

LIBRO SEGUNDO

GÉNESIS DEL DERECHO

SECCIÓN PRIMERA

EL DERECHO POSITIVO

I.—La materia concreta positiva de un Derecho.

49.—EL CONCEPTO DEL DERECHO Y EL DERECHO POSITIVO.

Es un Derecho *positivo* aquel que regula *jurídicamente* aspiraciones *concretas*.

En esta noción se contienen dos elementos:

1.º *El concepto del Derecho*, es decir, la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable (§ 47), como una especial categoría de la voluntad.

2.º *El objeto concreto* sobre que recae esta voluntad determinándolo *jurídicamente*. Así, la institución de la propiedad regulada por las leyes, o la última voluntad de un testador, reconocida como fundamento de efectos jurídicos especiales, o las prestaciones determinadas de ciertas obligaciones sancionadas por el orden jurídico, son otros tantos ejemplos de materias concretas y limitadas, distintas unas de otras, aunque condicionadas todas en último término por la noción formal *del Derecho*.

El atributo «positivo» alude, pues, a los *elementos condicionados* que entraña una determinación jurídica. Todo Derecho histórico es, según esto, en su modo concreto de manifestarse, un Derecho *positivo* (1).

(1) JUNG, *Positives Recht, Festchr. f. d. Jurist. Fakultät Giessen*, 1907, pgs. 469 ss. (rec. REICHEL, en *Krit. Viert. Jahr. Schr.*, 3.ª serie, XII, pgs. 477 ss.). DEL VECCHIO, *Sulla positività come carattere diritto*. Módena, 1911.—En otro sentido, v. la doctrina de KIRCHMANN (v. § 3 n. 9), *Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral*, 1873 (V. sobre este libro FREDERICH'S, *op. cit.* en § 33 n. 1).

O dicho de otro modo: todo Derecho positivo es una *voluntad jurídica condicionada*. Sólo el análisis crítico puede discernir los dos elementos que al exterior aparecen siempre y necesariamente combinados (2).

Al examinar los artículos de una ley jurídica cualquiera, nos colocamos, inevitablemente, en el punto de vista que el concepto mismo del Derecho nos marca. Su noción perdería el sentido esencial si quisiéramos prescindir de la noción general del Derecho; y ésta, por su parte, sólo se nos puede manifestar de un modo sensible aplicada a la ordenación de determinadas aspiraciones.

Nada tiene, pues, de extraño ni de dificultoso que la palabra «Derecho» se emplee a la vez para designar *el concepto condicionante* del Derecho y *su aplicación* a aspiraciones determinadas. No crea esto ninguna oposición entre las dos distintas acepciones. El *concepto del Derecho* es *único* y es *la condición lógica* de toda norma concreta que pueda llamarse «jurídica» (3).

(2) En esta distinción se traza una nueva corriente filosófica, que se titula a sí misma de «positivismo», y que se ha manifestado también en la ciencia social y en la Filosofía del Derecho. Su postulado es la negación de todo «principio absoluto»; para el «positivista» todo es «relativo». El fundador de esta escuela es AUGUSTO COMTE (1798-1857). WAENTIG, *Comte und seine Bedeutung für die Entwicklung der Sozialwissenschaft*, 1894. *Handw. d. Staatswiss.* s. v. *Comte*. El positivismo ha encontrado especial acogida en Italia. V. VANNI, *La filosofia del diritto in Germania e la ricerca positiva*. Tor., 1896; EL MISMO, *La teoria della conoscenza e l'esigenza critica del positivismo*, Roma, 1902. RIGNANO, *La sociologie dans le cours de philosophie positive d'Auguste Comte*, París, 1902. A LEVY, *Per un programma di filosofia del diritto*, Torino, 1905 (Rec. REICHEL, en *Krit. Viert. Jahr. Schr.*, 3.^a serie, XI, pgs. 224 ss.).—B. STERN, *Positivistische Begründung des philosophischen Strafrechts*, 1905. CARLO, *Il diritto naturale secondo R. Ardigò ed il positivismo italiano*, Palermo, 1909 (v. § 150 n. 6). DUGUIT, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi Positive*, París, 1901.—Cfr. § 18 n. 1; §§ 26 y 27.

(3) Toda cuestión de Derecho implica, pues, aquella *modalidad peculiar* de ordenación de la convivencia humana en que, como veíamos, consiste lógicamente la voluntad «jurídica» (§ 22). Si nos fijamos en *el concepto «del Derecho» como tal*, nos encontramos frente a él con *las otras modalidades de la voluntad social*: las reglas convencionales y el poder arbitrario; y si, por el contrario, nos limitamos a examinar las manifestaciones *concretas* de un «Derecho positivo», lo opuesto a esto serán los otros órdenes jurí-

50.—EL DERECHO POSITIVO Y EL DERECHO JUSTO.

La expresión «positivo» para designar la manifestación de normas jurídicas concretas, se usa todavía con otro particular y más preciso matiz. En este sentido, se llaman «positivas» aquellas normas e instituciones de un Derecho existente, sencillamente *en cuanto existen*. Pero hay otro problema por encima de éste: ¿Son *fundamentalmente legítimas* esas normas e instituciones? Cuando se habla de un Derecho «positivo», en esta acepción, es como noción opuesta al problema que plantea esta interrogante.

Caben dos posibilidades. Puede ocurrir que no se quiera entrar en este segundo problema en el caso concreto examinado, dejándolo a un lado, acaso para investigaciones ulteriores, o que no se reconozca la legitimidad intrínseca de la norma de que se trate (1).

Pero esto nos lleva al terreno propio de la *idea del Derecho* (2). Allí trataremos debidamente el problema (§ 91). La doctrina del *concepto del Derecho* y su manifestación en la historia sólo puede señalar este problema, más no resolverlo por sí misma (3).

dicos en sus manifestaciones *concretas*. El *concepto*, por tanto, se puede investigar *de por sí, aisladamente*, como *forma de ordenación*, mientras que el contenido concreto de las nociones *por él determinadas* no se puede concebir evidentemente sin él; v. §§ 33 y 158; v. también *infra* n. 3.

