicios divisorios a falta de normas positivas concretas. En la práctica de todos los tiempos ha habido cierta tendencia a establecer como recurso auxiliar el de que uno dividiese y el otro eligiese entre las partes resultantes; muchas veces se confía también la decisión a la suerte (2). Pero no siempre se podrá resolver así el problema. En muchas ocasiones habrá que acudir al «arbitrio de equidad», tomando como decisiva para efectuar la división aquella norma que corresponda en lo esencial a los principios del Derecho justo. Para ello se deberán concebir las partes del litigio como miembros de una comunidad especial, cuando no se pueda determinar en las circunstancias del caso cuanto se ha de adjudicar a cada uno. Para discernirlo habrá que tratar, pues, a cada parte con todo miramiento, viendo en ella siempre un miembro de la comunidad. Se trata del segundo principio de la solidaridad (§ 95), puesto que hay que excluir en parte a cada uno de los dos, dándole a cada cual lo suyo, de tal modo que aun después de efectuada la división siga siendo prójimo y no simple objeto de los apetitos subjetivos de su adversario.

El mismo problema se plantea muchas veces en materia de obligaciones, sobre todo cuando al establecer la deuda las partes *no determinan* debidamente una prestación (3). El fijar objetivamente la cuantía de la prestación, especialmente en forma de una suma fija de dinero, puede ofrecer ciertas dificultades (4). Pero esto no quiere

(1) Cód. civ. al. § 920; análogamente disponen los §§ 1.024 y 1.060; cfr. Einf. Ges. § 184.—D. 7. 1. 13. 3.

(2) 1.º de Moïsk, cap. 13, v. 9-14; Esp. de Saj. III 2.º, 2; X. III 2.º, 1; GAILL., *Pract. Observ.* 1578, II, 116, 14. Cfr. Cód. general para los Est. prus. II, 11, 1895.—Es muy interesante en este respecto el llamado proceso de Meeraugen referente al trazado de fronteras entre Galicia y Hungría en las montañas de Tatra y resuelto por decisión del Tribunal arbitral de 13. IX. 1902.—Cfr. supra § 95.

(3) Cód. civ. al. §§ 315-319; 2.048; 2.155 s. Otros casos: §§ 660, 745 y 752, y asimismo el § 1.246; v., además, §§ 253 en relación con 847 y 1.300 y 1.579, 971 y 343.

(4) Ejemplos del Derecho romano: D. 40. 5. 41. 4; 30. 66; 21. 1. 42; 13. 7. 25; cfr. 46. 3. 1.

decir que sea imposible (5). Se tratará, como siempre, de penetrar en el sentido y alcance de la idea central de la *comunidad pura*. Cuanto más hondamente se reflexione sobre ésta tomándola por guía, tanto mayor será la seguridad con que se encuentre la *justa* solución de un caso concreto litigioso (6).

156.—INDEMNIZACIONES DE DAÑOS POR RAZÓN DE EQUIDAD.

Del Derecho romano ha pasado a la mayor parte de las legislaciones hoy vigentes una norma en que se dispone que el que ocasione un daño a otro, sin que entre ellos medie una relación jurídica, sólo viene obligado a indemnizarle cuando el daño se haya producido por culpa suya. Y la responsabilidad por el daño se regula ordinariamente de un modo recíprocamente exclusivo: o se le impone al causante del daño el deber de indemnizarlo plenamente o se le declara exento de toda responsabilidad (1).

Las normas del Derecho moderno se han desenvuelto más acentuadamente en ambos respectos por virtud de la tendencia a hacer que el causante del daño, aunque exento de culpa, lo indemnice cuando la *equidad* exija que el lesionado se mantenga indemne (2).

(5) Así lo afirma KANT, *Teoría del Derecho*, Intr. Cree él que cuando no se hayan determinado taxativamente las participaciones de los miembros en las adquisiciones de una sociedad es de todo punto imposible que lo haga el juez. Contra esta opinión aparece la solución que dan al problema los juristas romanos; v. D. 17. 2. 6 y 76 80; cfr. 29. Esta solución será, en la mayor parte de los casos, más justa en el fondo que el precepto del Cód. civ. al. 722.

(6) RR. pgs. 373 ss. De la práctica judicial moderna: *Deutsche Jur.-Zeitung* 9, 554; *Jurist. Woche*, 1908, 711; *Recht*, 1910, núm. 12, *Spruchbeil.*, núm. 2.173; *Reichsger.*, 69, 167 ss.; 87, 261 ss.

(1) Normas divergentes son las de la *lex Rhodia de iactu* y los preceptos análogos del Derecho marítimo moderno. WINDSCHEID. § 403.—Se excluye la responsabilidad de un modo general cuando la culpa pese sobre ambas partes. Derecho actual: Cód. civ. al. § 254. RÜMELIN. *Die Gründe des Schadenszurechnungs und die Stellung des BGB. zur objektiven Schadensersatzpflicht*, 1896. EL MISMO, *Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht*, 1909. EL MISMO, *Schadensersatz ohne Verschuldung*, 1910. MAUCZKA, *Der Rechtsgrund des Schadensersatzes ausserhalb bestehender Schuldverhältnisse*, 1904.

(2) Primer proy. de Cód. civ. al., § 752. En proposiciones ul-

En el Código civil alemán sólo se reconoce esto en cuanto a los daños causados por personas incapaces (3).

El Derecho liga de este modo a los interesados activa y pasivamente en el daño por los vínculos de una especial comunidad, para lo que se refiere a la indemnización. Ambas partes deben participar en las pérdidas y en las ganancias que el daño ocasione, y como siempre, la pauta de orientación para solventar el problema la da el ideal social, al que nos hemos de atener para elegir la norma decisiva (4).

III.—Derechos y deberes fundamentalmente justos.

157.—DEBERES GENERALES DE CIUDADANÍA.

Entendemos por tales casi siempre aquellos deberes que pesan sobre todo ciudadano sin excepción. Más precisamente se trata de las *relaciones jurídicas generales*, que, a diferencia de las especiales, ligan a cada súbdito de una comunidad jurídica con todos los demás que con él se hallan vinculados. Sobre esto tenemos que hacer notar lo siguiente:

1.º Esa distinción descansa en el diferente modo de articularse el concepto del *fundamento del derecho* con el de *relación jurídica* (cfr. § 111). En efecto, la determinación de una voluntad por otra, con arreglo a la noción de la *relación jurídica* puede tener lugar sólo a base de la *vinculación jurídica misma* o por razón de una *circunstancia concreta dada*, de lo que se suele llamar un «hecho jurídico» (§ 124). Las primeras son las resoluciones jurídicas *generales*, las segundas las *especiales*.

teriores, base de la regulación que hoy rige, se decía: «siempre que el negar la indemnización de los daños vaya contra las buenas costumbres».

(3) Cód. civ. al. § 829.—SCHWARTZ, *Das Billigkeitsurteil nach § 829 des BGB.*, 1904. Se trata en esta obra la cuestión de si el deber de resarcimiento puede surgir en un momento ulterior, en el caso de que cambian las circunstancias patrimoniales con la posibilidad de indemnización por parte del incapaz.

(4) V. en *RR.*, pgs. 469 ss. algunos problemas de Derecho y de casuística metódica resueltos de este modo. La jurisprudencia moderna ofrece poquísimos ejemplos de este problema. Cfr., *Reichsger.* 94, 220 ss.

2.º El *contenido* de las relaciones jurídicas *generales* se determina con arreglo a las normas de un orden jurídico concreto. Son las dos siguientes a tenor de las leyes alemanas, que en este punto coinciden casi en absoluto con las de los demás países civilizados:

- Integridad del orden jurídico y de las personas sujetas a él (1).
- Comportamiento fundamentalmente justo de las personas jurídicamente vinculadas entre sí (4.º y 5.º)

3.º En cuanto a su significación práctica, las relaciones jurídicas *generales* se distinguen sobre todo de las *especiales* por el hecho de no poderse hacer valer por vía de *acción declarativa*; se trata de relaciones jurídicas que ligan a todos los individuos jurídicamente vinculados por el mero hecho de serlo: de aquí que no haya razón ni lugar para entablar sobre ellas un especial proceso declarativo (2). Se garantizan mediante intervención *preventiva* de los poderes públicos (3), y evitando que *abusen* de sus derechos aquellas personas a quienes les están reconocidos (4).

4.º Las legislaciones modernas contienen sobre todo una norma, desenvolvimiento de nociones fundamentales transmitidas por el Derecho romano, disponiendo que los daños causados dolosamente «contra las buenas costumbres» hacen nacer una obligación de *indemnización de daños* (5).

5.º Y, finalmente, en nuestro Derecho aparece una regla en que se determina que se deberá restituir todo *enriquecimiento* cuya aceptación vaya «contra las buenas costumbres» (6).

En todos estos casos habrá que elegir la norma que al decidir el

(1) Cód. civ. al., § 823 en rel. con el 847.

(2) Ley proc. § 256. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 1912, §§ 107 ss. STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 1920, § 7.

(3) Cód. gen. para los Est. prus. II, 17, 10. JOH. BIERMANN, *Privatrecht und Polizei in Preussen*, 1897.

(4) Cód. civ. al., § 226. Cód. civ. suizo 2, 2. *RR.*, pgs 362 ss. BLUHNER, *Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch (Chikane)*, 1900. RAMDOHR, *Rechtsmissbrauch, en Gruchots Beitr.* 46, pgs. 577 ss.; pgs. 806 ss. K. HUBER, *Über den Rechtsmissbrauch*, 1910. *Infra* § 163 n. 1; § 165.

(5) Cód. civ. al., § 826. *RR.*, pgs. 474 ss. HEIN, *Die Verletzung zum Vertragsbruch*, 1906.

(6) Cód. civ. al., § 817. *RR.*, pgs. 441 ss. OERTHANN, *Kommentar z. BGB.* tl vol. (3.ª-4.ª ed. 1910), § 819. REICHEL, *Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung*, 1913.

caso evite que una de las partes haga pesar *todo* el daño sobre la otra *exclusivamente*, tomándola como simple medio de sus aspiraciones subjetivas sin atender a la idea de la *comunidad pura* ni tomarla por pauta de la resolución.

158.—DEBERES MORALES CON EFICACIA JURÍDICA.

Existen desde antiguo obligaciones jurídicas que no se pueden hacer valer por vía de acción. Vínculos jurídicos *imperfectos* (*obligaciones naturales*) de este género se presentaban en Derecho romano en materia de esclavitud respecto de las obligaciones contraídas por los *servi*. Los Derechos modernos han conservado esta institución en interés de una *más justa* regulación de ciertos problemas (1). No se trata, pues, de simples vínculos *convencionales* (§ 37), sino de verdaderas relaciones *jurídicas*, aunque desprovistas de acción (2).

El legislador prescribe otras veces la observación de ciertos «deberes morales». La expresión peca desde luego de la multivocidad de la palabra «moral» (§ 33) (3). No se quiere aludir naturalmente a las buenas intenciones en la debida armonía de la *vida interior*, sino a la consecución del *Derecho justo* (4). Estos deberes de que se habla son los que han de mover al hombre a comportarse *justamente* en la convivencia social y a no tomar a un semejante de simple medio para los apetitos *subjetivos* propios (5).

(1) Cód. civ. al., §§ 222 s.; 656; 762 ss.; 1297; 1624; Ley de Conc. § 193.

(2) La ley dispone en cada caso los efectos jurídicos positivos en que cada «obligación natural» se traduce. Así ocurría ya en Derecho romano: WINDSCHEID § 288.

(3) D. 46, 3. 95. 4: *vinculum aequitatis*. Cód. civ. al., §§ 534, 814, 1.446, 1.641, 1.804, 2.113, 2.205, 2.330.

(4) Así, se cumplirá, por ej., el requisito del § 534. Cód. civ. al., aún cuando el que haga una donación a un hermano proceda movido por una intención ruin y codiciosa. *Reichsger*, 54, 155, emplea como equivalentes las expresiones «moral» y «todo orden jurídico racional». No es acertada, en cambio, la expresión de «noble pensar», *Reichsger*, 55, 372, ni la de «comunidad de intenciones», *Reichsger*, 58, 220. V. también § 146. n. 2.

(5) JACOBI, *Die sittliche Pflicht im BGB*. 1900. *Hessische Rechtssprechung* 20, 177. V. también BOVENSIEPEN, *Zur Bedeutung der § 825 der ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Anwend-*

Estos «deberes morales» concurren, pues, con los del *Derecho técnicamente formado* (§ 127) y no se cumplen simplemente por la ejecución de éstos. Un «deber moral» puede, según esto, manifestarse en la práctica de dos modos:

1.º Como deber a efectuar una prestación que ateniéndose al Derecho técnicamente formado se hubiera podido rechazar, si por rechazarla se le diese a la relación jurídica de que se trata una regulación demasiado exclusivista, dejando a una de las partes a merced de la arbitrariedad de la otra.

2.º Como deber a efectuar una prestación en favor de una persona ligada a nosotros por estrechos vínculos, y que si bien no tiene acción para reclamarla, perecería en su aislamiento como víctima de la lucha por la existencia (6).

159.—LOS MIRAMIENTOS DEBIDOS A LA CORRECCIÓN.

Se trata de reglas *convencionales*. La ley parte del hecho de su existencia y les atribuye ciertos efectos *jurídicos* (1).

Dejemos a un lado la falta de precisión del lenguaje, que emplea a veces la palabra «correcto» como sinónima de «moralmente bueno» (2).

Lo que el legislador quiere decir cuando alude a la «corrección» en el sentido a que nos referimos es que el llamado a juzgar del uso social invocado por una parte debe comprobar si ese uso *existe realmente* en el círculo social de que se trata. Debiendo ver, además, que no vaya contra los principios del Derecho justo (§ 95).

Particularmente las donaciones, que son sobre todo las que dan lugar a este problema en el Derecho vigente, se pueden distinguir del siguiente modo, atendiendo al presente orden de ideas: Donaciones que el Derecho justo a) impone «deberes morales» (§ 158); b) no prohíbe; y dentro de este segundo grupo hay lugar a una segunda división, según que sean exigidas por la «corrección» o perfectamente libres (3).

barkeit der Lehre vom richtigen Recht im Zwangsvollstreckungsverfahren, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.* 1, pgs. 389 ss.

(6) V. sobre la práctica judicial, *RR.*, pgs. 447 ss.

(1) §§ 37 ss. esp., § 42 n. 1. V. también § 150.

(2) Cfr. § 146 n. 2.

(3) Los casos del Derecho civil actual a esto referentes, se han citado en los párrafos que tratan de las prestaciones y donaciones

IV.—Límites de la libertad de contratación.

160.—LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

Todos los órdenes jurídicos modernos que aquí pueden interesarnos reconocen la *libertad de contratación* (1).

La razón que justifica esta institución fundamentalmente es la de que en el régimen económico basado en la *libertad de contratación* (§ 57) aumenta la responsabilidad individual y favorece con ello el desenvolvimiento de la propia personalidad en vez de hacer de los individuos meros objetos de una coacción inmediata y centralizada (2).

Por otra parte, la aplicación exagerada de este principio puede conducir a ciertos abusos. El orden jurídico se preocupa por esta razón de proteger a los individuos contra los vínculos jurídicos que ellos mismos se imponen, fijando *límites a la libertad de contratación* (3).

Dos medios y dos caminos se le ofrecen al Derecho en este punto (§ 127):

1.º Indicar en *artículos técnicamente formados* los supuestos de hecho constitutivos de los negocios jurídicos que no quiera permitir (§ 161).

impuestas por un «deber moral» y se hallan exteriormente relacionados con éstas. V. *supra*, § 158 n. 3, *RR.*, pgs. 463 ss.

(1) Es, como la institución de la propiedad privada y la de la adquisición individual, uno de los fundamentos del orden social presente en punto al Derecho patrimonial. V. § 114.—Aparece ya bien formulada en la ley de las XII Tablas: *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, tab. VI, 1, V 3. Los Códigos posteriores no han proclamado la norma en términos generales, sino que en la mayor parte de los casos se han limitado a consagrar sus aplicaciones concretas. Tal el Cód. civ. al., §§ 1.937-41; cfr. § 1.432 y también el 305. Véase ahora la nueva Const. al., art. 152. Cfr. también Const. de los Est. Un. de Amér., art. I, sect. X. Cód. suizo de las oblig. de 1911, art. 19.—Desde luego se comprende que la libertad afecta a la conclusión de todo género de negocios jurídicos, tanto a las declaraciones de voluntad unilaterales como a los contratos.

(2) Cfr. sobre esto § 29; § 57 n. 6; § 173 n. 9.

(3) Pueden surgir dificultades cuando sólo una *parte* de las declaraciones de voluntad que forman el negocio jurídico quebranta estos límites. Cód. civ. al., § 139. No se ha llegado aún a una solución teóricamente satisfactoria de este problema.

2.º Formular un precepto general prohibiendo los *negocios jurídicos fundamentalmente reprobables*. Siguiendo la terminología de los juristas romanos, se habla en la legislación y en la doctrina del Derecho actual de negocios jurídicos «contra las buenas costumbres» (§ 162) (4).

161.—NEGOCIOS JURÍDICOS PROHIBIDOS LEGALMENTE.

Tres modos esencialmente diversos de proceder se presentan en punto a la prohibición taxativa y técnicamente formulada de determinados negocios jurídicos:

1.º Pueden indicarse de una manera casuística inmediata los supuestos prohibidos (cfr. § 128) (1). Estas prohibiciones afectan, en la mayor parte de los casos, al negocio jurídico todo, pero a veces sólo alcanzan a algunas de sus cláusulas concretas, y eliminadas éstas como nulas, en cuanto la ley lo disponga, el negocio jurídico surte por lo demás, sus efectos (2). En todos estos casos se dice, con razón, que la norma prohibitiva no se debe interpretar demasiado estricta y literalmente, a menos que así se ordene; en todo caso la prohibición afectará desde luego a todos los actos ejecutados con la intención de defraudar la prohibición establecida (3).

(4) No hay hasta ahora una monografía completa dedicada a la libertad de contratación y sus limitaciones. WINDSCHEID, § 81. STAMMLER, *Vertrag und Vertragsfreiheit*, en *Handwört. d. staatswiss.*, VIII, pgs. 339 ss. *RR.*, III, 2, pgs. 387 ss. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, en *Jhering's Jahrb.*, 70, págs. 223 ss. OSER, en *Komm. z. Schweizer. Obligationenrecht*, 1915, art. 20.

(1) Cód. civ. al., §§ 248 310 y 312; 399 ss.; 1.229, 1.714, 2.302 y muchos más. Nuestro Cód. civ. consagra en sus §§ 135-137 una regulación especial a las prohibiciones legales, judiciales y contractuales de enajenar, siguiendo en lo esencial al Derecho romano.

(2) V. Cód. civ. al., §§ 925, 1.433 y 2.263.

(3) D. 1. 3. 29 y 30. C. 1. 5. 5. PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, 1892. VETSCH, *Die Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis agere). Theorie, Rechtssprechung und Gesetzgebung. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre*, 1917. FUCHS, *Umgehung des Gesetzes*, 1918. *Prof. z. BGB.* 1, 123. Comentarios al Cód. civ., § 134 de PLANCK, n. 5, de CERTMANN, n. 8.—*Seufferts Arch.* 22 n. 12; 40 n. 190; 46 n. 1 y 2. *Reichsger.* 6, 186; 13, 203; 26, 180; 61, 299. *Ges. u. Recht*, 21, 477.

2.º La conminación de penas contra determinados negocios jurídicos implica ordinariamente la nulidad de éstos. Pero no siempre ocurre así; habrá que atender en cada caso a la ley que establezca la sanción (4). En el primer caso, que es el normal, pueden darse:

a) Contratos que den ocasión a actos punibles, mediante la promesa de una ventaja o la evitación de un perjuicio en favor del delincuente (5). b) Acuerdos para cometer en común una acción punible (6).

3.º Cabe también establecer instituciones jurídicas generales (§ 126) de carácter imperativo (§ 143), declarando así indirectamente nulos los negocios jurídicos privados que no se ajusten a esas normas generales. Tales son las normas todas que se derivan de la concepción fundamental del matrimonio monogámico (7) y de la patria potestad (8); las que se basan en la misión de confianza del tutor (9) o de los funcionarios públicos (10), y asimismo las que se

(4) Ejemplos: negocios concluidos contra la ley del Descanso dominical, contra Cód. pen. al., § 288, contra la ley de Boisa de 22. 6. 1896 y la de 30. 5. 1908, §§ 75-78. Cfr. *Mot. z. BGB.* 1, 210. *Reichsger.* 42, 295.

(5) V. la distinción del Cód. gen. para los Est. prus., I, 4, § 146.

(6) V. *Reichsger.* 14, 84; 18, 79; 268. *Seufferts Arch.* 52, 9.º Un caso curioso es el de *Reichsger.* 42, 295.

(7) Son nulos los contratos de divorcio por falsas indicaciones, y nulos son también los contratos esponsalicios de un cónyuge mientras subsiste un primer matrimonio y los que tiendan a liquidar las relaciones de un concubinato (*contra Reichsger.* según *Ges. u. Recht* 21, 272).—*Seufferts Arch.* 12 n. 311; *Ges. u. Recht* 21, 199; 388.—V. también § 114 n. 6.

(8) Se discute la posibilidad de «contratos sobre la educación de los hijos» entre padres divorciados o separados. *Reichsger.* 60, 266 ss. ANDRÉ, *Verträge zwischen Eltern über Erziehung der Kinder*, 1905.

(9) Es nula la promesa hecha a un tutor para que éste gestione la enajenación de bienes pupilares o al presidente de una Sociedad para que recomiende una determinada persona como sucesor; cfr. *Ges. u. Recht* 14, 235. *RR.*, pgs. 408 s.—En el caso de lo que se llama «compra del silencio» habrá que distinguir según que la ley exija o no del sobornado para callar una declaración pública de los hechos de que se trate (Cód. pen. al., § 162), y en el segundo caso hay que tener en cuenta también si se reconoce a una persona el derecho de querrellarse judicialmente por razones objetivas (v., por ejemplo, Cód. pen., § 162) o en interés suyo personal (v., por ejemplo, Cód. pen., § 194); en el segundo caso se podrá estimar lícito un acto privado de disposición sobre este derecho.

(10) V. *supra*.

deriven de las reglas generales del comercio jurídico, como es, verbigracia, la libertad de industria (11).

162.—NEGOCIOS JURÍDICOS CONTRA LAS BUENAS COSTUMBRES.

La expresión procede del Derecho romano (1). Es evidentemente una expresión elegida para salir del paso. Su sentido no puede ser sino el de que la declaración de voluntad de una persona no debe chocar con la *noción fundamental de todo Derecho*, si es que aspira a tener eficacia ante el orden jurídico vigente. La referencia a un sentimiento moral da lugar a confusión; se olvida algo tan elemental como que la palabra «moralidad» tiene varias acepciones (§ 33). *Aquí* no se puede emplear esa palabra en su verdadera significación, que la contrapone lógicamente al campo de la vida *social*. La expresión «moral» sólo se puede referir en este contexto a lo *fundamentalmente justo*. Se quiere decir que la voluntad *jurídica* que se trata de juzgar ha de ser *objetivamente legítima* en el caso concreto en que se presente, es decir, una manifestación del Derecho *justo* (2).

Será *fundamentalmente reprobable* un negocio jurídico cuando, a tenor de él, una de las partes quede a merced de las veleidades arbitrarias de la otra. Aquella parte se verá entonces rebajada a *simple medio* de los caprichos subjetivos de ésta, dejando de ser un fin en sí vinculado como tal con el otro, según lo exige la noción condicionante de la *comunidad pura*, sin la cual no podría existir la necesaria *unidad ideal* de todo Derecho (§ 92).

(11) V., por ej., *Reichsger.* 63, 333 ss.; 390 ss.; 78, 14 siguientes; 78 ss.

(1) V. *supra*, § 7 n. 1 *i. f.* C. 8. 38. 4. Los romanos la toman manifestamente del griego. Cfr. Ep. I a. Cor. cap. 15, v. 33. *Prof. z. BGB.* 1, 123 ss.

(2) No es que haya dos Códigos coexistentes: uno *jurídico* y otro *moral*, al modo del Código penal y del Código civil, refiriéndose el § 138 del Cód. civ. al articulado de ese misterioso Código de la «moralidad». No se podrá comprender claramente el problema de que se trata en tanto que no se tenga presente el doble significado de la palabra «moral», con las consecuencias necesarias que ello implica. V. también § 144 n. 1.—Que no basta aludir a un vago «sentimiento» ya se ha dicho; v. sobre esto § 146, esp. n. 2. Y se ha demostrado también que se trata aquí de una *modalidad especial de Derecho*, v. § 94, esp. n. 3.—JOERGES. en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.* I, pgs. 208 ss.; II, pgs. 261 ss.

Esta *idea central del Derecho* es la que debe dar la pauta para elegir entre las diferentes posibilidades encontradas la norma jurídica justa que sirva de mayor en el juicio que se ha de emitir (§ 141). En esta comunidad personal, en que nos imaginamos vinculadas a ambas partes, no es lícito atribuir a una sola los derechos, reservando para la otra exclusivamente los deberes (§ 95). Y para saber si acontece esto o no, habrá que examinar reflexivamente cada caso concreto de por sí, a tenor de un método absoluto; el tomar por base de juicio otras resoluciones concretas anteriores o cualesquiera conclusiones prejudiciales, supone ya que se cree fundamentalmente justo el juicio elegido por modelo, y para esto es necesario haber recorrido el camino crítico que puede conducir a esta convicción.

Pero como en la *Filosofía del Derecho* lo esencial es esclarecer *los métodos absolutos*, o dicho en la terminología consagrada, *las formas puras*, mediante las que podemos ordenar las más diferentes manifestaciones de la vida social jurídicamente regulada, toda enumeración demasiado minuciosa de ejemplos y problemas reales litigiosos podría ser peligrosa por el momento (3). Téngase en cuenta esta reserva, que hacemos antes de comunicar la siguiente observación relativamente general, a modo de orientación para la práctica.

La invalidez de un negocio jurídico puede resultar de una obligación que tienda a un hacer o a una omisión. En ambos casos puede ocurrir que el obligado sea tratado abusivamente en su persona, en la de aquellos por quienes él tiene que velar jurídicamente o en su patrimonio. Ejemplos de lo primero son los negocios jurídicos que recaen sobre el cuerpo o el espíritu del obligado, singularmente los que tienen un contenido religioso, o sobre niños y enfermos, o los que tienden a la explotación y la usura. Casos de la segunda clase: renuncia a prevenir o a curar ciertas enfermedades de uno o

(3) No estará demás que nos prevengamos cuidadosamente contra el error de querer contrastar la legitimidad de la teoría del ideal social por sus resultados concretos, siendo en realidad que para justificar objetivamente cada uno de estos resultados se deberá necesariamente acudir a una *noción fundamental fija*. En otro caso, no se saldrá de los límites de la *técnica*, y lo que es peculiar y característico de este modo de proceder, el que juzgue de este modo no llegará a ver claro *metódicamente* en su propio espíritu, porque esto exige una *introspección crítica*. Cfr. § 5 y § 148.

de su familia; sumisión espontánea a la tutela de otro, mediante negocio jurídico; prohibición abusiva de concurrencia; sujeción incondicional a las órdenes de una persona, sin acudir a la vía judicial ni al fallo de un árbitro (4).

V.—Justa ejecución de relaciones jurídicas.

163.—EJERCICIO DE DERECHOS DE EXCLUSIÓN.

Por *ejercicio* de un derecho se pueden entender dos cosas:

1.º Su *actuación*, a diferencia de la simple actividad de *juzgar* sobre ciertos deberes o facultades.

2.º Un modo de proceder del titular de un derecho que la ley reconoce *provisionalmente* como lícito, si bien reservándose el examinar si es que puede prevalecer *en definitiva*, según el principio de lo objetivamente justo. Se plantea con esto un problema de la práctica del Derecho *justo* (1).

La legislación se vale también en este punto muchas veces de normas técnicamente formadas, que vienen a restringir, en cuanto al *ejercicio*, una facultad reconocida provisionalmente. Bien por razones de los derechos de vecindad o para atender a las necesidades de otro (2). En muchas ocasiones vacila la legislación; así no siempre se resuelve a exigir un ejercicio *objetivamente justo* en materia de derechos *reales*, y sobre todo en materia de *propiedad* (3).

(4) Citemos sólo *ad colorandum* algunos ejemplos de la práctica judicial y de la legislación modernas: Cód. gen. para los Estados prus., I, 4 § 9. *Reichsger.* 57, 250 ss. (§ 108 n. 2). *Reichsger.* 60, 266 (§ 161 n. 8). *Seufferts Arch.* 58 n. 83. LEHMANN, *Wucher und Wucherbekämpfung in Krieg und Frieden*, 1917. *Reichsger.* 68, 317 ss.; 80, 219 ss.; 97, 253 ss.; ley de 10. 6. 1914. Véase también el caso referido en *Arch. f. Rechtsphilos.* V, pgs. 174 ss.—*RR.*, pgs. 421 ss.; 434 ss. STURM, *Recht auf Frieden* (§ 179 n. 1), pg. 85.

(1) V. *supra*, § 157 n. 4.

(2) Cód. civ. al., §§ 906 ss.; § 904.

(3) Nuestro Cód. civ. regula solamente puntos de detalle en los §§ 1.020, 1.024 y 1.060. Por lo demás, admite en términos generales en su § 226 todo ejercicio de un derecho reconocido positivamente, aunque su titular obre movido por una ventaja egoísta y por miras *simplemente subjetivas*, prohibiéndolo solamente cuando no

Pero cuando un litigio dado se haya de resolver atendiendo a una norma jurídica *objetivamente justa*, se habrá de elegir aquella que mejor ajuste a las orientaciones de la idea de la *comunidad pura*. Las partes litigantes se deben concebir, no obstante representar pretensiones encontradas, como si se hallasen ligadas por una comunidad personal (§ 141). Los miramientos recíprocos que esto impone se traducen inevitablemente en ciertos perjuicios: para una de las partes, el obligarla a abstenerse de ejercitar su derecho, o para la otra, el obligarla a allanarse a su ejercicio. Estos perjuicios no pueden, por virtud del ideal social, pesar exclusivamente sobre una de las dos partes, sino que ambas los deberán soportar en justa proporción a los beneficios que cada una obtenga. La norma que regule el caso, a tenor de este principio, deberá dictar la solución del supuesto litigioso de que se trate (4).

164.—PRESTACIONES SEGÚN LA BUENA FE.

Siguiendo al Derecho romano y desenvolviendo debidamente sus preceptos (§ 11), nuestra actual legislación toma la *buena fe* por norma fundamental del derecho de obligaciones (1).

se vea en ello más interés que el producir daño a otro. (Divergente es la regulación del Cód. civ. suizo, art. 2). Con esta salvedad, rige la regla de que *qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam*, D. 50. 17. 55; 151; 155, 1. En relación con esto se halla el problema planteado por el famoso proceso del molinero Arnoldo bajo Federico el Grande. SONNENSCHMIDT, *Geschichte des preussischen Obertribunals*, 1879, pg. 99 n. 24. STÖLZEL, *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, 1888, 2 t., pgs. 272 ss. El MISMO, *Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburgisch-Preussischen Staats- und Rechtsgeschichte*, 1889, páginas 175 ss. DICKEL, *Friedrich der Grosse und die Prozesse des Müllers Arnold*, 1891. HOLTZE, *Geschichte des Kammergerichts*. t. III, 1901, pgs. 296 ss. *Deutsche Jur.-Zeitung*, 15, página 575. *O Trib.* 81 n. 18. *Seufferts Arch.* 33 n. 2; 64, n. 110; *Reichsger.* 8, 134 ss. Ley prus. de Aguas de 7. 4 1913, §§ 42; 87-90.—V. *supra*, § 43 n. 2.

(4) V. en *RR.*, pgs. 322 ss., una casuística ajustada, mediante un esquema empírico, a este método absoluto establecida en el texto.

(1) Cód. civ. al., § 242; v., además, §§ 162, 320, 815 y cifra 157 (*supra*, § 129).—SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, t. V, ap. 14. WINDSCHEID, §§ 28 y 371, 2. *Code ci-*

Entendemos por «buena fe» una *norma jurídica* que en un caso concreto, empíricamente dado y que exija solución, representa el Derecho *objetivamente justo* (2). Y la *calidad formal de fundamentalmente justa* se da en una norma jurídica concreta cuando la orientación central que entraña se ajusta al punto de mira ideal de la *comunidad pura*. Por eso la «buena fe» no consiente que una parte sea rebajada a *simple* medio de los apetitos *unilaterales* de otra, sino que exige que se tengan los mayores miramientos posibles con cada cual, conciliando las pretensiones recíprocas de ambas partes.

La prestación a que viene obligado un deudor puede consistir en una acción o en una omisión. En la debida elección de la norma jurídica justa para decidir del caso pueden intervenir, por tanto, los métodos que corresponden al principio del *respeto* o los que se relacionan con el de la *solidaridad* (§ 95), aplicados a la *ejecución* de normas jurídicas, que es de lo que aquí se trata.

Y también en este punto cabe la posibilidad de enumerar esquemáticamente algunos ejemplos, según que se trate de prestaciones que recaigan sobre la propia persona del deudor o la de sus familiares o sobre su patrimonio (cfr. § 162, 4.º), distinguiendo en este último supuesto en atención al lugar, tiempo, clase y cuantía de la prestación (3).

vil art. 1.134 s. Cód. civ. saj., § 858. Cód. civ. suizo, art. 2, 1.—STAMMLER, *Schuldverhältnisse* (§ 93 n. 4), pgs. 36 ss; cfr. *supra*, § 141 n. 2.—STAMMLER, *Zur Lehre von der ungerechtfertigter Bereicherung*, en *Festg. f. Fitting*, 1902, pgs. 131 siguientes. KOESTER, *Der Begriff der ungerechtfertigter Bereicherung mit bes. Rücksicht auf Stammlers Rechtsphilosophie*, tesis doctoral Greifswald, 1917.

(2) La bibliografía sobre esta materia, tan extraordinariamente importante para la práctica del Derecho actual, no es extensa. Y raramente se ve planteado el problema inexcusable: el de saber *qué es* en rigor la «buena fe». Cfr. como representativo: HAGEN, *Die Usance und Treu und Glauben in Verkehre* (§ 150 n. 5). STEINBACH, *Treu und Glauben im Verkehr*, 1900. SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB.*, 1902. DANZ, *Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs*, 1909. WEILBAUER, *Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben*, 1922.—V. *supra*, §§ 7 n. 3; 94 n. 5; 146 n. 2. Cfr. también § 143 n. 7.

(3) Aplicaciones prácticas, v. en *RR.*, pgs. 331 ss. BOVENSIE-

165.—EVITACIÓN DE ABUSOS EN MATERIA DE DERECHOS DE FAMILIA.

El problema del matrimonio no es un problema de «moral», en el verdadero sentido de esta palabra, sino de *Derecho justo*. No se trata de algo que por su esencia peculiar afecte a la pureza en la *vida interior* ni al mundo aparte de las intenciones, sino del carácter que deban tener las reglas destinadas a regir las relaciones entre ambos sexos (1).

La legitimidad intrínseca de las normas jurídicas de los pueblos modernos está en que sólo mediante ellas se evita que el hombre se degrade a simple medio de los caprichos subjetivos de un semejante, en vez de ser respetado como ser racional y como fin en sí. Únicamente la plena y recíproca consagración de dos seres por toda la vida puede evitar fundamentalmente tal reprochable abuso (2).

Pero pueden también presentarse ciertos abusos en cuanto a la ejecución de las relaciones dentro de un matrimonio ya constituido, cuando en determinadas circunstancias se pretenda llevar a efecto la comunidad matrimonial de vida. Tal ocurrirá si esa pretensión es producto de una arbitrariedad subjetiva, que tienda a tomar a la otra parte, sin los miramientos debidos a su persona, como simple medio para los fines del exigente. Hallándose facultado para ello como cónyuge, éste exige que la otra parte se sacrifique exclusivamente, pero sin reconocerle, en justa reciprocidad, la parte que le

PEN, *Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber unpfändbaren Forderungen, insonderheit Lohnforderungen vom Standpunkt der Lehre des richtigen Rechtes betrachtet*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.* I, pgs. 201 ss.

(1) El doble sentido de la palabra «moral», que ha dado lugar a tantos errores, se manifiesta e influye notoriamente en el problema de que se trata (§ 33). Al llamar «morales» las obligaciones que surgen del matrimonio y toda la institución matrimonial, no se puede aludir más que al carácter *fundamentalmente justo* que deben tener. Conceptualmente se trata de problemas que afectan a la *convivencia* y no a la *vida interior* en que el individuo constituye de por sí la unidad de ordenación suprema (§ 32). Así, pues, si *separamos conceptualmente* el campo *jurídico del moral*, vemos que la institución del matrimonio y de la familia forman parte del primero, aunque entendiéndose que en cuanto institución propia del *Derecho justo*.—JOERGES, *Die heliche Lebensgemeinschaft*, 1912.

(2) V. § 114 n. 6 en rel. con § 22.

corresponde, con arreglo a la noción central de todo legítimo matrimonio (3). Es indiferente que el que tal exige se halle de hecho imposibilitado para cumplir sus deberes de fidelidad o deje de hacerlo voluntariamente (4).

Y de modo análogo se dará un abuso de la patria potestad siempre que el padre utilice la misión tutelar que le corresponde en su interés propio y no en interés del hijo, valiéndose, por tanto, de su posición para hacer del hijo un mero medio para sus fines personales (5).

VI.—Legítima extinción de relaciones jurídicas.

166.—PÉRDIDA NECESARIA DE LA PROPIEDAD.

En punto a la institución jurídica de la *propiedad* hay que distinguir también lo que se refiere a la fijación de su *concepto* del problema de su *legitimidad intrínseca*, a tenor de la *idea* del Derecho.

1.º El *concepto* de la propiedad no es más que una *interrogante*. Lo único que tiene un valor *absoluto* es la cuestión de saber a quién corresponde, según las normas de un Derecho determi-

(3) Cód. civ. al., §§ 1.353 s. Ejemplos v. en *RR.*, pgs. 362 siguientes. SCHMIDT, *Komm. z. BGB., Familienrecht*, 1907, páginas 149 ss.; 793 s.

(4) Si este abuso pasa de pretensión a vía de hecho puede, según el § 1.568 Cód. civ. al., constituir un fundamento de divorcio como *quebrantamiento culposo* de las relaciones conyugales. La resolución se condicionará a la posibilidad de alcanzar todavía el fin fundamental del matrimonio, la plena comunidad de vida, sin que la parte inocente sea víctima de la arbitrariedad de la otra.—Y este problema, planteado por la aplicación del § 1.568, se deberá examinar frente a cada caso concreto, resolviéndose en el sentido del método de unidad repetidamente indicado. No cabe reducir esta materia a normas taxativas y esquematizadas. *RR.*, pgs. 576 siguientes. Lo único que cabe decir en términos generales es que el indicado requisito legal del *quebrantamiento culposo* de las relaciones conyugales se distingue del *fundamento importante* exigido para la disolución de un pacto esponsalicio (Cód. civ. al., §§ 1.298 ss.) en que en este último caso no es necesario que medie como base de hecho un comportamiento «deshonroso o inmoral». Basta el temor fundado de que no se ha de poder alcanzar con el matrimonio el fin de la comunidad conyugal de vida.

(5) Cód. civ. al., § 1.866. *RR.*, pgs. 366 ss.

nado, *la última palabra* de disposición sobre un objeto (1). Por el contrario, la solución que a esta cuestión se dé será siempre *históricamente condicionada*, sin que pueda adquirir jamás un alcance *absoluto* por la imposibilidad fundamental de un Derecho *ideal* que atribuya a sus normas *condicionadas* y relativas un valor *incondicionado* (2).

2.º Esta *solución condic.* 1, que un determinado orden jurídico dé a aquella *cuestión absoluta* sobre la *última palabra* de disposición, se hallará a su vez sujeta al juicio crítico, del que se ha de desprender si, al formularla en las circunstancias concretas de que se trata, se ha atendido o no a las orientaciones de la *idea del Derecho*. No existe una especial «idea de la propiedad». La propiedad privada, por ej., no se puede ni legitimar ni condenar *a priori* (3). Hay que aplicar a este punto las reglas *generales* a que se ajusta toda *crítica* metódicamente basada de las normas jurídicas (4).

El problema se plantea prácticamente, sobre todo cuando se trata de la *privación* de una propiedad reconocida por el orden jurídico positivo (§ 49). La presunción habla en contra de la legitimación

(1) Es evidente que la palabra «propiedad» tiene para la jurisprudencia varias acepciones. El profano la usa como equivalente a derecho subjetivo (§ 133, 3.º), o al menos a derecho subjetivo patrimonial, y a toda facultad (real o simplemente creditural) otorgada sobre un objeto de derecho (§ 111). Es demasiado vago esto. En el concepto de la propiedad hay que ver la cuestión de la *última palabra* en el sentido indicado, lo que le distingue, no sólo de las obligaciones, sino también de los demás derechos reales *sobre* un objeto. Además, *la propiedad* es el *único* de estos conceptos jurídicos que tiene un *alcance absoluto* como *problema fundamental* de todo Derecho (§ 114); todos esos otros conceptos de los derechos reales *limitativos* se cuentan entre los conceptos jurídicos *condicionados* (§ 115). *Esto* precisamente es lo que hace del *concepto de la propiedad* un problema propio de la *Filosofía del Derecho*.

(2) V. § 114 n. 8. Cfr. además §§ 4 y 15.

(3) Un resumen de las doctrinas que lo han intentado v. en *Handwört. d. Staatswiss.* (3.ª ed.) III, pgs. 617 ss. Sobre el falso punto de partida del marxismo en este problema v. STAMMLER, *op. cit.* (§ 17, 3.º i. f.), pg. 20. Cfr. §§ 57 n. 6 y 169 n. 10.

(4) Cfr. § 142 n. 2. Que no se puede abusar de la afirmación de haber llegado a una demostración *científica* lo decimos más adelante, v. § 172 n. 1.

dad fundamental de ello. La privación o la limitación de una posición jurídica adquirida implica siempre un cierto ataque contra la permanencia del Derecho, que es en la mayor parte de las veces *deseable*, como una de las consecuencias concretas y relativas de la *inviolabilidad* del orden jurídico (§ 47). Y no pudiendo asegurarse siempre de la certeza de las pruebas *científicas* en lo que a esta cuestión se refiere, *en la duda* se debe estimar reprochable el entrometerse a *coartar* y *destruir* propiedades existentes, pues es muy inminente en casos tales el peligro de la *arbitrariedad* (§ 48) o, por lo menos, el de la desviación *subjetivista* del Derecho (§ 97) (5).

Pero será intrínsecamente legítimo el poner fin a un derecho de propiedad, aun contra la voluntad del propietario, cuando éste al oponerse obre movido simplemente por un capricho *subjetivo*. Y esta veleidad arbitraria se dará sobre todo cuando se demuestre que el propietario se halla imposibilitado para disponer realmente de sus cosas; en este caso, si se resiste incondicionalmente a desprenderse de la tal cosa, no se podrá decir que la intromisión cualquiera de otro sea una transgresión *antijurídica* de un derecho de propiedad que no es más que imaginario (6).

Y es también fundamentalmente justa la postergación de un propietario cuando la *necesidad apremiante* de otro exija una intromisión en su derecho (7). Rige en este punto el principio de que no se debe abandonar a nadie al desamparo en la lucha por la existencia (8). No otra cosa es lo que ocurre, desde el punto de vista de los principios, en los casos de *expropiación* en sentido técnico. Se trata también de un simple *medio condicionado*, que habrá que examinar en cada caso concreto. No cabe decir *de antemano*, en *términos generales* y de un modo prácticamente accesible, si es o no *intrínsecamente legítimo*. *Absoluta* sólo es la noción formal del *ideal social* (§ 92), que no se condensa exactamente en la fór-

(5) La Historia ha demostrado esto con harta frecuencia y con sobrada notoriedad. A este peligro se debe el que, con razón, se haga resaltar tantas veces la *inviolabilidad* de la *propiedad* (en un sentido general, evidentemente. V. *supra* n. 1). *Declaration des droits de l'home et du citoyen*, 1789, art. 17. Const. de Prusia de 31. 1. 1850, art. 9. Nueva Const. al. de 11. 8. 1919, art. 153.

(6) D. 41. 1. 44. *RR.*, pgs. 554 ss.

(7) Cód. civ. al., § 904 en rel. con 228 y Cód. pen., § 54.

(8) V. *supra*, § 95, 2.º a).

mula del *bien* «de la comunidad» frente al interés «de los individuos». «La comunidad», como ente con existencia propia, no puede experimentar una *sensación de bienestar* perceptible (§ 100). Y si por ello se tiene un goce subjetivo o una serie de placeres exteriores de los sujetos de derecho, por numerosos y elevados que esos goces sean, se caerá en el fundamental error del eudemonismo social (9). Lo que, en términos generales, cabe decir es que no se puede tolerar que la oposición de un individuo impida una determinada cooperación, cuando la voluntad del que se opone sólo se basa en último término en fines y aspiraciones puramente *subjetivos* y no en la mira *objetiva* de contribuir al desenvolvimiento de la vida social.