(1) En el lenguaje usual se suele decir, para expresar esto, que hay un deber moral aunque no un deber jurídico. La palabra «moral» se emplea entonces en el sentido de lo fundamentalmente justo». V. §§ 33 y 158; v. *infra* n. 3.

(2) IODL, *Über das Wesen des Naturrechts und seine Bedeutung in der Gegenwart*, 1893. OERTMANN, *Naturrecht und positives Recht*, Beil. z. *Allgem. Zeitung*, 1901, números 177 s. DEL VECCHIO, *Il concetto della natura e il principio del diritto* (v. § 14 n. 13). JUNG, *op. cit.* (§ 18 n. 13). HAYMANN, *Naturrecht und positives Recht*, en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, I, pgs. 233 ss. MÜLLER EIZERT, *Objektives Recht und richtiges Recht*, en *Arch. für bürg. Recht* 43, pgs. 183 ss. SALOMÓN, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 231 ss.: Relación entre la Filosofía del Derecho y el Derecho positivo.—Muy particular: SEITZ, *Biologie des geschichtlich-positiven Rechts der Gegenwart im Kultur der Gegenwart*, 3 partes, 1906-1910. BARILLARI, *Diritto nazionale e diritto positivo come problema filosofico*, Neapel, 1919.

(3) V. sobre esto § 82: concepto e idea; v. también § 91 n. 4.

Finalmente, observemos que la palabra «positivo», en materia de *Derecho*, puede presentar una acepción todavía más estricta dentro de las mismas normas e instituciones de un Derecho dado. Pues cabe que éstas se formulen de un modo *relativamente general*, teniendo el orden jurídico que apartarse alguna vez de estas reglas generales así formuladas para dictar normas divergentes respecto de ciertos casos concretos (4).

«No matarás», dice el Derecho, pero exceptuando a renglón seguido el caso de la legítima defensa; y el alcance de ésta se restringe a su vez, cuando el agente va más allá de lo necesario para sustraerse al ilegítimo ataque; excepción que da lugar a otra subexcepción, si al exceder los límites de la defensa se obró por arrebató, o, por miedo.

Así, pues, la legislación va rectificando constantemente sus propias normas formuladas con alcance demasiado general; mediante reservas, salvedades, y excepciones. Y estas excepciones son las que se dicen muchas veces normas «positivas» para distinguirlas de aquellos preceptos más generales.

51.—ESQUEMA DE LA GÉNESIS DEL DERECHO.

El *concepto del «Derecho»* tiene la significación de un método de ordenación. Por tanto, sólo se puede presentar en la realidad histórica aplicado a aquellas determinadas aspiraciones que él haya de condicionar lógicamente.

(4) Así, aunque los gravámenes reales sobre fundos se deben inscribir en el Registro según el Derecho civil, se exceptúan de este requisito las rentas convenidas para levantar un edificio (Cód. civ. al. § 914, 2 y Reglam. sobre Reg. inmob. §§ 40, 41, etc.). El Código civil (§ 387) regula en términos generales la compensación de créditos como institución obligatoria, con ciertas salvedades para algunos casos (Cod. civ. al. §§ 393-395). Ordinariamente se admite la transmisión de créditos, pero no en los casos regulados en §§ 399 y 400 Cód. civ. al. Todo deudor debe hacer efectivas integramente sus deudas, exponiéndose en otro caso a la ejecución forzosa; pero en ciertos casos se le concede el beneficio de competencia (Cod. civ. al. §§ 519, 829, 1579 y 1603) y la Ley personal civil, §§ 811 ss., introduce ciertos límites a la ejecución forzosa declarando exentas determinadas cosas del deudor, enumeradas casuísticamente, etc. V. para ampliación de esto *infra* § 152.

Podemos, pues, preguntar cómo se forma en una persona la noción del carácter «jurídico» de una voluntad. Nadie viene al mundo con esta noción ni con ninguna otra. ¿*Mediante qué proceso se desenvuelve?* ¿*Cómo podemos concebir, exactamente, la formación del concepto del Derecho en la vida espiritual del hombre?*

Distinto de esto es el problema de ver cómo surge en la historia el contenido positivo de un Derecho. La fuente de esta materia concreta inherente a un Derecho determinado se ha querido ver en una *autoridad exterior* al Derecho mismo: en la inspiración divina, según unos, según otros en el alma del pueblo, y a juicio de otros en la libre actuación de un legislador. Ninguna de estas concepciones puede satisfacer científicamente (§§ 52-54).

Los cambios del Derecho positivo no responden a una autoridad externa, sino a fundamentos que residen en el mismo Derecho anterior y en su modo de realizarse. La investigación de este problema nos llevará a estudiar las relaciones entre la *Economía social* y la *Derecho* y la doctrina de los *fenómenos económicos* y su evolución (§§ 55-60).

Y veremos cómo las aspiraciones de reforma de un Derecho nacen siempre, *en cuanto a su materia*, de ciertos fenómenos sociales precedentes. La dinámica de la vida social es a modo de un *ciclo* cuyas etapas se repiten sin cesar. La Economía jurídicamente ordenada de una época hace germinar aspiraciones de renovación del Derecho y, si éstas triunfan, en el seno del Derecho realizado surgirán análogos fenómenos que a su vez darán lugar a nuevas aspiraciones, y cumplidas éstas, el mismo proceso se reiterará incesantemente (§§ 61-63).

La observación nos permite exponer, en términos generales, cómo se operan las transformaciones del Derecho no su aspecto formal. Es lo que tradicionalmente se llama *la doctrina de las fuentes del Derecho*. La investigación variará según que nos fijemos en los primeros orígenes del Derecho en la Historia general de la humanidad o simplemente en la génesis de las normas jurídicas en el transcurso de los tiempos cognoscibles. Y en este último caso cabe, o que el nuevo Derecho surja en armonía con la organización jurídica vigente o que se forme independientemente de ésta, por modo originario (§§ 64-66).

La génesis del Derecho así observada comprende, desde los ori-

genes del contenido de un Derecho dado hasta su efectiva implantación, que es lo que se llama *vigencia* de un Derecho. Este puede regir en el momento presente o no regir ya o no haber entrado todavía en vigor. Después de investigar el concepto del Derecho y las materias concretas por él condicionadas, tenemos que consagrar especial consideración a la *doctrina de la vigencia de un orden jurídico* (§§ 67-69).

Lo cual nos llevará a estudiar los dos conceptos independientes de *Derecho* y *poder*, que no se excluyen entre sí como muchas veces se cree, sino que se completan mutuamente. Cada uno de los dos se puede hallar relacionado con el otro de varias maneras. Hay Derechos fuertes y Derechos débiles y hay un poder legítimo y un poder reprobable. Pero las investigaciones sobre ambos factores se tienen que completar inexcusablemente, ya que la del problema del *Derecho* se ha de desenvolver en el plano *crítico*, mientras que el del *poder* es un problema *psicológico* (§§ 70-72).

Se presenta, pues, a nuestras investigaciones la misión de construir una *psicología del Derecho*, poniendo en claro la distinción entre los estudios jurídicos *críticos* y *psicológicos* y señalando la mira y el camino para una *psicología social descriptiva y especulativa* (§§ 73-75).

Pero la psicología del Derecho nos planteará, ante todo, el problema propuesto en aquella interrogante que dejábamos en pie al comenzar este párrafo: al problema de la *génesis psicológica del concepto del Derecho* en la conciencia humana. Y a esto seguirá, por fin, la *psicología de la vigencia del Derecho* como voluntad vinculatoria y la observación de una *inseguridad* que puede parecer totalmente inevitable en punto a la vigencia de un Derecho dentro de una situación histórica dada (§§ 76-78).

II.—El creador de la materia privativa del Derecho.

52.—DERECHO INSPIRADO POR DIOS,

Muchas veces se ha querido apoyar en la inspiración inmediata de Dios el contenido de determinadas prescripciones jurídicas. Es una preocupación que se encuentra expresada de distintas maneras en muchas de las religiones paganas, y es corriente también en el moneísmo oriental, manifestándose reiteradamente hasta en los tiem-

pos modernos, en doctrinas teóricas y en distintas organizaciones jurídicas (1).

Estos intentos de derivar las materias *concretas* de un Derecho *positivo* de una autoridad que las imprima un carácter sagrado e inquebrantable, fracasan necesariamente. El Derecho nace, en cuanto a sus manifestaciones *concretas*, en el transcurso de la existencia humana; es una modalidad especial de la voluntad, cuyo contenido se lo dan las aspiraciones de los hombres. A lo más que puede llegar una clara conciencia religiosa es a ver como obra de Dios la *misión* del Derecho en la sociedad. Pero en cuanto a las materias concretas y determinadas de un Derecho, éstas responden siempre, y cada una de por sí, a causas más simples, que no son sino las aspiraciones que por modo natural germinan en ciertos individuos; éstos son los que tienen que responder de sus aspiraciones jurídicas así engendradas y encauzarlas y mantenerlas en el sentido del bien.

Y en nada contradice a ésto que afirmamos lo de que «toda potestad viene de Dios» (2). Este precepto le dice al creyente lo mismo exactamente que nosotros entendemos al decir que las normas autárquicas del Derecho son, y se pueden demostrar, *incondicionalmente necesarias*, ya *de por sí*, es decir, sin atender para nada a la mayor o menor bondad de su contenido (§ 107).

Ni es tampoco necesario atribuir un sentido *genético* a la fórmula según la cual el jefe de algunos Estados gobierna «por la gracia de Dios», como si con esto se aludiese a *los orígenes* del cargo

(1) V. el Levítico y el Deuteronomio, y, sobre todo, las suras del Corán (trad. alem. de GRIGULL, Hendel ed.). TRESPOLI, *Saggio per uno Studio sulla coscienza sociale e giuridica nei codici religiosi*, Parma, 1912 (estudia en su evolución histórica las influencias de los ocho sistemas religiosos procedentes de Asia en las concepciones jurídicas de los pueblos que los abrazaron). RAPAPORT, *Das religiöse Recht und dessen Charakterisierung als Rechtstheologie*, 1913. LATTE, *Heiliges Recht. Untersuchungen zur Geschichte der sakralen Rechtsformen in Griechenland*, 1920. THILO, *Die theologisierende Rechts- und Staatslehre*, 1861, Rst. § 13. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, 1920. TROELTSCH, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen. Ges. Schr.* I, 1919, Cfr. § 12 n. 16.

(2) Ep. a los Rom., 13 v. 1-7.

en su manifestación concreta (3). Es una expresión muy apropiada, tomada en sentido *sistemático*. Quiere decirse con esa fórmula, así entendida, que el titular de los poderes del Estado, que sólo se podrá decir cual es atendiendo a las normas concretas del orden jurídico de que se trate, es el llamado a pronunciar *la última palabra* de decisión sobre materias de Derecho dentro del pueblo en que aquel orden jurídico rija. Esta facultad de decisión le compete al soberano sobre todas las materias concretas y salvo todas las restricciones posibles, sin que tenga sobre sí ninguna otra instancia de Derecho que pueda juzgar del ejercicio de sus funciones, de que que sólo es responsable, por tanto, ante su conciencia y ante Dios (4).

Claro que el Derecho y el Estado se tienen que armonizar también con el *conjunto* de una concepción religiosa fundamental, ya que el anhelo de *perfección* de nuestra vida espiritual nos lleva necesariamente a pensar en una ordenación divina del universo (§ 180). Pero, esto no es lo mismo que hacer derivar de la sanción divina las normas y las instituciones concretas de un orden jurídico.

Se ha sostenido en contra de esto que el Estado al echar los cimientos de la constitución en que descansa se desliga de la voluntad de los hombres que le han enaltecido. Hasta entonces, se dice, los hombres eran dueños de elegir esta o aquella constitución; pero, una vez determinado esto y formado ya el Estado, sus fundadores y las generaciones que les sigan quedan vinculados a las leyes fun-

(3) No se sabe con seguridad de dónde procede históricamente esta fórmula de «*dei gratia*». Es más que dudoso que proceda de los persas a través de Bizancio. Justiniano no la enumera entre sus números títulos y predicados. Quizá fuesen los obispos del Imperio franco los que introdujesen la fórmula como signo de humildad, y quizá la usase ya Carlo Magno siguiendo a los reyes anglo-sajones. V. BRUNNER, § 16, pg. 57. SCHMITZ, *Ursprung und Geschichte der Devotionsformeln bis zu ihrer Aufnahme in die fränkische Königsurkunde*, 1913. Más tarde emplean esta fórmula los jefes de las repúblicas de las ciudades italianas. KERN, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*, 1915 (v. también § 144 n. 4).