167.—DISOLUCIÓN DE VÍNCULOS CONTRACTUALES PENDIENTES.

Puede ocurrir que el contenido técnicamente irreprochable de un contrato fuese también intrínsecamente justo en el momento de concluirse (1); pero que después, al cambiar las circunstancias, resulte *objetivamente injusto*. Y ello puede dar lugar a la pretensión de que se *altere* el contenido del contrato y hasta de que se *extingan* totalmente los deberes que de él surgen. ¿Cómo proceder jurídicamente en tales casos?

Hay que distinguir cuidadosamente dos cuestiones distintas dentro del problema planteado:

1.^a ¿Tiene el juez u otra autoridad pública cualquiera, según las normas de un orden jurídico concreto, la facultad de intervenir en relaciones contractuales pendientes y fijar su contenido para en adelante de modo divergente del previsto en el contrato, y hasta la de llegar a poner fin definitivamente a éste, si bien debiera subsistir según sus propias disposiciones? (2).

(9) V. las razones en § 93, 2.^o, y especialmente, en cuanto al problema que aquí se trata, lo expuesto en la n. 3.

(1) Y esto se habrá de ver ateniéndose a los límites de la libertad de contratación, §§ 160 ss. Siempre, naturalmente, que el modo de hacer el contrato no encierre vicio alguno.

(2) En cuanto a la *significación fundamental* de la cuestión formulada no importa el que esto tenga lugar mediante sentencia constitutiva o que el Estado se limite a declarar que por haber cambiado las circunstancias una de las partes usa de su derecho de rescisión del contrato. Lo único que importa retener es que en esta primera cuestión se trata de *reproducir fielmente* las normas positivas de un determinado orden jurídico y no de establecer doc-

2.^a ¿Mediante qué *método absoluto* podremos ver y demostrar cuándo el inquebrantable deber de atenerse a una concreta y taxativa cláusula contractual llevará a resultados *fundamentalmente injustos*?

La primera cuestión afecta a la *jurisprudencia técnica*, la segunda compete a la *Filosofía del Derecho*.

Y para ponerse a tratar la primera es necesario haber resuelto ya la segunda. Si no se demuestra con cierta fuerza que en determinadas ciertas circunstancias una pretensión jurídica puede ser *fundamentalmente injusta*, no habrá para qué entrar a averiguar si la ley dispone que el juez u otro cualquiera juzgue de una *injusticia intrínseca* existente.

Pero hay que tener presente también, por otra parte, que no basta llegar a una solución sobre el problema *filosófico*, lógicamente fundamental y necesariamente apriorístico, para dar por resuelta en lo más mínimo la cuestión *técnica* que al lado de él se plantea. La cuestión de los «poderes del juez», en cuanto a disposiciones contractuales taxativas, afecta sólo al *contenido* de un orden jurídico dado. Y cuantos al estudiar este tema se *limiten* a examinar si los tribunales se hallan *autorizados* para intervenir en relaciones contractuales pendientes, no harán más que *reproducir* las normas *concretas* de una determinada legislación. Sin que se pueda decir *jamás* de antemano y en términos absolutos a qué resultados se haya de llegar en una investigación sobre este extremo.

En el problema de que tratamos se debe empezar por *reproducir simplemente* las normas del orden jurídico en cuestión. Se tratará *exclusivamente* de saber qué es lo que *realmente quiere* esta o aquella ley concreta o el orden jurídico de que se trate. ¿Es la intención real del legislador que las partes se hayan de atener por fuerza al contenido concreto de un contrato, aun cuando por haber cambiado las circunstancias ello haya de conducir a resultados *fundamentalmente injustos*?

Tal es en esencia la cuestión que ha dado lugar a tan interesantes doctrinas en el campo de la *jurisprudencia técnica* (3).

trinas de carácter *absoluto*, con alcance general para *todo* Derecho concebible.

(3) Se conoce esto por el problema de la *cláusula rebus sic stantibus*. Bibl. en STAMMLER, *Schulderhältnisse* (§ 93 n. 4), § 28, pgs. 88 ss. BRUNO SCHMIDT, *Die völkerrechtliche clausula*

Cuestión totalmente distinta es la que en el campo de la *Filosofía del Derecho* se refiere a la noción de lo «fundamentalmente justo» (4).

Esa cuestión se plantea en un doble sentido dentro del problema de que aquí se trata: a) ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que es *fundamentalmente injusta* una determinada situación a que conduciría el cumplimiento de un contrato? b) ¿Es *fundamentalmente legítimo* por parte de la legislación el dejar que prevalezca como coactivo entre las partes ese resultado injusto porque en interés de la generalidad se deba sacrificar un caso concreto?

rebus sic stantibus (§ 138 n. 2). KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts* (*ibid.*). FLEISCHMANN, *Tarifabreden in Strassenbenutzungsverträgen*, 1917, pgs. 49 ss. KRUCKMANN, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streiklausel*, en *Arch. f. die siv. Praxis*, 116, pgs. 157 ss. BOVENSIEPEN, en *Deutsche Jur.-Zeit.*, 23, pgs. 497 ss. BÖCKEL, *Wirkungen des Kriegs auf Elektrizitäts- und Gaswerke*, 1918. LEETZ, *Die clausula rebus sic stantibus bei Lieferungsverträgen*, 1919. OERTMANN, *Veränderte Umstände*, en *Ges. u. Recht*, 22, pgs. 101 ss. TITZE, *Richtermacht und Vertragsinhalt*, 1921. STAMMLER, *Aederung laufender Verträge*, en *Zeitschr. d. Berner Jur. Vereins*, 38, pgs. 1 ss. HEINSHEIMER, *Lieferungsverweigerung wegen veränderter wirtschaftlichen Lage*, en *Deutsche Jur.-Zeit.*, 25, páginas 669 ss., cfr. *ibid.* 713 y t. 27, pg. 245.—De la práctica judicial: *Jur. Woche*, 1905, pg. 168; 1920, pg. 961, 1 ss.; 1921, páginas 23 ss.; 86, 397 ss.; 99, 258 ss.; cfr. 115 ss. *Reichsger.* 100. 129 ss.; 134 ss.; 101, 79; 102, 98; 158; 272; 103, 3; 171, 328. *Deutsche Jur.-Zeit.*, 23, 637; 705. *Seufferts Arch.* 73, n. 154; 74, n. 64; 126, 75, n. 7; 76, n. 110; 154, 177. *Hess. Rechtssprech.* 17, 239; 20, 123; 23, 17. PLUM, *Der Einfluss des Kriegs und der Revolution auf schwebende Lieferungsverträge im Lichte der Rechtssprechung*, 1919. STAMPE, *Geht unsere Klausula—Praxis den richtigen Weg?*, en *Tag B*, 1921, n. 110. *Ges. u. Recht* 22, 327 ss.; 23, 164.—Cód. suizo de las Obl., art. 373, 2.

(4) Se podrá dejar a un lado esta cuestión sin fijarse en ella (§ 18 i. pr.; cfr. § 97); pero no hay que esperar *resolverla* sin examinarla metódicamente (v. también § 169 n. 11). El pretender resolverla mediante un vago «sentimiento» es tanto como dejarla a merced del *parecer fortuito* y simplemente personal de un individuo (§ 146). Al decir que una pretensión es o no es *objetivamente legítima* se da por supuesto el *concepto* «de lo fundamentalmente justo», y *esté concepto* se ha de determinar unitariamente con las características permanentes que le condicionan mediante la reflexión crítica. V. §§ 79 ss.

El segundo de estos aspectos de la cuestión se halla en relación con los dos medios de que dispone la legislación para la consecución de sus fines: el de dictar normas *técnicamente formuladas* con el mandato imperativo de atenerse a ellas y el de dejar que en cada caso concreto *se elija el Derecho justo* (5). Aquí nos interesa hacer ver *el método fijo* mediante el cual se puede juzgar fundamentalmente cuándo es *justo* que se alteren o se extingan los deberes de un contrato pendiente.

En la terminología de nuestra actual legislación esta cuestión

(5) V. § 127 y esp. § 143.—Parece que, *en general*, se deba dar importancia al hecho de que *cambien las circunstancias*, para los efectos de alterar y hasta poner fin a las relaciones contractuales existentes, por la razón de que un contrato no es más que un medio para la consecución de una convivencia social próspera y justa; pero puede, en cambio, ser esto indiferente en *un caso concreto*, porque la seguridad y la permanencia del comercio jurídico sufrirían grave quebranto si constantemente se fuese a dudar de la legitimidad de las obligaciones contraídas. Así pudo ocurrir que los príncipes que habían jurado a Enrique VI reconocer por rey a su hijo Federico faltasen a lo prometido, siendo luego defendidos por los juristas mediante la *clausula rebus sic stantibus*, LEYSER, *Meditationes ac pandectas*, 1717 ss., esp. 520, § 4. Este eminente representante del *Usus modernus pandectarum*, aunque partidario de aplicar con carácter general la *clausula* en atención al *si in eodem statu maneat* de Africano en D. 46. 3. 38. pr., no llegaba, sin embargo, a sostener que se hubiese de sacrificar a ella toda la fidelidad contractual. V. también en LEYSER, *l. c.*, § 5, el litigio entablado entre la ciudad de Durazzo y la Unión albanesa, y además cfr. *spec.* 40, § 4. Después de repetidas experiencias se comprende que la aplicación *general* de la *clausula rebus sic stantibus* (n. 3) provoque hoy tan fuertes reparos. La posición intermedia que adopta el Derecho actual reconociendo eficacia solamente a las alteraciones importantes y respecto de especiales categorías características de contratos (n. 6) es, sin duda, en lo esencial, la que mejor se ajusta a las circunstancias actuales y a las que hayan de subsistir. De la *clausula* no se puede hacer una norma general de interpretación de los contratos; v. § 129 n. 2. Una pauta general precisa para aquellos casos no regulados ni mencionados por la ley (n. 6); sólo se puede obtener, evidentemente, ateniéndose a la noción de lo *fundamentalmente justo* en cuanto a la ejecución de relaciones contractuales, noción a que esencialmente se refieren las expresiones de «buenas costumbres», «fundamento importante» y otras analogas (§ 7 n. 1). *RR.*, pgs. 561 s.

metódica se plantea sobre todo con referencia a expresiones como la de «fundamento importante» y otras análogos (6).

Por «fundamento importante» se entiende una circunstancia dada, en la cual no se puede continuar la cooperación concreta de que se trata sin detrimento abusivo de una de las partes. Se hace imposible, en esa situación, alcanzar el fin perseguido por el contrato sin quebrantar los *principios del Derecho justo* (§ 95) (7). Puede darse prácticamente este fenómeno de un doble modo: a) La circunstancia que viene a alcanzar la situación de hecho hace que la voluntad de uno de los vinculados quede a merced de la arbitrariedad del otro. Tal ocurre cuando es *exclusivamente* el capricho *subjetivo* de una de las partes el que puede decidir de la relación jurídica de que se trata sin necesidad de atender para nada al fundamento necesario de la voluntad común (8). b) La alteración de las

(6) Cód. civ. al., § 626. Ley inmov., 124 a, 133 b. Cód. de com., §§ 70-72, 77, 92. Cfr. Ley de Cons. ind. de 4. 2. 1920, § 84, 1, 4) (OPPENHEIMER, en *Gew. u. Kaufm. Ger.*, 1921, n. 5, 113.—V. además: a) Cód. civ. al., §§ 627, 671, 712, 723, 2.226. b) Cód. civ., § 696. c) Cód. civ., § 723; Cód. de com., 339.—Cód. civ., 749, cfr. 2.042, 2.044.—Cód. de com., 133, cfr. 161. d) Cód. civ., 27.—Cód. civ., 712, 713; Cód. de com., 117, 127.—Cód. civ., 1889, 2.227. e) Cód. civ., 1.289 s. (v. *supra*, § 165 n. 4).—La expresión citada aparece además empleada en un sentido jurídico distinto en Cód. civ. al., §§ 843, 549 y 811.—Sobre los demás casos en que la moderna legislación alemana toma en cuenta la alteración de las circunstancias v. la bibl. cit. en n. 3. V. además Cód. suizo de las Obl. de 1911, arts. 83, 316, 269, 291, 362, 476, 645.

(7) D. 45. 1. 98. pr. i. f.: «*Etiám ea, quae recto constiterunt, resoluti putant, cum in eum casum reciderunt a quo non potuissent consistere.*» Tal ocurre, v. gr., cuando una enfermedad u otra necesidad apremiante cualquiera hace indispensable la presencia en su propia casa del obligado a prestar ciertos servicios. Claro que no se debe proceder exclusivamente, dando importancia solamente a los deseos relevantes de una de las partes (Ejemplo: *Deutsche Jur.-Zeit*, 5, 363 n. 12), sino que se debe atender al conjunto de la vinculación concreta de que se trata. Esto da lugar fácilmente a dudas en ciertos casos cuando se trata de obligaciones con contenido pecuniario. Y a ello se deben, sin duda, las vacilaciones que se notan en la jurisprudencia de estos últimos tiempos en punto a la *clausula*. V. sentencias dictas *supra* en n. 3 *RR.*, páginas 574 ss.—Cfr. § 155 n. 5.

(8) Cuestiones prácticas: *RR.*, pgs. 566 ss.—*Reichsger*, 78, 19 ss.; 82, 293, 87, 349 ss.; 88, 127 ss.; 93, 209 ss.; 94, 166 ss.;

circunstancias da lugar a un estado de cosas en que una de las partes puede ser excluida de la convivencia social por arbitrariedad de la otra. Acontece esto cuando no se tiene miramiento alguno para las necesidades ni el peligro apremiante en que se puedan hallar el obligado o las personas por quienes jurídicamente ha de velar, decidiendo *sólo* el capricho subjetivo de la parte contraria (9).

168.—LEGITIMACIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO.

La sucesión hereditaria del Derecho actual tiene lugar entre particulares (1). Esta institución, reconocida en general por todas las legislaciones modernas, ha sido objeto de crítica desde antiguo (2).

Los antiguos autores de Derecho natural concebían el derecho hereditario establecido como consecuencia necesaria de la propiedad privada, que ellos intentaban justificar de diversos modos (3). Se sostenía que la convivencia a base de la propiedad privada sólo se podía organizar según los postulados de la *naturaleza humana*, reconociéndole también al propietario la facultad de disponer de sus cosas para después de su muerte. Y la *sucesio ab intestato* se

24, 234 ss. *Seufferts Arch.* 59 n. 91.—Ley prus. sobre el serv. domést. de 8, 11. 1810, § 138. Ley de reg. inm., 124. 3. 127 b.

(9) *RR.*, pgs. 573 ss.—El estado de necesidad tiene influencia jurídica, sobre todo en cuanto a las lesiones causadas en las personas o en la propiedad (§ 166 n. 7). De lo que se trata aquí es del quebrantamiento de un contrato. El problema del estado de necesidad se roza, pues, con el de la «cláusula». Una especial manifestación de aquél es la tan discutida cuestión de la legitimidad de la mentira en caso de necesidad. KANT, *Über ein vermeintliches Recht, aus Menschenliebe zu lügen*, 1797 (ed. Hartenstein V, pgs. 467 ss.). EISENHART, *Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern* (3.ª ed., 1823), pg. 333 s.

(1) Sobre el puesto que ocupa la herencia al lado de la propiedad privada y la libertad de contratación v. § 160 n. 1 y § 166 n. 2. Puede ocurrir que una persona muera sin hacer testamento y sin dejar cónyuge ni otro pariente alguno, o que ninguno de los nombrados herederos por el testamento, el pacto sucesorio o la ley quieran hacerse cargo de la herencia y la repudien. En este caso tiene que recoger el patrimonio hereditario el fisco. WINDSCHEID, §§ 570, 622. Cód. civ. al., 1.936; 1.964 ss.; 1.942, 2.

(2) BARON, *Angriffe auf das Erbrecht*, 1877.

(3) V. § 14 y § 166 n. 3.

basaba, según esas doctrinas del Derecho natural, en una presunción de la voluntad del causante (4).

KANT intentó más tarde buscar una justificación más precisa del testamento. El heredero instituido, decía, adquiere con la muerte del causante, inevitable y tácitamente, el derecho de aceptar o repudiar la herencia, pues no cabe ya revocar las disposiciones del difunto sobre su propiedad. Y la facultad de disposición de un propietario y su derecho contra todo poseedor de una cosa tienen su razón de ser, según KANT, en la voluntad común de todos, que da lugar a una posesión colectiva y se derivan necesariamente de ella. El testamento es, pues, concluye, una institución de Derecho natural (5).

En el siglo XIX el Derecho hereditario se estudia principalmente en relación con la organización de la familia y se pretende justificar por razón de ésta (6).

Estas tentativas de justificación van contra ciertos juicios de reprobación general del Derecho hereditario, formulados unas veces

(4) Podemos remitirnos, en general, a todos los partidarios del Derecho natural cits. en § 14, ya que todos ellos tratan en sus obras, más o menos extensamente, el problema aquí planteado.

(5) KANT, *Teoría del Derecho* (§ 15 n. 8), § 34.

(6) SAVIGNY, *System des heutigen röm. Rechts* (1840), I, §§ 53 s., pgs. 341, 349, 382, pone de relieve la necesidad de completar la personalidad de cada individuo; la transitoriedad de la vida individual hace necesario, dice, completarla mediante la trasplatación de la especie y el parentesco de sangre. HEGEL, *Rec. 'sphilosophie* (§ 15 n. 20), §§ 178 s., dice en suma que la disolución natural de la familia por la muerte de los padres, del padre especialmente, tiene como consecuencia la sucesión hereditaria respecto del patrimonio, y que conforme se hace más lejano el grado de parentesco se va haciendo también más indeterminado esto al irse perdiendo el espíritu de unidad familiar, implicando cada matrimonio la disolución de los anteriores vínculos de familia y la creación de una nueva familia independiente. Y al producirse esta disgregación, añade, se da entrada a la libertad individual de disposición testamentaria. STAHL, II, §§ 90 ss., esp. pgs. 501 ss., parte de la sucesión hereditaria de los hijos, viendo en esto una consecuencia obligada de los vínculos de familia; la finalidad intrínseca del patrimonio paterno, dice, es la de ser dejado en herencia a los hijos. La herencia de los demás parientes sólo es para él una analogía, y el testamento voluntario en que se establecen los vínculos hereditarios por libre disposición del testador un simple subrogado del curso natural de la sucesión necesaria.

en unión de los ataques que se dirigen contra la propiedad privada (7) y otras veces contra el Derecho hereditario exclusivamente (8). Los estudios modernos sobre este problema adoptan cada vez más marcadamente un camino intermedio, abogando por introducir ciertas restricciones en la regulación legal del derecho hereditario (9).

Para tratar con una seguridad científica el problema planteado tenemos que recordar otra vez más la necesidad de proceder mediante un *método crítico*.

Una institución jurídica positiva, como es la de una determinada regulación de la herencia, no se puede ni legitimar ni reprobar de un modo *absoluto* (10). Podrá ser justa o injusta, según los casos, y cuando más será *objetivamente* justa, en ningún modo *absolutamente* legítima (§ 81). Dependerá de que las masas de idénticos fenómenos a que dé lugar se ajusten o no a la *idea de la comunidad pura* (§ 22). En nuestra actual sociedad no se puede estimar ilegítimo el velar especialmente por los propios familiares con preferencia a la generidad de los que componen la comunidad jurídica. Vivimos en círculos concéntricos con nuestros parientes y los miembros de nuestra familia. Sólo cuando desaparezca totalmente la trabazón familiar interna puede parecer injusto que vaya a parar la herencia a un heredero que sólo vea en ella un medio de lucro (11).

(7) V. § 57 n. 6; § 173 n. 9. Cfr. § 17.

(8) Hay que mencionar aquí sobre todo la escuela de los Saint-Simonistas y en particular a BAZARD (1791-1832). Partiendo de la tesis de que se deben abolir toda clase de «privilegios», proclama ese autor que la propiedad sólo es fundamentalmente legítima cuando el propietario mismo la ha obtenido con su trabajo (§§ 166 n. 3; 169 n. 10). Y sostiene que con esto es incompatible el Derecho hereditario. STEIN, *op. cit.* (§ 14 n. 10), II, pgs. 268 ss. MUCKLE, *Henri de Saint-Simon*, 1908, pgs. 305 ss. *Handwört. d. Staatswiss.* (3.ª ed.), II, pg. 732.

(9) V. la bibl. en DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* (4.ª ed. 1826), III, §§ 20 ss. BLUME, *Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechts*, 1913. EL MISMO, en *Handwört. d. Staatswiss.* (3.ª ed.), III, pgs. 1018 ss. DERNHÖFT, *ibidem*, pgs. 1023 ss.

(10) V. § 4: Imposibilidad de un Derecho ideal. Cfr. § 15; v también § 166 n. 3.

(11) *Mot. z. BGB.* V. 366 s. Cód. civ., § 1.922. Los dos proyectos de ley de 1907 y 1913, demasiado extremistas puesto que

Por lo que se refiere a los testamentos, sólo podremos juzgar de su fundamental legitimidad teniendo en cuenta el uso que de esta institución se haga en un caso concreto (12). Esta observación no nos lleva a conclusiones desfavorables en cuanto a los fenómenos sociales de nuestros días, en el sentido de que las disposiciones de última voluntad que el Derecho reconoce den lugar a consecuencias incompatibles con la noción formal de la comunidad pura. Y si por acaso en una declaración de última voluntad se viese el resultado de las veleidades subjetivas del disponente, bastará declararlo nulo en el caso concreto (13). En general, las disposiciones testamentarias encarnan la misma fundamental legitimidad que la sucesión *ab intestato* o son expresión de los deseos de una persona ya desaparecida, a los que es saludable y provechoso dar fiel ejecución después de su muerte. Y pueden también velar por la suerte de los que quedan, en ciertos respectos, independientes del destino dado al patrimonio, por ej., nombrando un tutor o disponiendo útilmente sobre otros extremos cualesquiera (14).

sólo dejaban subsistir en la sucesión legítima el segundo orden de herederos; no llegaron a aprobarse. Cód. civ. suizo, art. 460.

(12) No hay razón para construir la sucesión legítima como presunta declaración de última voluntad, pero tampoco es necesario atribuirle al testamento un simple papel supletorio. Más exacto es en este punto el modo de pensar de KANT (cit. *supra*, n. 5), que basa el testamento en un derecho de libre disposición del propietario. Y esta facultad de disposición será intrínsecamente legítima cuando se acomode, por su modo de proceder y de aplicarse, a la noción de comunidad (§ 92).

(13) Cfr. *supra*, § 160.—Cód. civ. al., §§ 134-138 y 2.171.

(14) Si la institución de los *pactos sucesorios*, con la definitiva vinculación de las partes que implican, se puede justificar del mismo modo que los *testamentos* es una cuestión dudosa. V. la exposición de la doctrina referente a los pactos sucesorios en KIPP, *Lehrbuch des Erbrechts* (11-13.^a ed. 1921), §§ 30 ss.

SECCIÓN CUARTA

LA POLÍTICA

I.—Líneas directivas.

169.—EL FIN ÚLTIMO DE LA POLÍTICA.

Política es la actividad que tiende a la consecución de buenos estados sociales.

Entendemos por estados sociales relaciones humanas sujetas a regulación. Por esto lo esencial en la política es la legitimidad objetiva de la vinculación jurídica que condiciona lógicamente las relaciones todas de la sociedad. El verdadero fin de la política es, pues, en rigor, la consecución de un orden jurídico justo (1). Y al verdadero político le debe interesar tanto el problema de la transformación de un Derecho existente como el de su vigencia y aplicación en cada pueblo (2).

El campo de la *política* abarca las vicisitudes de una *comunidad jurídica* en un período de tiempo relativamente largo, a diferencia del procedimiento *judicial* que sólo recae sobre casos concretos (cfr. § 151). Y nada importa que se trate de política «interior» o «exterior» en cuanto al criterio determinante para la ordenación de estas nociones (3).

(1) La consecución de estados sociales *objetivamente* justos, no *absolutamente* legítimos, § 81. Cfr. § 94.

(2) MOHL, III, pgs. 341 ss.—DAHLMANN, *Die Politik auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, 1835 (3.^a ed., 1847). FRIES (§ 20 n. 1), *Politik oder philosophische Staatlehre*, ed. de APELT, 1848. TREITSCHKE, *Politik*, ed. post. 2 ts., 1899. RICH. SCHMIDT, *Wege und Ziele der Politik*, en *Zeitschr. f. Pol.*, I, pgs. 1 ss. EL MISMO, *Politik*, en *Wörterb. d. Staatswiss.* (2.^a ed.), III, pgs. 83 ss. ROSENTHAL, *Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode*, 1913. SIDWICK, *The elements of politics* (4.^a ed., Londres, 1920). *Handbuch der Politik* (3.^a ed., 1920).—GÜNTHER, *Theorie der Sozialpolitik*, 1922.

(3) La palabra «política» se usa también a veces aplicada a la vida privada, a los negocios de una sociedad, v. gr., y a otros de ese género. No se hace más que extender a estas cosas el sentido de la palabra «política» con sus problemas y sus fines propios.—§ 138 n. 8.

Para esto tenemos que partir de la siguiente observación:

Los problemas políticos todos se plantean en forma de *cuestiones concretas*. Misión del político es buscar los medios más adecuados para alcanzar los fines concretos y determinados que se persiguen. Pero, ¿es que todo se reduce a un *caos de cuestiones concretas desperdigadas*? ¿No cabe agrupar armónicamente la variedad infinita de las aspiraciones políticas con arreglo a una *noción central* determinante?

Se ha dicho que la *política* es un «arte». Es cierto que la capacidad para resolver debidamente los problemas políticos difiere en los diversos pueblos e individuos según sus dotes, sus tradiciones y su educación. Y tiene también una gran importancia para la política la habilidad en materia de psicología práctica. Pero no basta esto ni es ello lo más importante: es necesario sobre todo tener una clara visión de las *líneas directas fijas* a que la actuación política se debe ajustar. Y si el saber aplicarlas es un *arte*, tendrá que descansar evidentemente *en una base científica* (4).

No es raro encontrar quien, batiéndose en retirada, afirme que son estas cuestiones que dependen al «modo de concebir» de cada cual y que no admiten un análisis científico. No se ve que eso del «modo de concebir» implica ya la noción de un *método armónico* permanente, que «cada cual» usa para juzgar de cuanto acaece, siempre desde el mismo punto de vista. Si ciertas personas proceden, pues, mediante este *modo unitario* de juzgar—y no hay hombre capaz de pensar que no lo haga—, tendremos que investigar en qué consiste propiamente ese método de juicio, cómo cabe caracte-

(4) STAMMLER, *Mandevilles Bienenfabel* (§ 96 n. 2); cfr. *Kultur der Gegenwart* (§ 141 n. 2), pg. 59. WR., n. 232. VOCKE, *Die Abgaben, Auflagen und die Steuer vom Standpunkte der Geschichte und der Sittlichkeit*, 1887. (*Handwört. d. Staatswiss.* (3.ª ed.), VIII, pg. 384.) OERTMANN, *Rechtswissenschaft und Rechtspolitik*, en *Preuss. Jahrb.*, 88, pgs. 191 ss. CALKER, *Politik als Wissenschaft*, 1898. FÖVEL, *Scienza politica e scienza dell'amministrazione*, Bologna, 1906. FLEINER, *Politik als Wissenschaft*, 1907. FRIEDRICH, *Kolonialpolitik als Wissenschaft*, 1909. ROESLER, *Politik und Wissenschaft*, en *Grenzboten*, 77, pgs. 229 ss. PILOTY, *Politik als Wissenschaft*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 13, pgs. 97 ss. LINDAHL, *Die Gerechtigkeit der Besteuerung. Eine Analyse der Steuerprinzipien auf Grundlage der Grenznutzentheorie*.

rizarlo y de qué manera lo alcanzaremos a discernir en todo momento como pauta de ordenación (5).

Para resolver este problema hay que acudir, como siempre (§ 5), a la reflexión crítica, que nos dirá si cabe, *en general, la posibilidad de una ordenación armónica*. Esa reflexión nos enseña, en cuanto a la vida social y a la política, que no se pueden aplicar por extensión a este orden de investigaciones las normas ni los métodos de las ciencias naturales. En los estudios jurídicos y en los problemas sociales todos se trata de manifestaciones de la *voluntad humana*. No es el conocimiento científico del mundo físico lo que se investiga, sino la ordenación de *actos volitivos* en la relación condicionante de *medio a fin* (6).

Ahora bien: como condición que pueda hacer posible la armonía de todas las aspiraciones humanas concebibles, sólo existe la idea de la *pureza de voluntad* (§ 80), que, aplicada a la *voluntad vinculatoria*, se traduce en la noción de la *comunidad pura* (§ 92). Este es, por consiguiente, el único punto de mira que puede servirnos para juzgar armónicamente de los problemas prácticos de la política (7).

El regir *científicamente* la política consistirá, pues, en observar la materia de la vida social en las masas de sus fenómenos idénticos, para ver si las aspiraciones fundamentales que los provo-

(5) Quizá haya quien crea que lo que se llama «modo de concebir» se debe separar del examen de los problemas sociales, viéndose en ello algo diverso de la *orientación filosófica central* del pensar político. Sin embargo, un «modo de concebir» que trascienda de la *orientación filosófica central* tiene que caer en el campo de la *religión*, como a su hora demostraremos (§ 180). De otro modo, o coincide con esa *orientación central*, o se reduce a una *simple aspiración concreta*. No cabe una *tercera* posibilidad.—A veces parece como si, cuando se habla de «modo de concebir», se quisiese aludir a un parecer *meramente subjetivo* sobre el que no cabe llegar a conclusión alguna de *objetividad*. V. sobre esto § 97.

(6) § 35 n. 8; v. también § 53 n. 5.—RATZENHOFER, *Wesen und Zweck der Politik, als Teil der Sociologie und Grundlage der Staatswissenschaften*, 3 ts., 1893. Sobre esta obra RICH. SCHMIDT, *Soziologische und metaphysische Staatslehre*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, II, pgs. 449 ss. V., además, § 147 n. 1 y § 17, 174.

(7) STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (§ 15 n. 13), pgs. 125 ss. V. también *supra*, § 98.

can se hallan orientadas en el sentido del *ideal social* o si se hallan dominadas por el *subjetivismo* (8). Y si esta última tendencia resultase ser inevitable, habrá que *elegir* entre las diferentes variantes posibles aquella regulación que—siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto—haga esperar con la mayor seguridad posible para lo futuro una rectificación de esa tendencia en el sentido de la *comunidad pura* (9).

Para ver si una medida política es o no *fundamentalmente legítima* habrá que aplicar, pues, reflexivamente a cada caso concreto de la práctica esa pauta de lo que constituye el *fin último* de toda política. No cabe reducir esquemáticamente esas enseñanzas a una serie de reglas y construir con ellas un edificio doctrinal acabado (10). En términos absolutos sólo se puede establecer *el método*

(8) Séanos permitido repetir aquí, para evitar equívocos, que la idea central de la *comunidad pura* no encierra noción alguna que se refiera a un régimen determinado de convivencia. Con esa expresión sólo se quiere decir que hay que *descartar el subjetivismo* como *ley suprema* cuando se trata de juzgar de aspiraciones concretas. Es decir, que entre diferentes modalidades dadas no se debe elegir como justo aquel género de vinculación, que tome por *pauta suprema* los afanes *exclusivamente subjetivos* de una de las partes. Cuál haya de ser el régimen concreto de convivencia de que se trate, eso no cabe decirlo de antemano en términos absolutos. Un valor absoluto sólo lo tiene la noción formal de la *comunidad pura*, reiteradamente precisada.—De aquí se infiere que no media una antítesis conceptual muy clara entre esta noción formal de la *comunidad pura* y el tópico de la «comunidad-pueblo» que se ha querido oponer a ella. Lo que se quiere decir es, sin duda, esto: que la vida social concreta de los que forman parte de un «pueblo» se debe desenvolver de un modo *objetivamente justo*, o, lo que es *lo mismo*, en el sentido de una *comunidad pura*, por donde se condena el proceder de cuantos no rigen la vida «del pueblo», de ese modo *objetivamente legítimo*. La expresión de «comunidad-pueblo» no basta, pues, para caracterizar el punto de mira *absoluto*, que nos dice cuándo una convivencia social es *fundamentalmente justa*, sino que es ya una *aplicación práctica* de la ley social fundamental a ciertas circunstancias históricas. Cfr. también § 100 n. 2 y § 138 n. 5.

(9) SCHNEIDER, *Bilanz der deutschen Politik und Erziehung, Volksgesundheit durch Erziehung*, en *Monatshefte*, 1911, pgs. 193 ss. V. el MISMO, en § 172 n. 4.

(10) Apenas hubiera habido nada que objetar contra la idea de una *política regida científicamente* si no se hubiese desvirtuado

que se debe seguir *siempre* para poder decir que una determinada aspiración política es *fundamentalmente* justa o reprobable. La importancia *práctica* de esto es que dominando reflexivamente ese método armónico de juicio habrá mayor seguridad en cuanto a su aplicación en casos futuros.

lo que se pretende formándose de ello una falsa noción. No se trata de construir eso que se llama «teorías», planes ni programas concretos *materialmente* articulados que sirvan de instrucciones para hacer buena política. Semejante código de doctrinas *materialmente condicionadas* como normas pretendidamente *absolutas* es algo tan imposible como todo plan de un Derecho ideal, que encierra siempre una *contradictio in terminis* (§ 4). Ni se puede construir tampoco un tal edificio doctrinal en materia de política respecto de ciertas instituciones jurídicas. Se ha intentado demostrar, por ejemplo, que la *propiedad privada*, en una forma concreta, era, según unos fundamentalmente justa, según otros fundamentalmente reprobable; y los dos bandos pretenden razonarlo mediante diferentes argumentaciones que ellos creen absolutas. *Ambos modos de ver son falsos*. El concepto de la *propiedad* sólo es *absoluto* en cuanto *problema*: es el problema de saber a quién corresponde la *última* palabra de disposición sobre un objeto. La solución que dé a ese problema el orden jurídico puede diferir extraordinariamente en cada tiempo, sin que de ningún modo se pueda predecir en términos absolutos (§ 114). V. sobre estas falsas doctrinas STAMMLER, *Eigentum und Besitz*, en *Handwört. d. Staatswiss.* (3.^a ed.), III, pgs. 617 ss. Los partidarios del marxismo sobre todo proclaman apriorísticamente que todo el que *produce* un objeto *mediante su trabajo* tiene un derecho natural a gozar de la propiedad de él. Cfr. ENGELS (§ 17), *Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, pgs. 31 ss. (cfr. GAI, II, 72).—GOETHE, *Prometheus, dramatisches Fragment*, 1773 (ed. Cotta, VII, 242 s.). No hay razón ninguna para que sea así, sin más. El problema de a quién debe *legítimamente* corresponder la *última palabra* de decisión sobre un objeto sólo se puede resolver con referencia a *determinadas circunstancias históricas*, y únicamente examinando cuál de las diversas posibilidades que en este punto se ofrezcan es la que mejor se ajusta, en esas circunstancias, a la noción del *ideal social* (§ 92). Y para ello habrá que atender a la *totalidad* de las circunstancias históricas de que se trate, con todas sus tradiciones y complejidades, considerando hasta qué punto se puede esperar una cooperación *objetivamente justa* en el conjunto de la vida social, según que se elija una u otra solución. Sobre la eventual ausencia en el *caso concreto* de estos métodos inmovibles que hacen *posible* la ciencia, v. § 173 y § 142 ns. 1 y 2.—RUCK, *Basel als Rechtsstat*, en *Festg. z. Schweiz. Jur.-Tag*, 1920, pgs. 31 ss.

No se debe esperar que *el método condicionante* que pueda legitimar objetivamente toda opinión o aspiración política se manifieste «espontáneamente», por decirlo así. La más nimia experiencia nos enseña lo contrario. Lo más frecuente en la práctica es el invocar aspiraciones e intereses egoístas y meramente subjetivos, y no sólo como impulsos personales que constituyan *la materia* de nuestros juicios críticos, sino como *norma suprema* de la resolución que se adopta (11). Para evitar esto no basta *invocar* los postulados de la «ética», ni traer a cuento las relaciones entre «la política y la moral» como si se tratase de dos campos claramente deslindados, sino que es necesario armonizar metódicamente la aspiración política dentro de la totalidad de nuestra conciencia (12).

De estas consideraciones se sigue que el fin último de toda política sólo puede ser legítimamente *la justicia y el Derecho* (13).

(11) KANT, en su opúsculo sobre la paz perpetua (§ 179 n. 1), ap. II, indica como criterio de una política legítima la «publicidad». Todos los actos, dice, que recaigan sobre los derechos de otros y cuyas máximas tengan que esconderse a la publicidad son injustos, y legítimos, por el contrario, cuantos necesitan valerse de ella. Pero no es ésta una *característica peculiar* de la noción de lo justo en materia jurídica, como tampoco lo es la norma lógica de la contradicción (§ 79 n. 7) en cuanto a la verdad, ni la invocación de la conciencia en cuanto al bien (§ 88). El que no se huya la publicidad podrá ser un signo práctico de que se persigue políticamente un fin «justo»; pero *la noción condicionante* que hace que esa aspiración sea en efecto «justa» la hay que analizar y esclarecer *en su esencia* (§ 22 i. f.). Cfr. § 90 n. 2

(12) STAUDINGER, *Ethik und Politik*, 1899, TÖNNIES, *Politik und Moral*, 1901. TRAUB, *Politik und Sittlichkeit*, en *Patria*, 1901, pgs. 149 ss. EL MISMO, *Ethik und capitalismus. Grundzüge einer Sozialethik*, 1904. SIGDWICK, *Die Methoden der Ethik*, trad. de BAUER, 1909. DEPLOIGE, *Le conflit de la Morale et de la sociologie*, Lyon, 1911. A este libro había hecho preceder el autor la publicación de una correspondencia sobre el mismo tema en *Revue Néo-Scolastique*, 1907, n. 4. BAUMGARTEN, *Politik und Moral*, 1918. WICHMANN, *Philosophie und Politik*, 1920. TARANTINO, *La politica e la Morale*, Pisa, 1920.

(13) Si alcanzamos a ver claramente que toda conducta humana y toda cooperación social tiene lugar necesariamente mediante relaciones jurídicamente reguladas, tanto en la política interior como en la exterior, y que ésta debe ser legítima, es decir, que se debe ajustar a la idea de la justicia, comprenderemos que la actuación política no puede tener más fin último que *la justicia y el Dere-*

Con esta orientación, en páginas sucesivas procuraremos desentrañar claramente las líneas directivas absolutas de toda política, señalando los falsos caminos por los que tantas veces se han extraviado los pensamientos políticos. La segunda parte de esta sección la consagraremos a describir lo que debe ser en la práctica una política encauzada científicamente.

170.—LA MAYORÍA Y LA JUSTICIA.

Esos dos conceptos nada tienen que ver el uno con el otro. La *mayoría* dice relación a la categoría de la *cantidad*; la *justicia*, en cambio, implica una cierta *cualidad*. El simple hecho de que muchos proclamen algo o aspiren a algo, no quiere decir que ello sea necesariamente *justo*. Si la *mayoría* se halla asistida por la *justicia* en las causas que representa, lo habrá que ver *en cada caso* (1).

Esto se ve con especial relieve en los problemas de la *Filosofía del Derecho*. La simple *adición numérica* de pareceres *subjetivos* no puede influir *fundamentalmente* ni en el *concepto* ni en la *idea* del Derecho.

1.º El *Derecho* consiste en una vinculación *permanente*. Es lo opuesto a una regulación para cada caso según el capricho *subjetivo*. El Derecho se sobrepone *autárquicamente* a los individuos sometidos a él y es *algo más* que una simple *suma* de actos de acatamiento inspirados en las opiniones personales de los vinculados (2).

cho. Cfr. también § 149. Pueden los pueblos buscar el hombre capaz de realizar estas aspiraciones y traducirlas en hechos, el guía que posea especiales dotes para llevar seguramente a la sociedad por estos cauces, pero la *idea central* que en *último* término tiene que orientarle en su actuación no puede ser otra que ese fin supremo de toda política que queda indicado (§ 96). Que para imponer el *Derecho* es necesario que tras él haya un *poder* que debiera ser tan evidente (§ 71) como lo es que para realizar la *justicia* hace falta el anhelo de entregarse por entero a lo justo, el *amor* (§ 93, 20). Así, pues, la actuación política debe cuidarse de tener siempre dispuesto un *poder* (§ 78) destinado a proteger el Derecho y de fomentar y alentar en lo posible la educación de los hombres para amar lo justo, que es en el fondo la misión de la *religión* (§ 172; cfr. 180).

(1) STORM, *Die Bedeutung der Mehrheit in der Rechtssetzung und in der Rechtssprechung*, 1908.

(2) V. sobre esto §§ 41, xx, 84, 2.º y 100 s.—El «derecho de

2.º Es evidente que si se nos pregunta en qué consiste esencialmente la noción de la *justicia* no podremos contestar diciendo que es la aspiración sustentada por una cierta *mayoría numérica* (3).

Ni es exacto tampoco el tomar por pauta de juicio simplemente *el bienestar material* de la *mayoría* en una cierta época. Ya se ha desechado ese modo de ver al combatir la doctrina del *edonismo social* como pretendida *idea del Derecho* (§ 93, 1.º). Pero no se tiene presente, además, que el carácter *absoluto* que debe tener la idea del Derecho no puede consistir en una medida *cuantitativamente* determinada, como lo tiene que ser inevitablemente la *mayoría* en cuanto circunscrita a una *determinada época*. La pauta *cuantitativamente* condicionada del *ideal social* (§ 92) puede muy bien exigir que se sacrifique el bienestar material de una gran parte de los miembros de la comunidad que *en un momento determinado* existan para preparar e implantar una cierta corriente progreso en cuanto a la conciencia de la humanidad *toda* (4).

Es ciertamente misión de toda buena política el preparar el terreno en que se pueda hacer de los individuos todos *personalidades libres* (§ 99). Pero cómo se hayan de disponer las cosas para lograrlo en cada caso eso no lo puede decidir tampoco la *mayoría* mediante una suma de aspiraciones y pareceres subjetivos, sino la

propia decisión» de que tanto se habla hoy sólo se puede admitir y entender *como característica* «del Derecho» en cuanto con ello se quiera aludir a la necesaria exclusión del *poder arbitrario*, por parte de pueblos y de Estados extranjeros especialmente. Cfr. § 48. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pgs. 277 ss.

(3) Jamás ha conseguido la multitud pensar por cuenta propia; es cosa sabida. El que sea capaz de pensar por todos nosotros, que lo demuestre... Grandes personalidades han perecido; ¿pero quién ha sabido proteger la multitud contra la multitud? De la multitud fué la multitud misma el tirano. GOETHE, Epigramas, ns. 52 y 54 (ed. Cotta I, pgs. 285 s.).

(4) El mismo ROUSSEAU distinguía cuidadosamente *la voluntad générale*, como una *modalidad especial* de voluntad, la voluntad encaminada a la dicha de todos los hombres concebibles, y *la voluntad de tous*, suma de las voluntades individuales que, aun cuando unánimes, pueden, sin embargo, caer en error y ser ilegítimas en cuanto al fin concreto perseguido. V. *Contrat social*, esp. I, 7; II, 3, 4; IV, 2 (§ 15 n. 6).

reflexión racional, que nos indicará cuál es en un caso concreto la medida justa en el sentido de la comunidad pura (5).

Se suele hablar desde antiguo de una antítesis entre el principio *democrático* y el *aristocrático*. La distinción afecta, en realidad, si bien se mira, a la formulación del *principio*. «Principio» quiere decir aquí lo que se entiende por *idea del Derecho*. Se trata de saber cuál debe ser el *punto de mira supremo* de la vida social, si la *masa numérica* de opiniones individuales o *la bondad intrínseca* de una determinada aspiración. Si se quiere llamar «aristocracia a la fundamental aspiración hacia *lo mejor* en la vida del Estado, hay que reconocer que el pensamiento *aristocrático* es el único científicamente legítimo (6).

La apelación a la *mayoría* como suprema instancia dentro de un determinado orden jurídico no puede ser nunca más que *un medio relativo* para perseguir *lo mejor* en un caso concreto. La institución *democrática* del sufragio tiene, pues, que ponerse al servicio de la *idea aristocrática* y no puede sustraerse a la fiscalización crítica, llamada a ver en cada caso si lo votado constituye realmente, por su carácter intrínseco (§ 172), el medio debido para un fin justo dentro del orden social de que se trate, o si se debe dar la preferencia en las circunstancias en cuestión a otras instituciones transmitidas por la historia. El resultado de este examen puede variar extraordinariamente, según el carácter concreto de los diversos pueblos y circunstancias; sólo el *punto de mira ideal* de la comunidad pura (§ 92), que se ha de dilucidar y aplicar *cuantitativamente*, permanece inmovible y absoluto.

171.—LA JUSTICIA Y LA IGUALDAD.

Uno de los errores más fatales, difundido sobre todo en los tiempos modernos, es el de confundir la idea de la *justicia* con el postulado de la *igualdad* material.