(4) Es escasa la bibliografía sobre este punto. MAASSLIEB, *Von Gottes Gnaden: Ein Beitrag zur näheren Bestimmung des Begriffs der Legitimität*, 1831. BROCKHAUS, *Das Legitimitätsprinzip*, 1868. Cit. § 44.

damentales proclamadas porque todo Estado responde a la ordenación divina (5).

Esta inmutabilidad incondicional de los fundamentos históricos de un orden jurídico es científicamente insostenible. Un valor *permanente* y *absoluto*, en la investigación crítica de un Derecho positivo, sólo lo puede tener el *método formal* de juicio que debe desentrañarse y observarse como *idea del Derecho*. La consagración a esta mira ideal es lo que la conciencia religiosa puede exigir del creyente, y sin ésta no se logrará nunca del modo debido. Por lo demás, las posibilidades de cooperación son siempre limitadas y mudables. Y sus cambios y alteraciones pueden hacer necesaria —precisamente en el sentido determinante de aquel método invariable— una transformación del contenido positivo del Derecho histórico de que se trate.

53.—EL LIBÉRRIMO LEGISLADOR.

«Hay quienes enseñan que cada época histórica se crea por sí misma libre y arbitrariamente su existencia y su mundo» (1). Este reproche va contra la era del racionalismo en que el Derecho *natural* se equiparaba en general a un Derecho *positivo*. Y quizá da en la esencia de más de uno de aquellos antiguos escritores, aunque no ninguno de ellos llegue a proclamar tal doctrina en esos términos literales. En cuanto al Derecho, parecen pensar los que sostienen aquella concepción que son los titulares del poder legislativo los que en cada caso lo crean arbitrariamente sin sujeción alguna a las normas de tiempos pasados y atendiendo simplemente a sus convicciones, tal como en el preciso instante se manifiesten.

(5) Es esta la doctrina de JULIO STAHL (1802-1861), expuesta singularmente en los tomos II y III de su *Filosofía del Derecho* (v. Abreviaturas). Sobre Stahl v. GEYER, pgs. 99 ss. BLUNTSCHLI, pgs. 630 ss. KAUFMANN, *Die Staatslehre des monarchischen Prinzips*, 1906. Rst. § 13, III s. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip im Zeitalter der Restauration und des deutschen Bundes*, 1914.

(1) SAVIGNY, en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, pgs. 3 y 6. V. también BRUNS, en *Holtzendorffs Rechtszyklopädie* (4.^a edc. 1882), § 2.—HARMS, *Begriff, Formen und Grundlegung der Rechtsphilosophie*, escr. póst. ed. por Wiese, 1889 (Rec. STAMMLER, *Philos. Monatsh*, 27, páginas 371 s.).

No era difícil echar por tierra esta doctrina. Nadie se puede sustraer a los destinos y a las tradiciones del pasado. Toda aspiración humana responde, por la materia que constituye su contenido concreto, a circunstancias anteriores, y germina en su modo de ser peculiar y determinado en el seno de una época precedente mediante un proceso natural.

Ni siquiera se libran de esto los genios y los grandes hombres llamados a ser los guías espirituales de una época y a introducir en ella radicales renovaciones. Los grandes hombres responden, como todo, a circunstancias dadas y tienen que contar con ellas. Podrán encauzarlas e influir sobre ellas de un modo decisivo; lo que no pueden es sacar de la nada por virtud creadora el ambiente en que han de actuar (2).

Y los mismos órdenes jurídicos fantaseados por los autores de las «*utopías*» no se hallan desligados, ni mucho menos, de toda experiencia histórica. Las utopías son obras poéticas, ciertamente, pero no se contentan con el goce que produce el arte y el poder creador de la imaginación, sino que con intenciones muy serias quieren presentar frente a las instituciones sociales existentes otras más perfectas y mejores. Toda utopía nos presenta un proyecto de un nuevo orden jurídico y nos pinta las consecuencias que de él pueden esperarse. Exactamente lo mismo que ocurre con una proposición de ley cualquiera. Lo característico, lo esencial de la utopía, es que procede a base de determinadas cualidades, que atribuye ficticiamente a los individuos descritos y mediante ciertas posibilidades tecnológicas de vida que tampoco existen. Y partiendo ya de esta existencia que él se imagina libremente, el utopista esboza sus instituciones jurídicas y su Estado (3).

(2) WR. § 60. NEEF *Kausalität und Originalität*, 1918.

(3) V. *supra* § 4 n. 4. MOHL, I, pgs. 167 ss. GEHRKE, *Kommunistische Idealstaaten*, 1878. KLEINWÄCHTER, *Die Staatsromane*, 1891. STAMMLER, *Utopien*, en *Deutsche Rundschau*, 1892, pgs. 281 ss. ADLER, *Idealstaaten der Renaissance*, en *Hirths Annalen*, 1899, n. 116. KATSCHER, *Soziale und andere interessante Gemeinwesen*, 1906. REINER, *Berühmte Utopisten und ihr Staatsideal*, 1906. VOIGT, *Die sozialen Utopien*, 1911. PRYSS, *Der Staatsroman des 16. und 17. Jahrh. und sein Erziehungsideal*, 1913. KIRCHENHEIM, *Staatsromane*, en *Wört. d. staats- und Verw.-Recht* (2.^a ed. 1914). Rst. § 3. SCHRÖDER, *Moderne Utopien*, 1920. BLOCH, *Geist der Utopie*, 1918. TUGAN BARA-

Pero hasta estas pinturas de la fantasía tienen por base una experiencia histórica. Y las aspiraciones a que puedan dar lugar nacen siempre sujetas a la ley de causalidad, como efectos necesarios de las causas que las producen. *Por su materia*, toda voluntad humana, y por consiguiente toda norma jurídica concreta, surge con arreglo a un proceso históricamente necesario, y no por obra de una virtud «creadora» ni de un hechizo (4).