(5) «¿Qué es la mayoría? La mayoría es la sinrazón; la inteligencia siempre se ha hallado de parte de los menos.... Tarde o temprano. acabará por perecer el Estado en que venza la mayoría y triunfe la necesidad». SCHILLER, Demetrius I, Sapietia.

(6) HASBACH, *Die moderne demokratie*, 1912 (2.ª ed., 1921). SLOANE, *Die Parteiherrschaft in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1913. KELSEN, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, en *Arch. f. Soz. wiss.*, 47, pgs. 50 ss. Cfr. MENZEL, *Protogoras* (§ 10 n. 2).

Sobre esto tenemos que hacer notar lo siguiente:

1.º Sin dificultad se comprende que los hombres, considerados en su *individualidad*, son extraordinariamente *desiguales*. Cuando se dice que los hombres son «iguales por naturaleza» es evidente que no se alude a una igualdad *métrica*, a modo de una *unidad* de medida. Se trata de una *identidad de carácter* que concurre en miembros de un mismo género. Y precisamente en este respecto existen entre los hombres las mayores desigualdades *materiales*. Se distinguen *por naturaleza* en edad, sexo, salud y sobre todo en cuanto a dotes de espíritu, en cuanto a capacidad para discernir lo verdadero y lo justo.

Y la misma observación se nos presenta, y aún con mayor relieve, desde el punto de vista *social* (1). En la cooperación social se trata de la vinculación recíproca de medios y fines humanos (§ 35). La *igualdad social* se hallará, pues, en relación con la idoneidad de esos medios en el seno de la convivencia, y exigir esa *igualdad* equivaldrá a sostener que todas las voluntades y, por tanto, todos los hombres en quienes encarnan, tienen *el mismo valor* para el conjunto de la sociedad en que se desenvuelven, afirmación absurda e inadmisibles (2). La condicionalidad de toda aspiración humana, sujeta a las más variadas influencias de la tradición de otras épocas y circunstancias, no puede llegar a desaparecer totalmente jamás. A lo más, esas influencias cederán su puesto a otras que puedan dar lugar a una *desigualdad* nueva y distinta (3).

2.º La *desigualdad* social es *técnicamente beneficiosa*. Es un estímulo constante que mueve a cada cual a cumplir del modo más perfecto posible sus deberes y a contribuir con lo mejor de sus fuerzas a la cooperación social. Y esto alcanza en último término a todos, cualquiera que sea la *desigualdad* que medie entre los dife-

(1) SAVIGNY decía en la obra cit. en § 16 n. 2 (3.ª ed.), página 157, que los juristas romanos clásicos eran «personas fungibles», lo cual es evidentemente inexacto. *Contra* BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, 1880, pg. 4.

(2) Insiste energicamente en esto ARISTÓTELES (§ 10 ns. 15 siguientes). V. LOTHAR, *op. cit.* (§ 92 n. 1).—THÖL, *op. cit.* (§ 18 n. 5), § 37.—Una aplicación práctica que no deja de ser curiosa: *Deutsche Jur.-Zeit.*, 25, pgs. 715 s.—Una hermosa ironía sobre los entusiastas de la igualdad es la novela de MARRYAT, *Mishipmann Easy*.

(3) V. § 172: Condicionalidad de las medidas políticas.

rentes individuos. Ese estímulo desaparecería, en cambio, si se realizase la quimera de una perfecta *igualdad* cuantitativa. En la realidad sensible existen *exclusivamente* voluntades *concretas*. Por eso no se puede ni se debe en modo alguno prescindir en el contenido de la voluntad vinculatoria de aquel medio que facilita la *desigualdad*. El político no podrá renunciar a él sin detrimento de sus planes, siempre que se proponga por finalidad concreta el alentar e intensificar el celo, la diligencia y la capacidad de los individuos mediante sus móviles y aspiraciones *siempre condicionados* (4).

3.º Aparte de esto, el postulado de la *igualdad* material es de por sí *teóricamente falso*. Si fuese fundado habría que *sustituir* la noción de la *justicia* por la de la *igualdad* o—lo que en el fondo es lo mismo—resultaría que la idea de la comunidad pura *contiene* como esencial el postulado de una *igualdad* cuantitativa. Y no es así, ni mucho menos.

La *igualdad*, entendida en sentido cuantitativo, se refiere a una distribución «por igual» de *goces*. Y esto choca contra los reparos que hacen inadmisibles el *edonismo* como principio filosófico (§ 93, 2.º). Es algo muy vago eso de pretender distribuir «la dicha» entre los hombres por partes iguales; aparte de que la aspiración a alcanzar la mayor cantidad posible de goces personales no puede ser en modo alguno *la ley suprema* de la voluntad humana (5). De

(4) Es retórica vacua y vana decir que sería hermoso que los hombres se condujesen y laborasen por motivos «ideales»; no se ve que la balanza no puede pesar si no se le echa peso. *Fines relativos requieren medios relativos*. V. §§ 110 n. 4; 173 n. 5. Sobre la verdadera significación de la idea de lo justo: § 83, esp. ns. 2 y 4 ss.

(5) Desde el punto de vista de *la ley suprema* de la voluntad humana no hay antítesis más definida y hasta casi a muerte que la que media entre el *comunismo* y el *cristianismo*. El primero tiende, en último término, a la *igualdad de bienestar material*, a atribuir a los hombres *goces cuantitativamente iguales*; el segundo se reduce al anhelo del *bien* y a la aspiración *cuantitativamente* buena de *entregarse sin reservas a lo justo*, sin mirar si los demás acatan o no el mismo precepto. V. sobre esto HAUCK, *Der Kommunismus in christlichem Gewande*, 1891. SCHUBERT, *Christentum und Kommunismus*, 1919. Pastorales de los obispos holandeses de 10. 12. 1918; cfr. FIEBIG, *Christentum und Kommunismus*. Supl. de *Tägl. Rundschau*, 1919, n. 145. HOLL, *Christentum und Sozialismus*, en *Grenzboten*, 1919 n. 21. PLEN-

otro modo se caería inevitablemente en un *mero subjetivismo*, porque cada individuo tomaría por norma sus goces personales y se incurriría en la crasa contradicción interna de elevar los *finés relativos* de determinados hombres o grupos a *criterio absoluto* de lo *fundamentalmente justo* (6).

Lejos de esto, la reflexión sobre la idea de *justicia* nos enseña que la convivencia social sólo puede ser *fundamentalmente justa* cuando en las relaciones concretas que componen la vida social no quede nunca una persona a merced de los caprichos *meramente subjetivos* de otro. Dentro de estos límites, y en cuanto ello sea posible, sin abandonar este ideal de evitar todo subjetivismo, se deberá, sin duda, fomentar el bienestar de los individuos. Pero siempre viendo en ello *la materia* de la actuación política y no su *norma*, como irracionalmente pretenden los que aspiran a una *igualdad cuantitativa* (7).

GE, *op. cit.* (§ 57 n. 8). MESSERT, *Sozialistische Ethik, Kommunismus, Christentum*, 1919. STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (§ 15 n. 13). SCHUBERT, *Der Kommunismus der Wieder-täufer in Münster und seine Quellen*, 1919.

(6) Interesantes ejemplos concretos de esto nos los ofrece precisamente el movimiento económico-social de estos últimos tiempos. Así al denunciar una parte de los trabajadores interesados un contrato de tarifa produjeron un daño a los demás, que, a pesar de no solidarizarse con ellos, perdían también su medio de vida por consecuencia del cierre de la fábrica. Esto puede ser *igualdad*, pero no *justicia*, porque estos obreros quedan aquí a merced de la arbitrariedad subjetiva de los otros. Y esto aún prescindiendo de que una retribución igual de prestaciones *iguales* no puede nunca ser cualitativamente justa. De aquí que hasta las aspiraciones que tienden a implantar un régimen económico coactivo (socialismo, véase § 57 n. 3) *desechen* en sus doctrinas la *igualdad* como idea central, proclamando solamente una «igualdad de derechos económicos»; *Neue Zeit*, 38, 2, pg. 589.

(7) Hay que establecer, pues, evidentemente la siguiente distinción: a) Cabe, por una parte, elevar la *igualdad* en los goces materiales a *principio* y *ley supremá* de la vida humana, como lo hacen el comunismo y el socialismo ideológico (§§ 17, 57 n. 6); y b) Por otra parte, cabe partir de la idea de la *justicia* como aplicación de la *pureza de voluntad* a la vida social, para venir en una *determinada situación* a la *conclusión concreta* de que es necesario establecer una relativa *igualdad* de retribuciones y reparaciones.

4.º *Justicia e igualdad* son, pues, dos nociones diversas (8).

La *justicia*, que es la idea del Derecho (§§ 91 s.), perdura como segura estrella polar a través de todos los tiempos. Se sigue de la idea de la *pureza de voluntad* en su aplicación a la vida social, y es en cuanto a su contenido la idea de una *comunidad de hombres de voluntad libre*. Como tal se debe dilucidar y aplicar prácticamente (9).

La aspiración de la *igualdad* no sirve en lo más mínimo para guiarnos por la senda de una práctica del Derecho construida sobre *principios*. Y en cuanto a los problemas de la legislación, ese postulado—independientemente de su carácter eudemonista—es en absoluto vago e impreciso. Si, por ej., se entendiese que todo hombre tiene «el mismo derecho» a desenvolver sus actividades, con eso no se dice nada en realidad. Las instituciones y las medidas que ello exija no podrán ser independientes de las circunstancias históricas concretas, y para ser fundamentalmente legítimas deberán armonizarse con el conjunto del orden social en que se dicten (§ 172). No puede, pues, existir un «Derecho natural», que *en sus*

(8) La inadmisibile confusión e identificación de estas dos nociones de igualdad y de justicia, como líneas directivas fundamentales de la voluntad jurídicamente vinculadora, procede, en cuanto puede discernirse, de CHRISTIAN WOLFF (§ 15 n. 4). V. sus *Institutiones iuris naturae et gentium*, 1750, I, 3, §§ 46, 70 y 95. ROUSSEAU formuló en su doctrina el postulado de la igualdad de derechos para todos los asociados, pero no en sentido comunista (§ 15 n. 6). Vacilante y no muy claro se muestra FRIES (§ 20 n. 1), *Philosophische Rechtslehre*, pról. p. XVI; § 9, pgs. 33 s. HUGO, *Naturrecht* (4.ª ed.), pgs. 78, 147 y 190. ROTTECK, *Staatslexikon* (2.ª ed.), VI, pgs. 43 ss. BRENTANO, en *Schollers Jahrb.*, VII, pgs. 750 y 754. HERTLING, *Naturrecht und Sozialpolitik* (§ 15 n. 21), pgs. 68 ss. HAUSSMANN, *Der Rechtsgrundsatz der Rechtsmässigkeit im preussischen Kommunalabgabenrechte*, pg. 152 n. 6. RÜMELIN, *op. cit.* (§ 83 n.2), pgs. 14 ss. DIEHL, *Diktatur des Proletariats* (§ 48 n. 3), pg. 94.—HASSE, *Der kommunistische Gedanke*, 1919. HAMANN, *Die kommunistische Gesellschaft*, 1919.—LADENDORF, *Historisches Schlagwörterbuch*, 1906, pgs. 93 s.—HIS, *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechtes*, I, 1920, pg. 321.

(9) «¡Ninguno sea igual al otro y sean todos iguales al más alto! ¿Cómo conseguir esto? ¡Siendo cada cual perfecto *er sit!*» SCHILLER. *Votiftafeln*.

normas materiales concretas se sustraiga por entero a las condicionalidades históricas (10).

5.º El *carácter absoluto*, que en el fondo aspira a poseer también el postulado de la *igualdad*, no puede afectar, por tanto, a individualidades personales ni a Derechos determinados. Ese postulado se basa evidentemente en la creencia de que hay una noción central y armónica inherente a todos los fines. Lo único que tienen de común es la noción de la *dignidad humana*, en el sentido de que el hombre es un *fin en sí*, la cualidad de seres que deben acomodar sus aspiraciones a la idea de la *pureza de voluntad*.

Es, pues, nota común a los hombres todos el deber de abrigar una voluntad *intrínsecamente legítima*, de encauzar legítimamente *sus deseos y sus intenciones*. En cuanto a *este deber*, todos los hombres son iguales. Y es un deber que pesa sobre cada cual, sin que tenga que mirar a que los demás lo sigan también y lo acaten; todos estamos obligados a ser *interiormente buenos*, cualquiera que sea la conducta de nuestros semejantes.

Y *ante Dios todos los hombres son iguales*. Cada individuo comparece por su cuenta ante la noción de lo absoluto. La *imperfección humana* se puede mostrar de muy diversos modos; lo único que aquí nos interesa es saber que todos los hombres son *igualmente imperfectos* ante la santidad divina.

Del mismo modo en la *vida social* la «igualdad» de todos los hombres a que se aspira no puede tener más finalidad que la de hacer que prevalezca siempre y donde quiera la *noción del Derecho* y la de ajustarse a ella «por igual» en cuanto a su *concepto y su idea*, evitando la *arbitrariedad* y haciendo que se vea en todo hombre un *fin en sí*, cualesquiera que sean las relaciones en que coopere. En este sentido, pero sólo en este sentido, tiene significación esencial y legítima la expresión de la «igualdad de todos ante la ley» formulada entre los «derechos fundamentales» por algunas Constituciones modernas (11).

(10) V. § 4: Imposibilidad de un Derecho ideal. Cfr. § 15. HUBER, *Realien* (§ 53 n. 5). El MISMO, *Recht und Rechtsverwirklichung* (§ 6 n. 1), pgs. 56 ss.

(11) *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art. 1: «*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.*» JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrecht* (§ 95 n. 6).—Cod. gen. p. 1. Est. prus. Intr., §§ 22; 80, II,

6.º Finalmente, hay que hacer notar que la expresión general de la «igualdad ante la ley» se ha formulado también como grito político con referencia a problemas de Derecho *técnicamente concretos*. Se halla esto en relación con la clasificación de una colectividad jurídica en varias clases *con arreglo a normas jurídicas técnicamente formadas*. La división de un pueblo en diferentes grupos o categorías no es de por sí *nada reprobable*. Es de todo punto inevitable que por razón del trabajo en común o por la identidad de otras condiciones de existencia se formen diversos grupos de población con cohesión propia, y es también natural que ello dé lugar a ciertas diferencias de alcance relativo en la historia social. El problema consiste simplemente en saber si la justa distribución de una sociedad en diferentes grupos y clases se debe verificar mediante preceptos *jurídicos* o por medio de normas *convencionales*. Los primeros imponen una coacción más marcada y son una traba para el libre desenvolvimiento de la sociedad, y por esta razón habrá que estimar que las normas constitucionales de los tiempos modernos que prohíben la formación de clases por vía jurídica entre los que se hallan regidos por el mismo Derecho son las más de las veces relativamente justas.

Desde luego se comprende que *esta* «igualdad ante la ley» no es más que una *aplicación práctica* de la idea de la *justicia* bajo circunstancias históricas dadas, pero no una expresión de esta misma idea (12).

II.—Política práctica.

172.—CONDICIONALIDAD DE LAS MEDIDAS POLÍTICAS.

Toda actuación política se basa en *circunstancias históricamente concretas* y tiene que partir de ellas. La materia para su labor la tiene que tomar de una situación dada y su misión se reduce a

13, §§ 17 s.; 14, § 77. Const. de Prus. de 31. 1. 1850, art. 4. Const. Suiza, art. 4. Nueva Const. al. de 11 8-1919, art. 109.—Sobre bibl. y jurisprud. acerca de este punto v. § 152.—V., además, sobre la igualdad entre los pueblos DICKINSON, *The equality of states in international law*, Cambridge, 1920.

(12) «En vez de aspirar a lo más grande, el hombre envidia solamente a su igual; la peor envidia del mundo es la que el hombre siente hacia su igual.» GOETHE, *Epigrammatisch, Egalité* (ed. Cotta, II, pg. 255).—TATARIN-TARNHEYDEN, *Die Berufstän-*

mejorar esta situación *en algunos puntos aislados*. Para ello se le ofrecerán diversas posibilidades prácticas *a base de las circunstancias concretas existentes*. Al elegir entre ellas deberá acomodarse a la *idea* de una comunidad *pura*, dando la preferencia a aquella aspiración que mejor se ajuste a este punto de mira ideal. Pero la *idea* de por sí *no tiene virtud creadora*. No cabe derivar de ella las legítimas instituciones o las circunstancias justas a que se aspira. Del mismo modo que no se muestra como algo *concreto* en la realidad sensible, no puede tampoco hacer brotar materialmente el objeto de una *determinada* aspiración (§ 83).

En cuanto a la *política práctica*, se sigue de aquí que *científicamente* no cabe apartarse de las *condicionalidades históricamente dadas* de una vida social. El que crea poderlo hacer se dejará arrastrar por una utopía, que parecerá producto de la libre imaginación, porque en realidad las utopías se hallan también condicionadas históricamente en cuanto pretenden oponerse a las circunstancias establecidas (1). El legislador, por su parte, no puede hacer más que tomar por base de su labor los hechos establecidos, limitándose a corregirlos y a mejorarlos en ciertos aspectos. Su misión consiste en elaborar selectivamente las materias que le ofrece la tradición, debiendo atenerse sobre todo a la naturaleza de los hombres de la esfera social que le está confiada, y los ha de tomar tal como en realidad son, como objeto de su actuación, con sus tradiciones propias y con los fines y los móviles a que dan lugar. De aquí la observación, que casi se puede demostrar experimentalmente, de que todos los planes convulsivos de revolucionar de una manera relativamente profunda la sociedad, no tardan en estrellarse

de, ihre Stellung im Staatsrecht und die deutsche Wirtschaftsverfassung, 1922.

(1) V. § 53 n. 3.—Cuanto más hondo y radicalmente *pensemos*, cuanto más *claramente* penetremos en la entraña de nuestra vida espiritual, más reacios nos sentiremos en punto a *proyectos prácticos* y con mayor cautela tomaremos las ligerezas y los planes precipitados que se nos ofrezcan (v. también § 173 n. 7 i. f.). Y, por el contrario, podemos observar que esos reformadores y exaltados y esos mesías que niegan el poder de las circunstancias dominantes y de las condicionalidades históricas, son, por lo general, gentes que no han llegado a la médula de sus reflexiones, cuando no terribles confusionarios.

a su debido tiempo, sirviendo sólo para dar mayor pábulo al estado de cosas que pretendían combatir (2).

El político práctico se halla, pues, inevitablemente bajo el imperio de las circunstancias históricas, y éstas, a su vez, sujetas a un cambio constante. Tanto por lo que se refiere a las condiciones de vida material, a las posibilidades y aptitudes tecnológicas, como al régimen de vida entre otros hombres y otros pueblos. Pero las que sobre todo cambian, en relación con lo que acabamos de decir, son las cualidades y aspiraciones de los hombres de cuya dirección política se trata. La pretendida existencia de razas, con sus características perfectamente definidas, no contradice a esto (3).

De aquí que sea una parte esencial de *toda* actuación *política* el preocuparse sistemáticamente y velar por desenvolver en los pueblos estas cualidades del espíritu, que constituirán luego *la materia condicionada* para futuras medidas. Al campo de la *política* pertenece la *pedagogía social*, en que nos detendremos aquí sólo lo necesario para ver cómo se articula metódicamente con el conjunto de la vida social (4). Son dos aspectos los que tenemos que

(2) V. sobre esto §§ 16 y 53. HUBER (§ 171 n. 10), *Realien*, pgs. 39 ss.; *Rechtsverwirklichung*, pgs. 325 ss. STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (§ 15 n. 13), pgs. 130 ss. LIEBERT, *op. cit.* (§ 144 n. 5), pgs. 59 ss., esp. pgs. 67 y 72.

(3) KANT, *Von den verschiedenen Rassen der Menschen*, 1775. EL MISMO, *Bestimmung des Begriffes einer Menschenrasse*; 1785. EL MISMO, *Über dem theologischen Prinzipien in der Philosophie*, 1788. EL MISMO, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, 1798, pgs. 320 s. y 331. HUGO, §§ 51, 58 y 169. PESCHEL, *Völkerkunde*, 1847 (reed. varias veces). CHAMBERLAIN, *Die Grundlagen des 10. Jahrhunderts*, 1889 (8.^a ed. 1907). *Verhandlungen des deutschen Soziologentages*, 1910, pgs. 111 ss., 1912, pgs. 98 ss. KOHLENBECK, *Rasse und Volkstum. Politische Ergebnisse der Rassenforschung*, 1905. SCHALLMEYER, *Rassenprobleme*, en *Zeitschr. f. Pol.*, 7, pgs. 412 ss.—Cfr. también § 14.

(4) K. FISCHER, *Grundzüge einer Sozialpädagogik und Sozialpolitik*, 1892. NATORP, *Sozialpädagogik. Theorie der Willenserziehung auf der Grundlage der Gemeinschaft*, 1899 (4.^a ed. 1820). EL MISMO, *Gesammelte Abhandlungen zur Sozialpädagogik*, 1907. SCHUBERSOLDERN, *Die menschliche Erziehung. Versuch einer theoretischen Grundlegung der Pädagogik*, 1905. SCHNEIDER, *Volksbildung und Sozialwirtschaft*, en *Zeitschr. f. Staatswiss.*, 1905, pgs. 111 s. EL MISMO, *Literatur zur Volksbildungsfrage*, en *Arch. für Soziwiss.*, 21, pgs. 706 ss. GORLAND, *op. cit.* (§ 32 n. 1).

examinar, el de las condicionalidades materiales sobre que descansan y el de las líneas directivas formales, que hacen legítima su labor.

1.º El problema de la *educación* no se debe plantear *aisladamente*. Se halla inseparablemente relacionado con el conjunto de una determinada comunidad social y sujeto a sus peculiares características históricas. Se trata precisamente de orientar por sus debidos cauces los *hechos sociales condicionados* en su cambio constante: por eso no se puede prescindir de *las condicionalidades concretas* al organizar la enseñanza, en cuanto a sus instituciones y a sus miras internas (5).