No nos queda, pues, sino observar la unidad de la experiencia social y poner en claro los caminos de nuestra mente que la determinen y nos permitan llegar a ella. Bastará mostrar y determinar claramente cuáles son los conceptos y los métodos mediante los cuales las instituciones concretas de un Derecho positivo se combinan con la noción del Derecho en la realidad sensible.

Con esto llegaremos a conocer científicamente la *segunda parte* de las dos que componen un Derecho «positivo», a saber, su materia concreta, del modo *general cómo puede manifestarse* (5).

54.—LA VOLUNTAD DEL PUEBLO.

Ciertos juristas conciben «el pueblo» como algo independiente y con propia sustantividad, y que existe por obra de la naturaleza. Al pueblo, dicen los que así piensan, se deben todas las manifestaciones espirituales de sus individuos. Estas doctrinas aparecen expresadas con singular relieve en la Escuela histórica del siglo pasado (1).

NOWSKI, *Die Kommunistischen Gemeinwesen der Neuzeit*, trad. al. de HURWICZ, 1921.—Una magnífica sátira de este modo de fantasear sobre materias concretas, es la de HOLBERG, *Niels Klimm's unterirdische Reisen*, trad. 1788.

(4) Sobre la condicionalidad histórica de las medidas políticas, v. § 172; sobre la importancia de la Historia para el conocimiento del Derecho, v. § 176.

(5) LEITZ, *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechtes*, 1877. BRODMANN, *op. cit.* (§ 19 n. 3). KUHLENBECK, *Die natürlichen Grundlagen des Rechts und der Politik*, 1906. HUBER, *Über die Realien der Gesetzgebung*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilosophie*, I, pgs. 39 ss., y su última obra sobre *Recht und Rechtsnerwicklung*, 1921 (v. § 6 n. 1).

(1) V. *supra* § 16. Sobre el modo particular de concebir el Derecho como «convicción» v. § 30 n. 3.—STER-SOMLO, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle*, 1900.

Según esta concepción «*el pueblo*» debería ocupar un puesto aparte dentro del espacio como *ente natural* con *alma propia*, algo peculiar *exterior* al orden jurídico e *independiente* de él. Pero esta contraposición entre el «pueblo» y el «individuo» como dos seres naturales físicamente distintos no es admisible.

Para ver claro en esto tenemos que empezar por saber con toda precisión cuáles son las *condiciones de conocimiento* que nos permiten formarnos un concepto cualquiera del «pueblo». Y el prius necesario que condiciona este concepto es el de una *vinculación jurídica* de los individuos. Si mentalmente prescindimos de toda norma e institución jurídica, no quedará nada de la noción de «pueblo». «El pueblo» no es, pues, un ente sustraído a toda existencia jurídica del que se pueda derivar el contenido concreto del Derecho que rige, sino que la vida toda de un pueblo se desenvuelve en el seno de una convivencia jurídicamente ordenada que forma de suyo una unidad independiente.

La *vinculación jurídica* sólo es, claro está, una *condicio sine qua non* del concepto de «pueblo», sin que se reduzca de eso este concepto por lo que se refiere a su materia. Si queremos penetrar en ésta, tenemos que fijarnos cuidadosamente en el lenguaje usual; pues el del «pueblo» se suele tener una noción limitada en su cierto sentido por una especie de convenio personal, sin que nadie se preocupe de la posibilidad de establecerla de un modo *absoluto* como pura noción sistemática.

El examen más superficial nos muestra que la palabra «pueblo» es una de las más *multívocas* que existen.

Se puede entender por «pueblo» la totalidad de cuantos forman parte de una colectividad jurídica independiente. Y éste el único sentido definitivo y permanente que cabe dar a esta palabra (2). Pero, este sentido no nos puede interesar en cuanto al problema de

(2) Decía BISMARCK exactamente en uno de sus discursos parlamentarios (16. 6. 1873) que «al pueblo pertenecemos todos.... todos formamos parte del pueblo». (*Ansgewählte Reden*, II, página 271). Y es también acertada en el fondo, su expresiva observación, en 21. 3. 1849 (*loc. cit.*, III, pg. 631): «No hay ninguna expresión de que se haya abusado tanto en estos últimos años como de la palabra «pueblo». Cada cual la interpreta como más le conviene; los más llaman «pueblo» al puñado de individuos que logran ganar para sus opiniones».

que venimos tratando: el de la génesis de las materias concretas de un Derecho positivo. El contenido de un Derecho respondería entonces a las exigencias de todos, *absolutamente todos* los individuos vinculados jurídicamente con plena unanimidad. Y esto es punto menos que imposible en la práctica del orden jurídico. Al tratar de *los orígenes* de un Derecho dado se orden, pues, dejar a un lado esta significación de la palabra «pueblo».

Otras muchas veces se entiende, en cambio, por «pueblo» solamente un grupo o un círculo mayor de personas individualizadas frente a la colectividad. «El pueblo» así entendido no es más que *una parte* «del pueblo». Así, se dice inocentemente que «el pueblo» se ha manifestado en uno u otro sentido cuando en ese sentido se ha declarado *una cierta mayoría* de votantes (3).

Mas si buscamos el criterio para apreciar cómo una parte cualquiera «de un pueblo» se puede individualizar de modo que se transforme de pronto en «el pueblo», veremos que este criterio es vacilante y se halla sujeto a constante mudanza. Y esto no sólo por lo que se refiere a los problemas electorales, sino respecto de cuantas tentativas se han hecho para contraponer «el pueblo» en un sentido especial a las demás partes «del pueblo». Todo dependerá de lo que se tome por punto de vista opuesto al delimitar la noción. Así, dentro de la colectividad de un Estado, se opone «el pueblo» al gobierno, a los funcionarios, a los intelectuales, a los juristas, a los artistas y a muchas otras categorías sociales (4), con una tendencia a caracterizar negativamente el concepto: se toma *una parte «del pueblo»* en general en que concurren determinadas cualidades positivas, se la designa con arreglo a éstas y se opone a ella como «el pueblo» en sentido estricto todos los individuos que carezcan de esas cualidades. Y este lenguaje absurdo no tiene, naturalmente, fin en sus innumerables aplicaciones (5).

(3) Se afirma esto hasta en algunas obras serias. V., por ej., TROXLER, *op. cit.* (§ 15 n. 22), pg. 118: «Sólo la Nación es autárquica y soberana, y sólo ella es la fuente de la soberanía y la majestad; súbdita y sometida es, por el contrario, la personalidad política toda, y simple medio e instrumento con todos sus miembros y todas sus fuerzas» V. sobre esto § 114 n. 7 y § 93 *i. pr.*

(4) En «Los maestros cantores de Nuremberg», de WÄGNER, Hans Sachs pone «al pueblo» por juez, frente al gremio de los maestros cantores.

(5) De importancia práctica para el problema de la indepen-

Pero, de cualquier modo que cada cual pueda elegir lo que entienda por «pueblo», lo seguro es que con ello nada nos puede decir en cuanto a las vías por las que nacen las materias positivas del Derecho vigente en el pueblo de que se trate.

Las normas de un Derecho nacen, evidentemente, de la vinculación de los individuos unidos en colectividad. Mas no caen del cielo ni se producen mediante procesos misteriosos e inexcrutables. El problema de los orígenes del contenido positivo de un Derecho, no lo resolveremos, por tanto, por el simple hecho de señalar «al pueblo» en que ese Derecho nazca.

Tenemos que penetrar en la *cooperación* de cada pueblo para descubrir metódicamente en ellos los gérmenes y las manifestaciones de aquella parte de los órdenes jurídicos a que hemos llamado *el elemento positivo* de un Derecho dado (§ 49).

SECCIÓN SEGUNDA

ECONOMÍA Y DERECHO

1.—La Economía social.

55.—LA MATERIA DE LA VIDA SOCIAL.

La *Economía social* es la *cooperación* entre individuos para la satisfacción de sus necesidades.

1.º Encierra, en primer lugar, *aspiraciones unidas*. Se trata siempre de alcanzar ciertas *miras* y de elegir los *medios* más adecuados para la consecución de estos *finés*. La actividad *social* humana no es una suma de fenómenos naturales que afecten a la *percepción* y se puedan presentar sin ir alentados por *aspiraciones* y sin ser *elegidas* y *meditadas*.

Hay que tener presente, pues, que la *Economía social* se halla condicionada por la *noción de fin*, y sólo bajo esta condición se puede conocer *científicamente*. Podría parecer esto una verdad banal si no se hubiese intentado sustraer estos estudios a la *condición crítica del conocer* de la ordenación *de medio a fin*, para investigar las aspiraciones articuladas que son *contenido de una Econo-*

dencia de los juicios, especialmente frente a las concepciones dominantes; v. § 150).

mía social por el método que las ciencias naturales consagran a las *percepciones físicas*. Esta tentativa de la *sociología* (§ 35) tiene por fuerza que fracasar. No puede llegar a la verdadera esencia de nuestro objeto de investigación, precisamente porque lo característico e inexcusable de éste son *los fines* y *los medios* (1).

El estudio científico de los problemas *económico-sociales* corresponde, pues, por su esencia, a la *ciencia teleológica*. No son *objetos físicos* los que aquí se investigan, sino *relaciones sociales*, relaciones entre individuos cuyos *finés* se combinan de modo amistoso u hostil. *La modalidad de esta vinculación* es lo que interesa, porque ella es la que condiciona y determina la trama de la *Economía social* que se ha de dilucidar científicamente en cada caso (2).

2.º Cabe, evidentemente, que se pregunte, no por *el contenido* de ciertas aspiraciones sociales, sino por los *orígenes* de cada una de ellas. Así planteado el problema, se tiende a investigar cómo *una aspiración concreta* que se manifiesta en la sociedad ha surgido, cómo se ha formado y desenvuelto. Pero si esta investigación se hubiese de hacer realmente en el sentido de las *ciencias naturales*, sólo podría penetrar en el aspecto *fisiológico* de la génesis de un impulso o una aspiración. Mas este es un problema que nada tiene que ver con el deseo de dilucidar científicamente *la cooperación económica* como tal, elevándola a *objeto peculiar* de nuestro conocer. Al investigar *los orígenes* de ciertos fines sociales, aunque sea de modo velado, hablando en un vago lenguaje figurado de «causas» (que en rigor sólo se pueden dar en materia de *percepciones físicas*), se parte siempre como evidente presuposición del *contenido* de las aspiraciones *cuyos* orígenes se quieren descubrir (3). Así, pues, *la esencia* de la ciencia *económico-social* está

(1) Cfr. §§ 22 *i. pr.*, 68 y 115.

(2) La investigación *social* abre una nueva y peculiar orientación en cuanto a las posibilidades naturales y modo de utilizarlas; nos ofrece *nuevos* y *peculiares objetos* de observación, cuyo estudio *científico* ha de responder a principios y a conceptos fundamentales diferentes de los que rigen el campo *propio* de las ciencias naturales. *WR.* § 25. *V. supra* § 35 n. 7 ss.

(3) Otra vez se nos presenta aquí la fundamental distinción entre lo *sistemático* y lo *genético*. *V. supra* §§ 22 n. 7 y el texto de este mismo §. Ambos métodos *se completan*, aunque la prima-

siempre en la posibilidad de ordenar armónicamente los diversos *finés y medios* vinculados (4).

3.º La *materia de la regulación social* no es precisamente la naturaleza que nos rodea ni son las condiciones naturales de vida de los hombres. La intervención humana no puede influir en nada sobre las leyes naturales. Y el utilizarlas para fines especiales es función de la tecnología, cuyas doctrinas se pueden desenvolver independientemente, ya se relacionen en un caso dado con la vida *social*, o ya se apliquen exclusivamente a la actividad de individuos *totalmente aislados*. Cuando se nos pregunte *¿qué es «la Economía social?»*, en el sentido que queda indicado, es decir, como objeto de una ciencia propia, sólo podremos responder: es la *cooperación* de diversos individuos *unidos* (5).

4.º Esto que nosotros entendemos por *cooperación* no es, como alguien pretende, una subcategoría del concepto general de «Economía». Es como si existiere una noción general e independiente «de la Economía», distinguiéndose luego en la Economía del hombre *aislado* y en la del hombre *social*. Esto no nos lleva a resultados claros.