2.º Las *líneas directivas* a que *en absoluto* se deberá sujetar toda *pedagogía social* que se armonice con *el conjunto* de las condicionalidades históricas dadas, no pueden ser otras, evidentemente, que las que presiden a toda *política científicamente encauzada*. Y esto, tanto en cuanto al *concepto* como en cuanto a la *idea del Derecho*.

a) Si se trata de educar los hombres para hacer de ellos *personalidades de espíritu libre* no quiere esto decir que *en lo exterior* no hayan de depender los unos de los otros. Cuantas medidas de educación se adopten se hallarán siempre condicionadas por *el Derecho*, que es en sí absolutamente legítimo (§ 107). No tendría sentido aspirar a una regulación *jurídica* en que cada hombre fuese totalmente *independiente* frente a los demás (§ 84, 2.º). El simple peso de la coacción de unos hombres sobre otros no basta para declarar *fundamentalmente ilegítimo* un estado social. Para esto es necesario demostrar que se aparta esencialmente de las orientaciones del *ideal social*.

b) No hay una *idea* concreta de la *pedagogía social*. También la *educación* se halla sujeta como a su pauta suprema a la *idea de la pureza de voluntad* (§ 80) en su aplicación a la *vida social*

(5) El que proceda de otro modo y construya un plan de enseñanza como el que plantea una nueva partida de ajedrez, no se hallará, claro está, libre de las influencias de las tradiciones y los hechos históricos, ni se sobrepondrá a ellas, porque esto es sencillamente *imposible*; pero por falta de una *visión de conjunto* de la situación y por su limitación a un problema político *concreto* logrará llevar la confusión a cuantos le sigan, con sus planes y sus ocurrencias personales, y sólo encontrará en su camino resistencias y obstáculos.

(§ 85). Así, por lo que se refiere, en primer término, al régimen a que se ha de someter *cada* discípulo y escolar, juzgando y desenvolviendo sus aptitudes *técnicas* y orientándole y encauzándole luego en general para desenvolver su capacidad propia en el sentido de lo *justo* (6). Y en segundo término, en cuanto a los establecimientos de enseñanza y a su debida elección, deberá procurarse, a base de las circunstancias históricas materiales (*supra*, 1.º), por infundir cada vez más intensamente en *el conjunto* de la vida social a través de sus miembros el carácter *formal* de lo fundamentalmente justo.

173.—LOS MEDIOS DE LA ACTUACIÓN POLÍTICA.

Sólo se pueden crear *buenos estados sociales* (§ 169) haciendo que la voluntad de los hombres de que se trata *se oriente en un sentido justo*. Los medios de la *política* consistirán, pues, en *influir* en los individuos jurídicamente vinculados para encauzarlos en la dirección del ideal social (1). No se debe tomar a la letra la afirmación de los que sostienen que la política, más que influir sobre *hombres*, consiste en administrar *cosas* y en regir y dirigir la *producción* (2), pues en la *vida social* no cabe hacer esto sin actuar sobre la voluntad de los individuos jurídicamente vinculados (3).

Sobre los medios que de este modo se le ofrecen a la política práctica haremos notar lo siguiente:

(6) Se preguntará muchas veces el maestro: *¿a qué* me he de atener para juzgar si debo pasar a un chico a un grupo superior? La respuesta a esto se desprende de los dos puntos de vista indicados en el texto, el técnico y el ideal. Poniendo en relación estos dos aspectos tenemos el concepto del «hombre de talento», de que tanto se habla. Pero cuando se dice que al «talento» se debe dejar «*via libre*», no se debe entender sólo el «talento» *técnico*, el de aquellos cuyas aptitudes se limitan a materias *concretas*, sino el que se extiende a *toda* la personalidad (§§ 99, 3.º).

(1) No se puede decir ciertamente que la política sea poder, pero sí que *necesita de poder*, para hacer respetar el Derecho en el interior y en el exterior de la comunidad. §§ 71, 93, 2.º; 168 n. 13.

(2) ENGELS, *V. d. Utopie sur Wissenschaft* (§ 17 n. 2), pg. 43. Seguido por CUNOW en *Neue Zeit*, 37, 1, pgs. 217 ss. ELLINGER, *ibid.* 37, 2, pgs. 243 ss.

(3) STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (§ 15 n. 13), pgs. 67 ss., 141 ss.

1.º Se puede influir para lograr un régimen *justo* de cooperación mediante una *enseñanza* debidamente organizada y mediante *medidas* vinculatorias concretas. La primera no es propiamente incumbencia del político en función de legislador. Lo único que puede hacer es favorecer la legítima enseñanza. Su verdadera misión es la de actuar por medio de estímulos y coacciones sobre los miembros de la comunidad jurídica, moviéndoles a que contribuyan, cada cual con sus *mejores fuerzas*, a la vida social; sólo así se podrá encauzar la recíproca vinculación de los fines humanos en el sentido de la *comunidad pura* (4).

Y es evidente que el legislador sólo tiene que contar con una clase concreta de hombres y con aspiraciones también condicionadas. Los medios que aplique tendrán, pues, que ser asimismo de carácter condicionado y concreto, ofreciendo, en perspectiva ciertas ventajas o conminando con ciertos perjuicios si no basta apelar a la justa voluntad de los individuos vinculados para regir de modo fundamentalmente legítimo el conjunto de la vida social (5).

2.º Será necesario, por tanto, acudir a la *psicología práctica* puesta al servicio de la política. Pero téngase presente que se trata de una serie de reglas de buen sentido, de relativo valor y alcance, y no de un sistema de normas científicamente exactas.

Y no se evitará fundamentalmente eso estudiando la *psicología de las masas*. La base material de muchas investigaciones sociales es *demasiado compleja* para esto. No se puede mirar a lo futuro, como hay que hacerlo en estos casos, con la seguridad matemática y el método experimental del naturalista. Sólo cabe una especie de predicción profética de cómo se han de desenvolver en lo futuro verosímilmente las consecuencias de las medidas adoptadas (6).

(4) En la práctica de la vida a todo hombre se le plantea el problema de armonizar la paz de su vida interior con la noción de la comunidad. Pero la paz interior sólo el individuo se la puede conquistar. La legislación la podrá dificultar por torpeza, pero no es capaz de darla ni de quitarla; y lo único que está a su alcance para ayudar a lograrla es el facilitar las condiciones materiales. No hay que *exagerar* en este respecto los beneficios de la «organización».

(5) El primero que expone esto insuperablemente es HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung* (§ 6 n. 1), pgs. 359 ss. Cfr. *supra*, § 171 n. 4.

(6) § 74, esp. ns. 5 y 875; v., además, §§ 62 ss.

3.º Dada esta inseguridad habrá que reconocer honradamente en muchos casos que sólo se trata de tendencias y de corrientes *subjetivas*, no de aspiraciones *objetivas* y *científicamente* basadas (7). Esto es precisamente lo que justifica la existencia de una política defensiva y conservadora frente a planes y proyectos demasiado precipitados (§ 172 n. 1). Pues la carga de la prueba tiene que pesar, naturalmente, sobre aquél que aspira a transformar lo establecido (8).

Y la prueba esa necesaria no se deberá reducir a hacer ver que el orden jurídico existente es *imperfecto* o hasta *injusto*. La perfección no se puede alcanzar nunca en lo humano y la injusticia es muchas veces inevitable en circunstancias dadas. Para demostrar *científicamente* la legitimidad de un movimiento de transformación

(7) En estos casos la reflexión crítica sólo tendrá aparentemente una utilidad negativa, sirviendo simplemente para demostrar que *no* cabe llegar a una conclusión *científica* sobre la cuestión de que se trate. Pero esto puede prevenirnos contra muchos errores fatales. Nos viene al recuerdo la comparación que en análogo sentido hace KANT en el Prólogo a su *Crítica de la razón pura* (2.ª ed.) p. XXV: «Negar una utilidad *positiva* a este servicio que la crítica nos presta equivaldría a decir que la policía no tiene ninguna utilidad positiva porque su principal misión sea la de poner coto a las violencias que los ciudadanos tienen que temer de sus conciudadanos, para que cada cual se pueda dedicar tranquila y seguramente a sus negocios.»

(8) No se trata sencillamente de dos pareceres doctrinales opuestos, los dos igualmente legítimos, sin que el uno pueda invocar ante el otro una prelación decisiva por el solo hecho de ser más antiguo. De lo que se trata es de la alteración de un Derecho *vigente* (§ 67). Y siempre que una vinculación jurídica se halla en vigor, su alteración provoca inevitablemente ciertos *daños* y *destruye* ciertos valores. Al extinguirse o transformarse las relaciones jurídicas existentes no pueden por menos de producirse en la vida jurídica *pérdidas* y *perjuicios*. Es imposible sobre todo que en la vida social se le atribuyan a uno determinados derechos sin *privar* de ellos a otro. No ocurre eso cuando se trata del conflicto entre dos doctrinas simplemente. Al destruir la doctrina dominante a nadie se le causa *daño*; lo único que puede ocurrir es que se salga *ganando*. Esta es la razón en virtud de la cual el que aspira a llevar a efecto una *transformación jurídica* viene obligado a *demonstrar* que los *perjuicios* que se van a producir en el orden social existente se hallan metódicamente justificados desde un punto de vista *científico*.

hay que probar además de un modo *positivo* que las medidas que se propugnan habrían de traer *con bastante seguridad* un progreso en el sentido de la comunidad pura, dentro de las circunstancias sociales en cuestión.

4.º Las múltiples posibilidades que se le ofrecen al político en la práctica como medios para su actuación no se pueden describir *en términos absolutos* por el carácter concreto que implican. Sólo de un modo *relativo* cabe distinguir el medio *inmediato* de la coacción de otros modos *indirectos* de influir en los hombres; y la *libre* actuación del individuo en la vida *social* tiene que mantenerse siempre dentro de los límites *relativos*. Por eso es un *problema concreto*, que habrá que examinar en cada caso, el de saber si en determinadas circunstancias históricas se ha de emplear como medio preferente el de una amplia *libertad* económica o se ha de proceder más bien mediante una *presión directa* sobre los individuos. Aunque claro que la aspiración de todo hombre a regir *libremente* sus actos se debe anteponer en lo posible a un régimen basado en la coacción *inmediata* del poder central. Que el *régimen económico coactivo* centralizado con arreglo a un plan, al que se da el nombre de «socialismo», sea en todo caso el único y *exclusivo* medio apropiado para la consecución de una *justa* vida social, es una afirmación que nadie ha demostrado ni podrá demostrar (9).

(9) Hasta hoy, bajo las circunstancias que constituyen la base material de los tiempos modernos, más bien está demostrado hasta cierto punto lo contrario. Está visto que un *régimen económico coactivo*, lo más radical posible, con la presión de un *plan exclusivista*, no despierta ni alienta en el hombre las *buenas* cualidades, sino todo lo contrario. Aparte de sus imperfecciones *técnicas*, ese régimen iría en detrimento de la «moral», entendida esta palabra en su sentido más lato. La vida interior del hombre no sería mejor ni más rica ni progresaría, antes bien retrocedería, la tendencia a la objetividad y a la justicia en la convivencia y cooperación. Así, pues, el *socialismo*, como *régimen económico centralizado*, no ha demostrado ser un *buen* medio. Y ya hemos demostrado más atrás, § 57 n. 6, que en todo caso se trata de un medio *relativo*, no de la expresión de la *ley última* de la vida social. Y también hemos dicho que no cabe basar estas doctrinas en los principios científicamente falsos del *materialismo* (v. § 17). Los socialistas modernos, que intentan dar un fundamento «ético» a sus limitadas aspiraciones económico-sociales, van a parar de nuevo al *eudemonismo*, con su postulado de *igualdad cuantitativa*. Si la explotación de una fá-

174.—LOS PARTIDOS POLÍTICOS.

Un *partido* es la agrupación de miembros de una comunidad jurídica para gestionar los intereses de ésta. La finalidad de un *partido* se extiende, pues, a los problemas que afectan a la *comunidad toda*. Y esta determinación del concepto de «partido» nada tiene que ver con el régimen de organización que se adopte. Y es asimismo indiferente a este respecto el que en su seno se reciba a todo el que lo desee, mediante ciertos requisitos generales, y el que pueda decretarse la exclusión de un miembro aun en contra de su voluntad.

La *comunidad jurídica* a cuyos intereses se dirigen los esfuerzos de un *partido* puede ser *jurídicamente soberana* o hallarse sometida a un Derecho superior. En el primer caso, el *partido* será «político», en el sentido estricto de esta palabra (1). Por su *contenido* las aspiraciones de partido se distinguirán ordinariamente según que luchen por transformar o por mantener el orden jurídico dominante; pero cabe también que recaigan sobre el modo de aplicar el Derecho vigente representando opiniones divergentes sobre este punto.

De interés general es el problema que se refiere a la *noción fundamental* de los partidos políticos. Por esencia todo partido político tiende a dar una cierta estructura al orden jurídico en conjunto; así, pues, para llegar a una conclusión cualquiera sobre la *fundamental* justificación de sus aspiraciones habrá que ver cuál

brica o de otra empresa cualquiera se ha de organizar dando facultades de dirección y participación a éstos o aquéllos no es un problema que afecte a la Filosofía del Derecho, ni al campo de los principios. Pero si la *igualdad material* que el socialismo y el comunismo proclaman se eleva a *ley suprema*—y no como una simple *reivindicación concreta* en sentido técnico y con un alcance relativo y eventual—se cae irremisiblemente en las redes del *eudemonismo*. V. sobre esto más ampliamente *supra*, § 57, esp. n. 6, y § 171: la igualdad y la justicia.

(1) Este es ordinariamente el sentido de la palabra «político» o «político-social» en las leyes modernas. V., por ej., Cód. civ. al., §§ 43 y 61. Nueva Const. al., art. 124. W. CALKER, *Der Begriff des politischen Vereins im Sinne des RVerainsG.* V. 19, 4, 1908, en *Zeitschr. f. pol.*, III, pgs. 284 ss. Sobre el concepto de «clase» v. § 63 n. 3 s.

es su concepción sobre la misión del Derecho en general. Todo partido necesita una base *filosófico-jurídica*, pues cuantos *finés concretos* persiga, haciendo de ellos el criterio determinante de unión de sus secuaces, nos harán remontarnos si examinamos su *legitimidad* a los *conceptos fundamentales absolutos* que afectan a todo Derecho. Podrán, por tanto, existir tantos *partidos políticos* como *teorías políticas* fundamentales se puedan construir (2).

Si, por consiguiente, dejamos a un lado las doctrinas *anarquistas* que *niegan* en absoluto la *legitimidad del Derecho* (§ 103), podemos dividir todos los partidos políticos concebibles en dos grupos, según que se acojan a la concepción *materialista* del Derecho o a la *idealista*. La primera sólo admite como criterio *supremo* de reflexión la consideración *causal* sobre la *génesis* de las aspiraciones jurídicas, entendiendo que un «movimiento» provocado por estas aspiraciones es *legítimo* cuando *surge* y *se desenvuelve* mediante un proceso natural y como tal necesario (§ 17). La concepción *idealista*, en cambio, se sobrepone al *simple* punto de vista *genético* y entra a analizar mediante un método *sistemático* el Derecho que por el curso natural de las cosas se manifiesta en el seno de una determinada vida social.

Ahora bien, si examinamos la noción fundamental inherente a todos los partidos de esta segunda tendencia y que decide de su formación, veremos que tiene que ser necesariamente *una* y *la misma* en todos ellos *si se sabe investigar hasta llegar al fondo de su concepción*. Todos ellos se mueven *en último término* por el mismo punto de mira ideal de la comunidad pura. Así se infiere

(2) STAHL, *Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche*. 29 *akademische Vorlesungen*, 1863. SOHM, *Die Grundsätze unserer Zeit*, 1883. LAGARDE, *Programm für die konservative Partei Preussens*, 1884. STILLICH, *Die Politischen Parteien in Deutschland*, 1908. LEDERER, *Das ökonomische Element und die politische Idee in modernen Parteienwesen*, en *Zeitschr. f. Polit. V.* pgs. 535 ss. V. D. PORDTEN, *Zur Philosophie der politischen Parteien*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* 8, pgs. 159 ss.; 383 ss. SEVIN, *Die Elemente der Parteibildungen in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, 1920. BRUNSTADT, *Die Staatsideen der politischen Parteien* (2.^a ed., 1920). SULZBACH, *Die Grundlagen der politischen Parteibildung*, 1921.

del análisis crítico en que se basa científicamente *la idea del Derecho* (§ 92) (3).

Se deduce de aquí que todas las divergencias materiales de opinión que puedan mediar entre *estos últimos* partidos políticos sólo afectan a los *medios condicionados* que en determinadas circunstancias históricas se hayan de poner al servicio de la *idea del Derecho*. No se trata de partidos separados por un modo contrario de concebir *el punto de mira supremo*, sino de variante: dentro de una misma dirección. Tienen de común la fundamenta. noción *del ideal social*—aunque acaso implícitamente y sin que ellos mismos se aperciban—y se distinguen por el *diferente empleo* que dan a esa idea central en cada caso concreto.

Los partidos políticos se sirven de los «programas» como de medios auxiliares. Son aspiraciones articuladas, cuya consecución para lo futuro se propone el partido. Esas formulaciones participan de la suerte común de todas las normas articuladas: son necesariamente imperfectas por la condicionalidad material de su contenido, se hallan sujetas a los cambios del tiempo y dejan de ser justas pasada su hora. Ofrecen la ventaja de que al plantearse nuevos problemas le permiten al que haya de juzgar hacer pie más rápidamente y de un modo provisional en las normas generales que formulan; en cambio, son peligrosas porque tienen siempre la tendencia a pasar por instancia *absoluta* y *suprema* de juicio, cuando en realidad se deben someter en todo instante a lo que determine *la idea del Derecho*.

(3) De aquí el siguiente esquema:

A. Materialismo—simple génesis causal en cuanto a la materia y su dinámica (§ 58, ns. 2 y 3).

B. Estudio científico de los fines.

1.º Empirismo—simples fines concretos (§ 18).

2.º Noción central armónica que abarca los fines todos.

a) Subjetivismo—el yo empírico elevado a suprema ley (§ 97), construido de un modo especial como eudemonismo—, la aspiración a la mayor suma posible de goces y placeres elevada a norma suprema (§ 93, 2.º).

b) Objetividad—aspiración a lo fundamentalmente justo, ordenación de lo concreto con arreglo a una pauta de unidad absoluta, el punto de mira de la idea de la perfecta armonía entre todos los hechos concebibles de la vida: *idealismo* (§§ 79 ss.).

SECCIÓN QUINTA

EL PROGRESO HISTÓRICO

I.—La Historia.

175.—CARÁCTER DEL PROGRESO HISTÓRICO.

La vida *social* humana se halla sujeta, *en cuanto a su materia*, a una incesante transformación, siempre *lógicamente* condicionada por un *determinado Derecho*, cuya oscilante actuación y cuyo contenido constantemente mudable representa. De aquí la necesidad de una *teoría* de las transformaciones históricas. La Historia constituye de por sí un *objeto peculiar* de análisis crítico. Veamos, pues, cuáles son los métodos condicionantes que permiten reducir a una *unidad* conceptual la materia de las transformaciones históricas (1).

Estos métodos generales de que se sirve el historiador en sus investigaciones persiguen dos diferentes finalidades. En primer lugar, hay que ordenar y dominar metódicamente, en cuanto tiene *de concreto*, la copiosa materia del acaecer social en flujo incesante. Y después hay que reducir a *unidad la totalidad* de esta materia concreta de la Historia, ya metódicamente determinada.

Los métodos científicos de las *investigaciones históricas concretas* se caracterizan por una triple peculiaridad:

1.º Por el carácter *teleológico* propio de la *historia social*.

Esta se halla lógicamente condicionada, como se acaba de repetir, por el concepto *del Derecho* (§ 35). El *Derecho* es una modalidad de la *voluntad* humana (§ 30). Todo acontecimiento jurídico histórico es necesariamente, *en cuanto a su contenido*, obra de la voluntad, habrá constituido un *fin de aspiraciones* precedentes y es un *medio* para *finés* futuros, a cuyo servicio se halla.

Tan pronto como en la realidad *sensible* se manifiesta una *aspi-*

ración humana condicionada por la noción de lo *jurídico*, se puede perfectamente investigar en la relación de *causa a efecto*, por lo que respecta a la *materia* sobre que descansa. Pero tratándose de hechos de la *historia social*, esto nos servirá a lo más para desentrañar los motivos *fisiológicos* que hayan determinado la conducta de determinados hombres (§ 28); y no es eso precisamente lo que se quiere averiguar en una investigación *histórica* (2).

Queda, pues, demostrado que la *historia social* es una historia de *finés y medios*. Toda su significación consiste en ser una consecuencia de las *aspiraciones humanas* (3).

2.º Por el carácter *analítico* propio de la *historia social*.

La *historia* no existe *de por sí*, sino que es siempre una «*historia de algo*». La investigación *histórica* afecta siempre a la *génesis* de cosas cuya existencia misma se da por supuesta. Cuando se habla de «*historia*» sin adjetivar se alude ordinariamente a la *historia social*. Y el fundamento inmovible de la existencia *social jurídicamente* regulada es, en efecto, la condición sin la cual no podría existir una *cultura* humana, entendiendo por tal la aspiración hacia la *verdad* y la *justicia* (§ 93, 4.º) (4).

(2) GOTTL, *Die Grenzen der Geschichte*, 1904. JAEGER, *Die Entdeckung naturgesetzlicher Bestimmtheiten in der Geschichte des menschengeschlechts*, en *Internat. Wochenschr.*, III, pgs. 1145 ss.; 1185 ss. BAESCH, *Über historische Kausalität*, en *Kant-Studien*, 13, pgs. 18 ss. TROELTSCH, *Die Dynamik der Geschichte nach der Geschichtsschreibung des Positivismus*, en *Erg.—Hefte der Kant—Studien*, n. 23, 1919.

(3) Cfr. ED. MEYER, *op. cit.* (n. 1), pg. 40 n. 1. *TR.*, IX, 3, pgs. 759 ss.

(4) La palabra «*historia*» tiene dos significados. En primer lugar, significa un modo de concebir la génesis de ciertos fenómenos, analizando sus transformaciones accidentales en el curso de la *historia*. En este sentido se emplea sobre todo la palabra «*historia*». Cfr. en cuanto a la distinción del punto de vista *genético* y el *sistemático*, §§ 22 n. 5 y 55 n. 3.—En segundo término, se entiende por «*historia*» un objeto propio de investigación: la historia de la humanidad (§ 177). Para esto se necesita que haya un terreno común en que se den todas las manifestaciones concretas, tanto las ciencias naturales, el arte, la religión, como los fines de carácter «*ético*». Este terreno común es la *cooperación*; en este sentido, se puede decir que lo que se llama la historia *de la humanidad*, como objeto peculiar de investigación, no es otra cosa que la *historia social*. *TR.*, IX, 4, pgs. 766 ss.

(1) PFLUGK-HARTUNG, *Geschichtsforschung- und Schreibung*, en *Beil. z. Allg. Zeit.*, 1888, n. 295. BARTH, *Fragen der Geschichtswissenschaft*, en *Viert. Jahr. Schr. f. wiss. Philos.*, 23, pgs. 323 ss.; 24, pgs. 69 ss. BERNHEIM, *Lehrbuch der historischen Methode* (5.ª y 6.ª ed.), 1908. ED. MEYER, *Zur Theorie und Methodik der Geschichte*, 1902. STERNBERG, *Zur Logik der Geschichtswissenschaft*, en *Philos. Vortr. d. Kant-Ges.*, n. 7, 1914. BRAUN, *Geschichtliche Bildung und ethische Werte*, 1921.

Objeto de la historia del Derecho son las normas y las instituciones *concretas* del Derecho estatuido. Por el contrario, *las formas absolutas* de los conceptos y los juicios jurídicos son permanentes e inmutables *en cuanto a su alcance* y no pueden hallarse sujetas lógicamente a cambios históricos.

Debe tenerse presente, sin embargo, que aun las manifestaciones concretas son en su génesis histórica inherentes a un objeto sistemáticamente invariable, *cuyas vicisitudes históricas se trata de seguir* (§ 22).

Así, pues, puede decirse que todo estudio *histórico* es un *análisis* de un estudio *sistemático* en sentido retroactivo dentro del tiempo. El estudio *sistemático* es la condición *lógica* para la investigación *analítica de la historia*, que viene a completarlo y quizá a aclararlo plenamente (§ 176).

3.º Por el carácter *experimental* propio de la historia *social*.

Toda investigación *histórica* consiste necesariamente en una *comparación*. Lo que importa es la *conexión histórica* de una determinada aspiración con las consecuencias que de ella se siguen; y queda dicho con esto que se han de poner en relación entre sí las diferentes conclusiones concretas a que se llegue.

El problema, tantas veces debatido, de si la misión del historiador es descubrir *detalles* o definir *tipos*, no tiene aquí una importancia *fundamental*. El límite que separa los *acacimientos aislados* y los *fenómenos de masa* no es fijo. Una manifestación *completamente* aislada de personas o hechos no puede naturalmente tener ningún interés; pero tampoco puede ser lo decisivo una *simple* investigación *cuantitativa* y no se ve por qué se ha de *eliminar* sin más de la *historia social* un acontecimiento que sea importante *por su carácter*, como puede ser sobre todo la *actuación* de una poderosa personalidad (5).

(5) LAMPRECHT, *Die geschichtswissenschaftlichen Probleme der Gegenwart*, en *Zukunft* de 7 y 14 nov. 1896. EL MISMO, *Die historische Methode des Herrn von Below*, 1899. EL MISMO, *Moderne Geschichtswissenschaft*. 5 Vorträge, 1905. BELOW, *Die neue historische Methode*, en *Histor Zeitschr* 81, páginas 193 ss. EL MISMO, *Die Entstehung des modernen Kapitalismus*, en *Histor Zeitschr.*, 91, pgs. 432 ss. EL MISMO, *Zur Würdigung der historischen Schule in der Nationalökonomie*, en *Zeitschr. f. Soz. Wiss.* VII, pgs. 145 ss. EL MISMO, *Die deutsche Geschichtsschreibung von den Befreiungskriegen bis*

Es fundamental, en cambio, en cuanto al método de las investigaciones históricas el saber mediante qué proceso conceptual ha de tener lugar siempre el estudio del pasado *a base de las fuentes*. ¿Cómo procede propiamente el historiador al examinar las fuentes: se adelanta sin más a construir sobre estas fuentes concretas una cierta imagen de conjunto de la que antes no tenía noción, o arranca, por el contrario, de esta imagen para contrastarla en sus investigaciones sobre las fuentes? Es evidente que esta segunda alternativa es la única que refleja exactamente el verdadero método del historiador.

Pero adviértase que no se trata de cumplir una «aspiración» del historiador, sino de esclarecer críticamente lo que—quizá sin clara conciencia de ello—se piensa y concibe. El historiador no puede hacer más que representarse una imagen aproximada del estado social de una cierta época, atendiendo simplemente a las tradiciones generales, para examinarla luego críticamente a base de los escritos originales de la época y de otras fuentes de conocimiento. No sería posible siquiera llegar a comprender en su verdadero sentido las obras de un escritor del pasado sin penetrar con él en la marcha general de su tiempo. Y así como, en último término, toda la investigación de las ciencias naturales se basa en la *experimentación* y no se construye en el aire, así también la investigación *histórica* tiene que proponerse necesariamente un plan para ver luego, mediante sabias reflexiones, si es acertado y se ajusta a la realidad (6).

176.—LA HISTORIA, MAESTRA DE LA VIDA.

El valor y la importancia de las investigaciones *históricas* no se pueden expresar diciendo que la *historia* sea un «fin último». La noción de un *fin último* sólo puede presentarse, como es natural—si la concebimos clara y lógicamente—, *una única vez*. El estudio de la historia social no es más que una manifestación concre-

zu unseren Tagen, 1916. EL MISMO, *Probleme der Wirtschaftsgeschichte*, 1920. ED. MEYER, *op. cit.* (n. 1), pgs. 5 ss. EL MISMO, *Rede zur Gedächtnisfeier des Stifters der Berliner Universität*, 1920.

(6) S. TR., IX, 5, pgs. 770 ss. Este plan lo lleva a cabo de modo admirable ED. MEYER en su *Geschichte des Altertums*, 5 ts., 1884 ss. (cfr. § 10 n. 3).

ta, y, como todo lo *concreto*, se debe reducir armónicamente a la unidad fundamental de ordenación del mundo de nuestros pensamientos (1).

Pero tampoco hay razón para ver en la investigación del pasado un «noble pasatiempo» simplemente. Lejos de esto, tiene una gran importancia, ya que nos ayuda a comprender las manifestaciones de los tiempos posteriores, como no lo podríamos hacer sin acudir a ella. Esta significación de la Historia se muestra en un doble respecto: por una parte, las investigaciones históricas pueden servir para discernir más exactamente el sentido de las instituciones jurídicas y de las circunstancias sociales de tiempos posteriores; y, por otra parte, con la experiencia de lo pasado nos pueden servir, en caso de duda, para orientarnos y marcarnos el camino mejor hacia lo futuro.

1.º Anteriores investigaciones nos han enseñado que el contenido materialmente condicionado de las aspiraciones y, por tanto, del Derecho, y consiguientemente de todo estado social, se remonta siempre *por sus orígenes* a causas que le preceden en la Historia. Es, pues, evidente, por esta razón, que el contenido concreto de un determinado orden jurídico sólo se puede llegar a conocer y a definir exactamente *en su modalidad peculiar* por el estudio de sus orígenes históricos (§§ 51 ss.).

Claro que esto sólo nos puede dar a conocer con precisión lo que *se ha querido realmente* antes. La Historia no nos puede decir jamás si ello era *fundamentalmente legítimo* en su época ni mucho menos si sigue siendo *objetivamente justo* después de cambiar las circunstancias. Para esto necesitamos penetrar en la *idea del Derecho* y juzgar, a tenor de ella, las manifestaciones jurídicas de que se trata.

2.º Más de una vez se ha intentado sacar de la experiencia histórica *enseñanzas provechosas* para lo presente y lo futuro (2).

(1) La expresión de «fin último», a que nos referimos en el texto, quiere decir tanto como *ley suprema*. Y no pudiendo existir más que una única *ley suprema* de la voluntad como *unidad absoluta* de ordenación de todos los fines posibles, no puede haber tampoco, lógicamente, más de un «fin último».

(2) MAQUIAVELO es sobre todo el primero que lo intenta y lo lleva a la práctica de un modo penetrante, tanto en su libro sobre el Príncipe como en los Comentarios a los primeros 10 libros de Tito

Cierto que exactamente la misma situación y el mismo problema no se repiten jamás ni en los individuos ni en los pueblos; se tratará siempre de *analogías* más o menos marcadas. Pero aún así pueden ser de gran utilidad *indirectamente* los conocimientos *históricos*. Una experiencia continuada refuerza la capacidad *psicológica práctica*, tanto por lo que se refiere a las masas como a los individuos. La *psicología* sólo descansa en rigor sobre la reflexiva observación de los hechos reales y su sabia valoración. Sólo una madura experiencia y la capacidad de juicio aguzada por ésta pueden guiar al hombre debidamente a través de los nuevos problemas que la vida plantea sin cesar (3).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que sólo se trata aquí, como tantas otras veces, de resultados *técnicamente concretos*. Para saber si la consecución de esta o aquella mira es algo *fundamentalmente legítimo*, y no un *simple capricho subjetivo*, habrá que someter también el precedente histórico que se tome por modelo a una pauta *absoluta* de juicio.

177.—LA UNIDAD DE LA HISTORIA.

Las características peculiares de la investigación *histórica* dan lugar a un nuevo problema de reflexión crítica. Es el que se refiere al *concepto* de la historia social. ¿*Bajo qué condiciones* cabe reducir a *unidad* la masa inmensa e infinita de los acontecimientos *sociales*? ¿Cómo determinar y definir con un criterio esencial la *unidad «de la historia»*?

Este problema afecta a «la historia» como un todo. No basta reunir una serie de hechos históricos *concretos*. Hay que armonizarlos en la *unidad de una noción fundamental*, sin la cual toda la historia sería un caos, una trama inextricable de acontecimientos desordenados.

Para evitar esto, los historiadores se han puesto muchas veces a investigar la posibilidad de «leyes históricas» (1). Pero claro está

Livio. V. sobre Maquiavelo MOHL, III, pgs. 521 ss. VORLÄNDER, I, pgs. 321 ss. *RSt.*, § 2. RICH. SCHMIDT, *Machiavelli und Michelangelo*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, II, pgs. 101 ss.

(3) V. sobre esto SOMMERLAND, *Wirtschaftsgeschichte und Gegenwart*, 1911. STERN, *Volkskraft und Staatsmacht im Altertum*, 1916, pgs. 5 s.

(1) V. sobre esto la bibl. cit. en § 175.

que toda conclusión concreta que se diga «conforme a ley» presupone la noción general de una *ley última* en la historia. Surge, pues, el problema de determinar y definir con toda precisión en qué sentido es posible en materia histórica una *unidad absoluta de concepción*. Lo que se llama *la ley última de la historia*.

El primer impulso en este sentido lo dieron aquellos historiadores que intentaron poner de relieve los rasgos característicos comunes a vastos períodos de tiempo (2). Se describen largas épocas haciendo resaltar lo que tienen de característico frente a otras etapas de la historia universal. Pero estas caracterizaciones de materia histórica sólo pueden tener lugar dentro de límites *relativos*. Jamás se podrá llegar de este modo a la noción *absoluta* de un punto de mira *incondicionado* que abarque *toda* la historia *concebible*. Y no se podrá porque ese método se halla necesariamente sujeto a las *condicionalidades* de los hechos concretos que se investigan, y los expone sólo desde un punto de vista *relativamente* general, que a su vez es y tiene que ser por fuera *condicionado* y *concreto* (3).

(2) Tal MONTESQUIEU (§ 6 n. 3). También CARLYLE (1795-1881), Sartor resartus, 1835; Los héroes y el culto a los héroes, 1841.—V. también § 74 n. 2.

(3) No basta para evitar esto el intentar dividir la historia universal en diferentes «civilizaciones», como si se sucediesen las unas a las otras, claramente circunscritas en el transcurso de los tiempos. Sobre HEGEL v. *infra*, n. 4. Últimamente, SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes*. 1918. Este libro sólo nos interesa aquí en parte, en cuanto pretende asentar doctrinas *absolutas* sobre la vida social. No nos dice, sin embargo, *qué es* propiamente, para el autor, la «civilización» y *en qué se distingue* una «civilización» de otras (cfr. también § 93, 4.º). En la pg. 80, después de afirmar que la *historia* es «la realización de la civilización posible», dice que semejantes definiciones fundamentales trascienden «en su mayor parte» (?) del campo «de lo decible»; y en la pg. 84 añade que «un proceso genético sólo se puede vivir, sentir, con profundo é inefable (!) intelecto». Esta táctica evasiva quita a la exposición todo sentido e importancia. ¿Cómo piensa el autor que puede demostrar esas tan concisas afirmaciones? No basta remitirse a la «morfología»—entendiendo por esto «todos los modos de comprender el mundo»—, como hace en pg. 144 s. Cfr. SCHOLZ, *Zum Untergang des Abendlandes* (2.ª ed., 1920). ALBERS, *Der Untergang des Abendlandes und der Christ*, 1920. SCHIKOWSKI, *Eine neue Geschichtphilosophie*, en *Neue Zeit*, 38, 2, pgs. 322 ss.

Esas pretendidas *leyes* de la historia universal se tienen que reducir por fuerza a ciertas conclusiones generales basadas en observaciones psicológicas. Y participan de la falta de exactitud de todas esas observaciones, útiles sí como reglas de buen sentido con alcance *limitado*, pero que no pueden resolver el problema a que nos referimos de la *unidad absoluta de concepción* de la historia.

Como base para la investigación de este problema, debemos tener presente que *la historia* de la humanidad es la proyección sucesiva de la *voluntad* humana en el tiempo. Tenemos que ver, pues, cómo podemos reducir *a un todo* y ordenar *unitariamente*, bajo la noción de una fundamental armonía, *todas* las aspiraciones humanas *concebibles* que puedan manifestarse históricamente. No lo lograremos mientras busquemos *el carácter fundamental* de lo histórico en los desenvolvimientos de un proceso *natural* cualquiera. Este método se podrá aplicar cuando más a hechos *concretos* (§ 175, 1.º), pero *la unidad total* de la Historia no se puede concebir a modo de un fenómeno *físico*, como *efecto* concreto de una poderosa *causa*. Tratándose de investigar la sucesión de los *finés* humanos en el tiempo, la ley última que rige la unidad de esa concepción no puede ser otra que *la norma fundamental* propia de los fines mismos. *La ley última de la Historia* consiste, pues, en orientar armónicamente todas las aspiraciones en el sentido de la *idea de una comunidad de hombres de voluntad pura*. Teniendo en cuenta esta pauta fundamental se podrá juzgar de un modo *absolutamente idéntico* de *cuantos* hechos sociales acaezcan. Y de este modo se agrupan todos los acontecimientos históricos concebibles en una *unidad suprema*, que impera sobre todos, siendo por esta significación peculiar suya la única noción condicionante que tiene carácter absoluto para toda la Historia (4).

KRANOLD, *Der Untergang des Abendlandes*, en *Neue Zeit*, 39, 1, pgs. 158 ss. SEEBERG, *Die geistigen Strömungen im Zeitalter Wilhelms II*, en *Wissen und Wehr*, 1920, pgs. 1 ss. STAMMLER, *Die materialistische Geschichtsauffassung*, en *Studien des apol. Sem.* (§ 17 n. 3), pgs. 84 ss. Logos, IX. Jahrg. 2. (Spengler-) Heft, 1921. HAERING, *Die Struktur der Weltgeschichte*, 1921. STANGE, «*Der Untergang des Abendlandes*» von O. Spengler, 1921.

(4) El problema de la *unidad de la Historia* es relativamente reciente. Lo entrevió en 1754 el cronista de Basilea, ISELIN (1729-1782), con su obra *Historia de la Humanidad*, a la que en los

Dos dificultades se pueden presentar al pretender llevar a efecto este método.

En primer lugar hay que saber en qué relación se hallan los factores condicionantes de la *vida social*, de cuyos avances y cambios se tiene que ocupar la Historia, con la historia *de las demás manifestaciones* de la conciencia, con los juicios morales en punto a la pureza interior y con los productos de la ciencia y del arte en sus diversas posibilidades. Se puede evidentemente construir una historia, más o menos detallada, de todas las manifestaciones concretas que forman parte de nuestro patrimonio espiritual. Pero habrá el peligro de perderse en una disgregación sistemática de puntos aislados; para obtener una *visión de conjunto* de la historia humana en aquello que *la condiciona* necesitamos de una base *común*. Y ésta no puede ser otra que la *cooperación* humana, sin la cual no se podrían desenvolver las diferentes capacidades del hombre, que la Historia estudia luego separadamente.

años 1778 ss. hizo seguir, a modo de complemento, las *Efemérides de la Humanidad*. V. también su *Diario de un viaje a París en 1752* (ed. 1919). Pero más bien se trataba de una serie de problemas concretos ingeniosamente tratados, que de desentrañar la verdadera unidad conceptual de toda la historia humana. Un notable avance en este sentido eran las *Ideas para la filosofía de la historia humana*, de HERDER, 1785. Rec. KANT, en *Jenaer Liter. Zeitung*, 1785. La obra se proponía demostrar la naturaleza espiritual del alma humana, su perseverancia en la perfección y sus progresos, por su analogía con los fenómenos naturales de la materia y especialmente con la materia organizada. HERDER, para poder llegar a establecer una gradación jerárquica en el progreso de la Historia, se acoge a la hipótesis de ciertas fuerzas misteriosas que determinan la organización, y eso le impide obtener una clara conclusión de principio. El opúsculo de KANT sobre la *Idea para una Historia univesal con orientación cosmopolita*, 1784, se halla inspirado en un sentido contrario al de la obra de HERDER. Es un bosquejo a grandes rasgos, que proclama como pensamiento central de la evolución humana la tendencia progresiva a la instauración de «una sociedad civil para velar por el Derecho universal». El discurso académico inaugural de SCHILLER «¿Qué significa la historia universal y para qué se estudia?», 1789 (ed. Cotta, 10, pgs. 356 ss.), no se refiere precisamente al problema aquí planteado. V. su monografía *Sobre lo sublime*, 1801 (Cotta, 12, pgs. 281 ss., esp. 295, 2). Posteriormente apareció la *Filosofía de la Historia*, de HEGEL, publicada después de la muerte del filósofo, siguiendo sus lecciones (1.^a ed 1837; 2.^a ed. 1840; 3.^a ed. 1848). V. *RSt.*, § 15, II.

La segunda dificultad a que aludíamos se refiere a la *labor práctica* del historiador y a la importancia que en sí tiene la *unidad de la historia* de que hablamos. Téngase presente que los métodos fundamentales de toda investigación histórica se reducen por el momento al teleológico, analítico y experimental (§ 175). A ellos hay que atenerse para descubrir y exponer *los hechos concretos y definidos* que se presentan en el transcurso del tiempo. Al buscar *el lazo de unión* capaz de hacer *una unidad absoluta* de toda la historia humana es cuando nos encontramos con la noción condicionante de la voluntad *común*, basada en la idea de la *comunidad pura*.

Así, pues, *la unidad de la Historia* no es precisamente un modo unitario *de acaecer los hechos en la realidad*, sino un modo unitario *de ordenarlos y juzgarlos* por parte del que los examina y quiere dominarlos espiritualmente.

Cfr. *supra*. § 15 n. 20. Sobre el materialismo histórico, basado en las doctrinas hegelianas, v. § 17. — APELT, *Epochen der Geschichte der Menschheit*, 1845. BUCKLE, *Geschichte der Zivilisation in England*, 1857. ROCHOLL, *Die Philosophieder Geschichte*, I, 1878; II, 1892. HINNEBERG, *Die philosophischen Grundlagen der Geschichtswissenschaft*, tesis doct. Halle, 1888. TÖNNIES, *Neue re Philosophie der Geschichte: Hegel, Marx, Comte, en Arch. f. Gesch. d. Philos.*, VII, pgs. 486 ss. BARTH, *Philosophie der Geschichte als Soziologie*, 1897 (2.^a ed. 1915). (Rec. LIEBERT, *Aus der Geschichtsphilosophie der Gegenwart, en Kant-Studien*, 22, pgs. 329 ss.) LAWROW, *Historische Briefe*, 1870. RICKERT, *Geschichtsphilosophie*, en *Festschr. f. K. Fischer, Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrh.* 1904 s. (2.^a ed. 1907) (Rec. FRISCHWEISEN-KÖHLER, en *Philos. Wschr.*, 8, pgs. 394 siguientes.) SPRANGER, *Die Grundlagen der Geschichtswissenschaft*, 1905. BREISSIG, *Der Stufenbau und die Gesetze der Weltgeschichte*, 1905. DITTRICH, *Die Grenzen der Geschichte*, 1905. HERZBERG-FRÄNKEL, *Moderne Geschichtsauffassung*, 1906. SIMMEL, *Die Probleme der Geschichtsphilosophie* (3.^a ed. 1997). MUCKLE, *Henri de Saint-Simon*, 1908, esp. pgs. 321 ss. y pasim. LINDNER, *Geschichtsphilosophie* (3.^a ed. 1912). EL MISMO, *Beharrung und Veränderung als geschichtliche Kräfte, en Viert. Schr. f. wiss. Philos.*, 24, pgs. 313 ss. SEEBERG, *Vom Sinn der Weltgeschichte*, 1913. HORBACH, *Die Geschichte der Menschheit*, 1914. GÖRLAND, *Ethik als Kritik der Weltgeschichte*, t. 19 de *Wiss. u. Hypothese*, 1914. MEHLIS, *Lehrbuch der Geschichtsphilosophie*, 1915. FRANCÉ, *Der Sinn der Weltgeschichte*, en *Bergstadt*, 8, 380. NATORP, *Die Weitalter des Geistes*, 1918. SCHRIDDE, *Der Aufstieg des ewig Deutschen*, 1919.

II.—El progreso.

178.—QUÉ ES EL PROGRESO.

El reducir la investigación de la Historia a una *suprema ley* no pasa de ser una *posibilidad formal* de sujetar a una pauta *unitaria* «de juicio» la multiplicidad de la realidad histórica, enfocándola desde el punto de vista del ideal social. ¿Pero es que no cabe llegar a alguna conclusión sobre el curso *efectivo* de las aspiraciones y de los hechos humanos en la sucesión de los tiempos, para ver si la humanidad «se rige» realmente por esa *ley suprema* y la sigue fundamentalmente? ¿Cabe esperar en este respecto un constante progreso o una decadencia incesante o ha de creerse que la humanidad, en general, se ha estacionado, salvo pequeñas fluctuaciones? (1).

Antes de entrar en este problema, tantas veces planteado, hay que empezar por saber de un modo claro qué es lo que debemos entender por *progreso* de la humanidad, para luego (§ 179) examinar hasta qué punto se puede confiar en su realización.

Quando la investigación se limita a puntos concretos y determinados no es difícil contestar en cada caso a esa cuestión, al menos en lo que se refiere a la historia de los tiempos que nos son conocidos. Basta medir el estado técnico de los tiempos anteriores con el de los que vienen después, juzgándolos comparativamente según la idoneidad de los medios descubiertos y empleados para la consecución de los fines que les son comunes (2). Pero el concepto *del progreso* de la humanidad, *en general*, no se puede obtener sin más que sumar las perfecciones técnicas alcanzadas respecto de fines concretos. Es algo superior, algo distinto a una intensificación

(1) KANT, *Der Streit der Fakultäten in drei Abschnitten*, 1798; *Zweiter Abschnitt, Der Streit der philosophischen Fakultät mit der juristischen*. ERNEUTE FRAGE, *Ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei*. MENZER, *Kants Lehren von der Entwicklung in Natur und Geschichte*, 1911. KULLMANN, *Immanuel Kant, Worin besteht das Fortschreiten zum Besseren im Menschengeschlecht? Ein bisher ungedruckter unbekannter Aufsatz Kants*, 1914.