Para determinar con toda precisión un concepto hay que poner en claro el opuesto a él. Si en este sentido preguntamos cuál es el concepto opuesto al de «Economía», veremos que es una noción muy difusa que en vigor no significa más que un cierto estado de

cía lógica le corresponde al sistemático. Esta distinción básica entre el problema *sistemático* y el *genético* no se debe perder de vista, aunque, según el parecer de expertos pedagogos, presente grandes dificultades para los no iniciados.

(4) STOLZMANN, *Die soziale Kategorie in der Volkswirtschaftslehre*, I (y única) parte, 1896. EL MISMO, *Der Zurek in der Volkswirtschaft. Die Volkswirtschaft als sozial-ethische Gebilde. Versuch einer sozialorganischen Begründung der Volkswirtschaftslehre*, 1909. EL MISMO, en *Conrads Jahrb.*, 3.ª serie 48, pgs. 145 ss.; 49, 145 ss.; 55, 1 ss.; 57, 257 ss. HAAS, *Die Gesetzmässigkeit des sozialen Geschehens*, en *Schudlers Jahrb.*, 41, pg. 1729 ss.

(5) Sombart, *Technik und Wirtschaft*, 1901. SPANN, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1907 (rec. WR. n. 71). TIETZ, *Der Begriff der Wirtschaft. Darstellung und Kritik der Stammlerschen Wirtschaftslehre*, tesis doct., 1921. HERMIG, *Über den Begriff der Sozialwirtschaft. Kritischer Beitrag zur theoretischen Nationalökonomie*, 1922.

actividad a diferencia de la simple inacción. Nada logramos con esto, en cuanto a la determinación del verdadero *objeto de la ciencia social*.

La explicación de este resultado tan poco satisfactorio está en que la «Economía» de un individuo *aislado* y la que supone una *vinculación social* responden a *distintas condiciones del conocer*.

La primera toma como métodos determinantes de unidad para su conocer científico *exclusivamente* conceptos fundamentales y los principios en que descansa la teoría de las ciencias naturales y la tecnología basada en éstas; la Economía social, por el contrario —como objeto de investigación *peculiar*—, representa la modalidad específica de la *cooperación* y puede someterse a un método nuevo e independiente de ordenación de nuestras nociones si penetramos en la *vinculación de los fines* como entraña de la actividad de los individuos que cooperan (6).

5.º Implicando, pues, la *Economía social* por su concepto la *cooperación* humana bajo las normas de una voluntad vinculatoria, cabría preguntar si en ella se resumen todas las posibilidades de cooperación.

Es posible que el lenguaje no se haya desenvuelto debidamente en este respecto. Pero, ateniéndonos al fondo del problema, no tenemos razón para desglosar ninguna posibilidad de cooperación del campo cerrado de la *Economía social*.

Algunos de los que tal intentan parecen creer que esto de la «Economía» se refiere a cuestiones de orden *material*. Según esto, las necésis des «económicas» que la cooperación tiende a satisfacer, sólo pueden encerrar aspiraciones «inferiores» y nunca miras «elevadas».

A esto tenemos que objectar lo siguiente:

a) Que no cabe trazar un límite seguro en ese sentido sin incurrir en arbitrariedad subjetiva. No hay ningún criterio fijo mediante el cual se pueda distinguir *de un modo absoluto* entre necésidades «superiores» e «inferiores». Podremos imaginarnos, en rasgos generales, una gradación de las necesidades humanas, desde

(6) NATORP, *Sozialpädagogik* (4.ª ed. 1920), pgs. 751 ss. WR. § 27, esp. n. 91.

los instintos primarios de nuestra existencia física hasta el impulso que nos lleva a dominar científicamente la naturaleza y a desenvolver en todos sentidos la vida de nuestro espíritu, en sus manifestaciones tecnológicas, artísticas, y, sobre todo, en lo que mueve a nuestra conciencia a perseguir sus fines en armonía con el bien. Pero, todas estas necesidades aparecen combinadas y refundidas como un todo en la actividad diaria de la vida *social*. No existen dos clases claramente delimitadas de necesidades, de las cuales unas se hayan de satisfacer mediante la *Economía social* y las otras por otro modo cualquiera, que aún no ha dicho nadie, de cooperación (7).

b) Ni se puede encontrar aquel criterio tomando por pauta lo que se suele llamar el *mínimum* del hombre. En ciertas condiciones, el hombre puede necesitar muy poco para subsistir y mucho en otras circunstancias: piénsese, v. gr., en lo que a veces cuesta conservar la vida a un hombre enfermo o herido. Y aún se hace la cosa más indeterminada diciendo que sólo se trata de la posible subsistencia dentro de un cierto plazo. Plazo que tampoco se podrá fijar de un modo *absoluto*.

c) Las leyes sobre el contrato de trabajo distinguen, a veces, entre servicios «de categoría superior» y servicios corrientes (8). Es esta una distinción propia de la técnica del Derecho. Tiene su razón de ser, ya que hay servicios en que la relación de confianza personal es un factor tan decisivo, que sólo a base de él se puede

(7) El lenguaje no debe ofrecernos en este punto dificultades invencibles. La esencia del problema es siempre la misma: ¿es que cabe distinguir en términos *absolutos* una actividad *económico-social* de otra actividad *social* cualquiera? No hay base para afirmarlo. Ni cabe tampoco intentar esa distinción *limitándose* a estudiar la producción para el *cambio*. De modo semejante plantea el problema MARX, al investigar la posibilidad de un «proceso» económico de la producción para fines de cambio; v. esp. su libro «El Capital» (4.^a ed. 1890), I, ps. 37 ss. y 59 ss. No ve este autor que la noción de «proceso» no es una forma lógica absoluta, porque se halla condicionada por otras muchas nociones; lo mismo que ocurre, sobre todo, con el concepto de la producción *social* (§ 56). PETRY, *Der soziale Gehalt der Marxschen Werttheorie*, 1916 (rec. STAMMLER, en *Conrads Jahrb.*, 3.^a serie, 53, ps. 237 ss.).