(2) MITSCHERLICH, *Der wirtschaftliche Fortschritt*, 1910. DEL VECCHIO, *Der Fortschritt im Recht*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, VI, 3. Hft., 1913. WONDY, *op. cit.* (§ 9 n. 3), pgs. 483 ss.

de la posibilidad de goces y satisfacciones materiales. Su esencia consiste en perfeccionar el espíritu humano en el sentido de *lo justo*.

Todas las consideraciones sobre el progreso humano entrañan forzosamente ese sentido. No se trata de descubrir nada materialmente nuevo, ni de proclamar ningún postulado «moral». En este punto la misión de la teoría se reduce también a esclarecer críticamente el contenido de las nociones existentes.

El peligro de desviarse de esta mira y perderse entre vanos tópicos es muchas veces inminente en la investigación a que nos referimos. Así es corriente hablar de «evolución», contentándose con esta simple palabra, en la que se cree condensado el principio del progreso (3).

La palabra «evolución» puede significar dos cosas: 1.º La *génesis* de algo; así se habla, por ejemplo, de la «evolución» del Imperio romano, del Derecho hipotecario moderno, del comercio inglés. 2.º La *adaptación a un fin*. La primera acepción se refiere sólo a la sucesión de determinados cambios en el tiempo, mientras que la segunda concibe esos cambios como en una línea *ascensional*. Y a ésta es a la que dice relación el problema del *progreso* histórico, que abarca *la totalidad* de la historia humana en el sentido indicado (§ 177).

Con remitirse a la *evolución* histórica no se hace, pues, más que plantear el *problema* de que precisamente se trata, pero no darle *solución*. Para ello, para saber en qué consiste el verdadero

(3) SPENCER, *Die Prinzipien der Sociologie*, 1876. EL MISMO, *Einleitung in das Studium der Soziologie*, 1875. BÖSSE, *Herbert Spencers Philosophie der Geschichte*, tesis doctoral, Halle, 1894. HESSE, *op. cit.* (§ 35 n. 8). SALVADORI, *L'Etica evoluzionista. Studio sulla filosofia morale di Herbert Spencer*, Turín, 1903 (Rec. DEL VECCHIO, en *Riv. ital. di Sociologia*, VI, fasc. V) WIESE, *op. cit.* (§ 35 n. 1). UBERWEG, IV, pgs. 573 siguientes, esp. pg. 578. VORLÄNDER, II, § 68.—WEISEGRÜN, *Die Entwicklungsgesetze der Menschheit*, 1888. GOLDSCHIED, *Entwicklungswerttheorie, Entwicklungsökonomie, Menschenökonomie*, 1908. LISZT, en *Zeitschrift f. Strafr. wiss.*, 26, pgs. 553 siguientes. ASLANIAN, *Les principes de l'évolution sociale* (2.ª edición, París, 1902). MÜLLER LYER, *Die Entwicklungsstufen der Menschheit. Eine Gesellschaftslehre in Überblicken und Einzeldarstellungen*. 1910 s. SALOMÓN, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 65 siguientes.

concepto «del progreso» en la Historia, hay que remontarse al pensamiento fundamental, que permite reducir a una unidad de juicio todo el acaecer histórico, para ver luego hasta qué punto los acontecimientos concretos se adaptan a ese punto de mira general y condicionante.

El pensamiento central capaz de reducir a unidad toda la Historia es la idea de la *comunidad pura*. Su acatamiento, cada vez más firme, es, por tanto, el que hace posible la existencia de un verdadero progreso de la humanidad.

Para esto nada puede servir, como se comprende, el programa de un partido (§ 174). Ni se debe caer tampoco en el error de creer que el fin último de la Historia consiste en la equiparación material de los individuos. Insistimos, otra vez más, en que no son la misma cosa la igualdad y la justicia (§ 171; cfr. § 93, 30).

Mira de la justicia es aplicar la pauta de lo justo a la vida social del hombre (§ 91). El progreso de la humanidad sólo puede, pues, consistir en que la pureza de voluntad se establezca y se manifieste cada vez más y de modo más seguro. Así como el verdadero progreso del hombre no puede estar más que en la verdad y en la justicia, el progreso de la sociedad humana únicamente se realiza cuando la marcha concreta de la Historia se desenvuelve conscientemente al tenor de la idea de la *comunidad pura*.

179.—EL TRIUNFO DE LO JUSTO.

Cuestión diversa de la de ver en qué consiste el verdadero concepto «del progreso» de la humanidad es la que surge a continuación, a saber: ¿qué seguridad hay de que la realidad se ha de ajustar en efecto a esa noción?

La primera condición que sirve de base al progreso es la existencia de un estado de *Derecho* en toda sociedad. El carácter jurídico de la voluntad que rige las relaciones sociales es factor condicionante y garantía de que la sociedad se ha de acomodar a su ley suprema (§ 107). Un régimen simplemente convencional de convivencia no basta y el poder arbitrario es incompatible con esa aspiración; ambos se hallan condenados a no salir de los límites de los caprichos meramente subjetivos, y no se prestan para implantar una ordenación objetivamente permanente, sin la cual no cabe realizar el concepto del progreso.

Y téngase presente que se ha de abarcar, desde este punto de vista, la totalidad de la existencia humana. No basta comparar entre sí una serie de órdenes jurídicos aislados. Estos se deberán articular a su vez bajo el concepto del Derecho que presenta la característica de la infinitud y se plantea como problema dondequiera que se reuna un grupo de hombres (§ 138).

Esta posibilidad de implantar dondequiera el concepto del Derecho ha hecho nacer la esperanza de una paz perpetua (1). Pero desde luego se comprende que aun cuando la noción del Derecho se llegue a implantar universalmente no se podrá asegurar jamás en absoluto un estado efectivo de paz material. De esto no es capaz por sí solo el Derecho, en cuanto simple modalidad de la voluntad humana. El orden jurídico entraña, por el contrario, la noción de la posible antijuridicidad (§ 111). Y dada la condicionalidad de la existencia humana, esta posibilidad no podrá llegar a desterrarse nunca; siempre habrá acciones y aspiraciones antijurídicas. En casos tales, el Derecho, que no las tolera, intentará imponerse. Pero para su realización necesitará siempre, por mucho que el concepto del Derecho se extienda, la cooperación del poder (§ 70).

Aún suponiendo que se lograse llevar a efecto el plan de un De-

(1) La cuestión se planteó en Alemania durante la guerra de los treinta años. Cfr. también LEIBNIZ, *Mars Christianissimus*, 1863, trad. de Hitter (Reclam ed.). El Abbé SAINT-PIERRE, en su *Projet de la Paix perpetuelle*, 1712, dió forma fija a esta aspiración. En el siglo XVIII se puso muchas veces de relieve, sobre todo en el opúsculo de KANT sobre la paz perpetua (1795), y vuelve a ser de actualidad en los tiempos modernos (cfr. § 138 n. 6). LUWD STEIN, *Das Ideal des ewigen Friedens» und die soziale Frage*, 1896. STEINBACH, *Zur Friedensbewegung*, 1892. DEL VECCHIO, *Il fenomeno della guerra e l'idea della pace* (2.^a ed., 1911). VORLÄNDER, *Immanuel Kants Zum ewigen Frieden Mit Ergänzungen aus Kants übrigen Schriften und einer ausführlichen Einleitung über die Entwicklung des Friedensgedankens* (2.^a ed., 1919). NATORP, *Krieg und Friede. Drei Reden*, 1915. PRUTZ, *Die Friedensidee, ihr Ursprung anfänglicher Sinn und allmählicher Wandel*, 1917. STAMMLER, *Recht und Macht* (§ 70 n. 1), pgs. 20 ss. STURM, *Das Recht auf Frieden*. EL MISMO, *Das Kriegerrecht, das Recht des Krieges und das Recht der Völker auf Frieden*, 1919. GOEDECKEMEYER, *Die Idee vom ewigen Frieden*, 1920. KRAUSE (§ 15 n. 16), *Entwurf eines europäischen Staatenbundes* (1914), nueva ed., con intr. por REICHEL, 1920.

recho universal concreto (§ 138) y que éste se impusiera mediante el poder, no quedaría garantizado con ello, sin más, el *progreso* del género humano. Cabe perfectamente que una Liga de Naciones, por ej., organizada positivamente, administre y aplique un Derecho *injusto*. El mero hecho de que un estado *social* se ajuste al concepto del «Derecho» no basta para asegurar que se halla también orientado en el sentido de la *idea* «de la justicia» (2). ¿Podemos confiar en que esta última se ha de realizar constantemente en el curso de la historia?

No cabe contestar a esta pregunta con una afirmación susceptible de demostración *científica*. Se dividen el campo el *optimismo* y el *pesimismo*, con sus opuestas conjeturas. El primero es la fe en el triunfo de lo justo en la historia; el segundo, lo contrario. Y hay también quienes afirman que la historia es una serie constante de avances y retrocesos, y que, en último resultado, las cosas no cambian.

Pero no hay razón ninguna para dudar de que la humanidad se mueva fundamentalmente en un sentido ascensional hacia lo justo, consolidándose esto de un modo cada vez más firme. Todas las observaciones nos demuestran que la tendencia hacia lo justo se presenta en todas partes como un rasgo general. No hay quien no quiera justificarse ante sí mismo, ni se esfuerce por acallar la voz interior de la conciencia, por purificarse ante los propios pensamientos que le acusan y le inculpan (§ 88). Y no habrá un solo hombre a quien no preocupe el tener razón frente a los demás y haber procedido siempre de modo *fundamentalmente* legítimo. Y aun cuando en realidad sólo finja proceder así, no hará más que inclinarse ante el principio de lo *objetivamente justo* como punto de mira de la conducta humana.

La presunción habla, pues, en favor de una tendencia general hacia lo justo. No necesitamos fijarnos en los hechos concretos de una determinada persona o en ciertos acontecimientos concretos de

(2) Cfr. § 48, 5.º: La guerra, una institución jurídica § 71: Derecho impotente.—§ 81: Derecho y Justicia. § 94: Cuando un Derecho es justo.—HIRSCH, *Deutschlands Schicksal. Staat, Volk und Menschheit im Lichte einer ethischen Geschichtsansicht*, 1920 (cfr. § 180 n. 3). ALTHAUS, *Die letzten Dinge, Studien d. Apol. Sem. in Wernigerode*, 9, Hft., 1922, pgs. 86 ss.

la historia: esa tendencia alienta como impulso preeminente en la totalidad de la vida humana.

Pero un verdadero y seguro *progreso* sólo puede existir en la *voluntad* constante e inmovible de alcanzar una absoluta *pureza de pensamientos*. Es necesario que el hombre *se entregue* sin reservas a lo justo.

Y nuevamente nos encontramos, aquí en grande y respecto de la unidad de la historia, con que la *ciencia* no puede hacer más que mostrarnos la *posibilidad* de lo justo, pero sin que ella pueda demostrarnos que se *deba* seguir ese camino. La *consagración a lo justo* y el modo de lograrla no es ya misión de la *ciencia*; es un *nuevo* problema que sólo puede resolver el sentimiento *religioso*.

Esto nos lleva a otros horizontes, con cuyo examen pondremos fin a nuestra obra.

180.—EL ANHELO DE PERFECCIÓN.

La misión de la *religión* en la vida *social* no se reduce a ser la doctrina del *amor* que nos enseña la realización de lo *objetivamente justo* en una determinada sociedad (1). La *religión* es algo más que un simple medio auxiliar de la justicia en las relaciones entre los hombres. Tiene una propia y peculiar misión que exige un detenido examen de sus relaciones con la *Filosofía del Derecho*, como el fundamento de toda ciencia *social*.

Hay que evitar el caer en dos faltas o errores. Hay quienes pretenden derivar de la *religión* todas las normas que han de regir la existencia *social*, negando la función propia e independiente de la *Filosofía del Derecho*. Otros, por el contrario, sólo admiten una teoría *social*, dejando a un lado en absoluto el problema de la *religión*.

1.º La *religión* se refiere por su peculiar esencia al hombre *aislado*. Se ocupa en sus relaciones con lo *perfecto* y lo *santo*, en sus relaciones de comunidad o disparidad, con *Dios*. La vida *social*, en cambio, se reduce a una vinculación de los fines concretos de *diversos hombres* y afecta a una modalidad específica de la voluntad, a la voluntad vinculatoria, a la que hay que aplicar la pauta de lo *fundamentalmente justo*. Limitándonos, pues, a pen-

(1) Sobre la *Justicia* y el *amor*, v. § 93, 20.

sar *exclusivamente* en nuestra vida *religiosa*, no llegaremos jamás a la noción de la existencia *social* (2).

Y el concepto de la vida *social* es *necesario*. Va ya implícito inevitablemente en el hecho de que varios hombres coexistan. En estas circunstancias no podemos menos de poner en relación sus fines y los medios puestos para alcanzarlos. De otro modo no llegaríamos a las últimas consecuencias del problema (§ 34). Y así surge como *inexcusable* el concepto de la voluntad *vinculatoria* (§ 31).

Alguna vez se dice que el hombre podría y debería obrar movido por el *amor*, sin necesidad de «organización» alguna. Se quiere decir, interpretándolo racionalmente, que el hombre debiera practicar amor al prójimo por libre acatamiento de los preceptos religiosos, sin la presión ni la coacción de los demás hombres y hasta sin sujeción a normas ni artículos técnicamente formulados. Pero siempre que un hombre presta ayuda a un semejante movido por un sentimiento de amor (§ 93, 20) nos encontramos ante la modalidad peculiar de la voluntad *social* o *vinculatoria*.

No podemos sustraernos, pues, en modo alguno a esta noción, y

(2) Así ha ocurrido que algunos radicales reformadores que han querido construir sus doctrinas sobre ciertos principios religiosos, lo que han hecho ha sido trastocar éstos para que sirviesen de base a sus aspiraciones. Tal SAINT-SIMON, *Le nouveau christianisme*, 1825. WEITLING, *Das Evangelium eines armen Sünders*, 1845. El primero se apoya en el principio de que los hombres se deben considerar como hermanos; pero el cristianismo no ha negado nunca que el amor sea el cumplimiento de la ley (§ 93 n. 5). Lo único nuevo en SAINT-SIMON era el sostener que la religión cristiana se debía *limitar* a predicar el amor fraternal entre los hombres. En cambio, el comunista WEITLING interpreta las palabras de Jesús viendo en ellas siempre la tendencia a mejorar la *sociedad*, y esto no como una simple consecuencia, sino como el supremo pensamiento de la doctrina cristiana. Le ocurría lo que a tantos otros, que ven *única* y *exclusivamente* las instituciones y las relaciones sociales *concretas*. Tal también GUYOT et LACROIX, *Etudes sur les doctrines sociales du christianisme*, París, 1873. No se ve que las máximas del Sermón de la Montaña no son normas articuladas, sino *líneas directivas del pensamiento*. Bien se nos dice que no debemos tomar jamás ningún bien *concreto* y *relativo* como *mira suprema*, y esto debía precavernos contra el peligro de elevar otras aspiraciones también *relativas*, como son, v. gr., los goces materiales de la vida, a ese puesto *supremo*, en vez del punto de mira de la *perfección* (S. Mat., cap. 5, v. 48).

por ello tenemos el deber de poner en claro su esencia peculiar y analizar críticamente la ley fundamental de la voluntad *social* justa, determinante de toda vinculación (3).

2.º La *ciencia* de la vida *social* tiende a reducir a unidad las aspiraciones todas vinculadas, y su mira es la armonía intrínseca de estas aspiraciones. Aparece al lado de la ciencia de la *naturaleza*, que a su vez es la concepción armónica de cuantos fenómenos acaecen en el tiempo y en el espacio. Común a ambas es la tendencia a la *unidad*. Pero a pesar de aspirar firmemente a la *unidad*, tanto una como otra siguen caminos diversos. La investigación persigue en cada uno de los dos campos el *porqué* de las cosas; esa expresión contiene, sin embargo, los dos sentidos del *porqué* y el *para qué* (§ 25). El anhelo de *perfección*, de *armonía suprema*, que es la raíz primera de toda *ciencia*, no puede satisfacerlo la investigación limitándose a uno solo de los dos campos (4).

Ninguna de esas dos ciencias puede colmar de por sí, indepen-

(3) Cfr. § 13 n. 9 s.—Hay que mencionar a este propósito el socialismo cristiano inglés, representado por MAURICE, KINGSLY y LUDLOW. V. sobre este movimiento BRENTANO, en *Schmollers Jahrb.*, VII, pgs 737 ss.—TODT, *Der radikale deutsche Sozialismus und die christliche Gesellschaft* (2.ª ed., 1878). STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (§ 15 n. 13), pgs. 88 s.—En estos últimos tiempos se ha desarrollado un llamado movimiento «religioso-social». V. sobre esto HOLL, *Luthers Anschauung über das Evangelium, Krieg und Aufgabe der Kirche im Lichte des Weltkrieges, Flugschriften des deutschen Evangelischen Gemeindetages*, núm. 7, pgs. 14 ss. ALTHAUS, *Religiöser Sozialismus. Grundfragen der christlichen Sozialethik*, 1921.—Es interesante, además, el libro de HIRSCH sobre *Die Reich-Gottes-Begriffe des neuen europäischen Denkens. Ein Versuch zur Geschichte der Staats- und Gesellschaftsphilosophie*, 1921 (cfr. § 179 n. 2). El autor dice proponerse como fin el análisis histórico de los ideales éticoreligiosos de comunidad que informan las típicas concepciones del Estado y la sociedad en los pensadores modernos. Su concepción coincide, en lo fundamental, con la doctrina aquí expuesta. La noción del *reino de Dios* significa para él lo mismo que la idea de la *comunidad pura*, tal como se traduce en el *amor* al prójimo inspirado por la *fe en Dios*.

(4) La limitación de la concepción *materialista*, que ya en la doctrina *social* no conduce más que a contradicciones e inconsecuencias, se manifiesta del mismo modo y culmina en lo que se refiere al problema *religioso*. Cfr. § 58 n. 2 s.

dientemente, la *totalidad* de las investigaciones humanas. Todo *fin* supone un *medio*, y el *medio* es siempre una *causa* que el hombre *elige*. No cabe, pues, prescindir en absoluto del problema de la causalidad. Y si, por el contrario, alguien, por imposición de la división del trabajo o por exigencia de sus principios esenciales, pretendiese *limitarse* a observar las transformaciones causales de los fenómenos, ¿cómo podría investigar sin *la voluntad* de llegar a *la verda*?; pues bien, la noción metódica de la voluntad humana plantea inmediatamente el problema de su posibilidad y de la legitimidad de su contenido (5).

Si, cada uno de esos dos campos deslindados de la ciencia sólo puede llevarnos en el fondo a resultados imperfectos. Ninguna *investigación de la naturaleza*, por exacta que sea, puede resolver el enigma del «de dónde» y «adónde» del hombre; y todos los estudios científicos precisos y minuciosos sobre la *ley última* que rige los *fin*es y los *medios* enmudecen ante la angustiosa exclamación del «¡para qué!» que sale de nuestros labios ante las desventuras y los dolores humanos y también ante los goces injustos. El que en casos tales uo se halle animado de la confianza en el ideal de *perfección* que rige la marcha y la orientación del mundo con arreglo a los dictados *divinos*, no podrá satisfacer jamás su aspiración a lograr una *perfecta armonía* de su vida y de su sér (6).

(5) Si no fuese así se podría hablar de una *completa separación* del problema *social* y el *religioso*. Pero fuera de las meras afirmaciones del *materialismo* (n. 4), no hay quien haya sostenido seriamente eso de modo que merezca ser tomado científicamente en consideración. Del materialismo proceden los programas en que se proclama que la *religión* es «negocio privado». Cfr. también sobre esto § 108. Y asimismo es superficial, lo demuestra la doctrina del texto, pensar, como a veces se hace vulgarmente, que la *religión* no tiene nada que ver con la *política*. Estas dos direcciones de nuestro espíritu no son a modo de dos factores independientes, absolutamente delimitados y con existencia propia; cada uno de los dos caminos lleva necesariamente al otro, desenvolviendo como se debe los pensamientos, y la política se halla en una relación de subordinación respecto de la religión como el anhelo de perfección suma.—La corriente doctrinal indicada en § 15 n. 21 sostiene lo contrario de esa opinión vulgar. V., además, NATHASIUS, *Die Mitarbeit der Kirche an der Lösung der sozialen Frage*, 1893 95. Una exposición especial es la de EBELLING, *Kirchenpolitik, Sozialismus, Staatspolitik im Lichte der Bibel*, 1899.

(6) FROEHLICH, *Der Wille zur höheren Einheit*, 1905

¿O es que *quiere* entregarse como un *simple objeto* a merced de poderes limitados y dejarse arrastrar por unos y otros sin intentar *regirse* y *dominarse*? Pero ya la primera parte de esa afirmación contiene una contradicción lógica al identificar la *voluntad* con la *simple génesis*. Y en realidad nadie puede renunciar a proponerse fines y aspiraciones, sean cuales fueren (7).

No hay ninguna *ciencia* del conocer ni del aspirar que pueda salvar al hombre de este dilema. La simple fórmula de «puedes, luego debes», o la fórmula inversa, no basta para resolver la duda; en realidad, no hace más que repetir la torturadora pregunta sin contestarla.

Si la historia ha hecho, pues, que el hombre tome por punto de partida científico *la materia de su existencia*, pero poniéndole por misión el ajustar a una ley suprema *el contenido de su voluntad*, en su vida interior y en la vida social jurídicamente regulada no podrá contentarse con ésto si sabe reflexionar seria y consecuentemente.

Cuanto más nos esforcemos por liberarnos de todas las tradiciones y las creencias en una revelación histórica, más firme será nuestra convicción de que jamás se podrá matar en absoluto la raíz *religiosa*, concibiendo la *religión* como el sentimiento por el que el hombre se entrega a lo que un destino *perfecto* ha dispuesto sobre él. Sólo la *religión* es capaz de ofrecernos, mediante la debida y peculiar reflexión, *la incondicional armonía* que hemos salido a conquistar (8).

Este anhelo de *perfección* lo enciende también en nuestro espíritu la *Filosofía del Derecho*. Y con ello queda cumplida su misión.

(Rec. JOERGES, en *Kant-Studien*, 13, pgs. 337 ss. SCHOLZ, *Paul Deussen*, en *Kant-Studien*, 24, pgs. 312 ss.

(7) Cfr. § 26, ns. 2 y 86.

(8) KANT (§ 15 n. 8), *Crít. de la razón pura* (2.^a ed.), págs. 839 ss.; *Crít. de la razón práct.*, I, II, 2, 5, pgs. 233 ss.