(8) Los romanos hablaban de *operæ liberales*. V. WINDSCHEID, § 404 n. 2. Cod. civ. al. § 627.

ejecutar debidamente la prestación. Las reglas jurídicas son las llamadas a establecer esta dualidad bajo las circunstancias especiales de cada orden jurídico: no se trata de una distinción *apriorística* de las necesidades humanas y de su satisfacción.

d) Pero, si cabe trazar con relativa generalidad una distinción entre diferentes categorías de necesidades y los diversos modos de satisfacerlas, el tomar esta distinción como *fundamental* nos induciría a error en nuestras investigaciones. Lo que investigamos es el *objeto propio de la ciencia social*. Y éste no se halla constituido por las necesidades ni por la actividad de los individuos en sí y de por sí, porque lo que se determina es la noción de la *cooperación* y de las *relaciones* humanas reguladas que dentro de ésta existen. El modo natural de producirse las necesidades de todo género y la posibilidad de satisfacerlas no tiene nada que ver con el verdadero objeto propio de la investigación y de la ciencia *social*. La ciencia *social*, para poder existir con un campo de acción peculiar, tiene que observar y dilucidar la *vinculación* de los fines y aspiraciones humanos, *como tal*, es decir, independientemente de lo perseguido (9).

Esta es la razón fundamental de que toda actividad de cooperación que tienda a la satisfacción de necesidades humanas sea materia posible de la vida *social*.

6.º La cooperación social se puede distinguir, en un cierto sentido, en dos clases generales. Es la distinción entre la actividad *política* y la *económica*. Aquella se refiere a las reglas vinculatorias que hacen posible la existencia de una comunidad jurídica, a las normas que regulan sencillamente la agrupación de los individuos vinculados y se proponen implantar y mantener en pie esta agrupación en cuanto tal. La actividad que se ocupa en dictar y hacer observar el Derecho se puede llamar *política*, a diferencia de la *económica*, que afecta más inmediatamente a la conducta misma de los individuos agrupados, y tiende de un modo relativamente directo a

(9) Lo opuesto a esto es, por lo tanto, la actividad del individuo *totalmente aislado*. La *voluntad vinculatoria* es, pues, el concepto que condiciona inexcusablemente la noción de la *Economía social* y el que determina lógicamente y hace posible la noción de una cooperación cualquiera como *objeto peculiar de investigación científica*.

procurar lo necesario para subsistir con lo provechoso y lo agradable (10).

Esta distinción responde, pues, a las diferentes *funciones especiales* de la vida social. No se trata de necesidades humanas superiores o inferiores, ni de actividades condicionadas en su diversidad por la categoría de estas necesidades. Puede trazarse esta distinción porque da por establecida de un modo general la *cooperación* como una *vinculación de aspiraciones*, concibiendo la existencia *social* del hombre en cuanto condicionada por una *voluntad vinculatoria*. El concepto de la *materia social* es invariable en

(10) STEINER, *op.cit.* (§ 35 n. 10) distingue tres aspectos: el de la vida económica, el de la política y el de la espiritual. Forman parte del sistema económico, dice, la producción, la circulación y el consumo de «mercancías». «La sensibilidad nos debe enseñar a distinguir ésto en la vida para saber luego diferenciar, como consecuencia de ello, la vida jurídica de la económica» (p. 32). Estas distinciones conceptuales no puede hacerlas nuestra «sensibilidad» tan fácilmente. En efecto, añade este autor: «Así como el primero de estos tres sistemas, el económico, se ocupa de todo lo que debe existir para que el hombre pueda regular sus relaciones materiales con el mundo exterior, mientras que el segundo sistema debe tener por función todo aquello que debe existir en el organismo social en cuanto a las relaciones entre individuo e individuo; el tercer sistema se debe ocupar de lo que deba germinar y deba incorporarse al organismo social como producto de la individualidad humana». Esto es falso. La «médula» de «la cuestión social» está *exclusivamente* en las relaciones de unos hombres con otros. Las relaciones del hombre con el mundo exterior sólo interesan de por sí a las *ciencias naturales*; la unión de unos hombres con otros, y solamente esto, es lo que hace posible la existencia de una ciencia *social* con su objeto propio de investigación. Sólo caben dos posibilidades: o se concibe al individuo como un ser aislado, y entonces cae por completo fuera del campo *social* (§ 34 y § 57 n. 8), o se le concibe sujeto a lo que condiciona toda vida *social*: a la vinculación jurídica. Todas estas distinciones afectan, pues, a cuestiones concretas puramente *técnicas y limitadas*. Nos ofrecen una enumeración descriptiva de ciertas funciones *específicas*, pero no una verdadera distinción *absoluta* basada en una diversidad en cuanto a las condiciones críticas del conocer.

Todas las funciones diferenciadas caen *por igual* bajo los conceptos globales del *Derecho* y la *Justicia*, como diferentes modalidades prácticas de estos dos conceptos fundamentales. V. también § 56 n. 11.

este sentido de *cooperación*, y abarca por igual toda actividad humana *asociada* sin excepción alguna.

56.—RELACIÓN DE LA ECONOMÍA CON EL DERECHO.

Equivaliendo *Economía social* a *cooperación*, toda cuestión *económico-social* encierra necesariamente dos elementos: la regulación general, y la actividad concreta de los individuos asociados condicionada por aquélla y de la que estamos tratando (§ 35). Aquella posibilidad general de ordenación es la *condición lógica* (o sea «la forma»), lo segundo es lo *lógicamente condicionado* (o sea «la materia») dentro de la vida social. Supongamos, por ejemplo, que se estudia el problema de la habitación, los gravámenes que absorben la propiedad urbana o la cuestión del crédito inmobiliario: pues bien, en cada uno de estos problemas partiremos de la institución de la propiedad privada, de la libertad de contratación, de la hipoteca, del contrato de préstamo, del de arrendamiento, del derecho de superficie, etc. Y si prescindimos mentalmente de todas estas *posibilidades jurídicas* no quedará en pie *nada* del problema *económico-social* planteado (1).

La *Economía social*, en sus distintas manifestaciones, se puede, según eso, concebir como la *actuación de un determinado orden jurídico*. Es lo que corresponde estudiar a la llamada *Economía política* (2).

Para elaborar científicamente esta materia es necesario penetrar mediante la crítica del conocer en los factores que *condicionan lógicamente* este objeto de investigación. No hay un solo concepto ni una sola doctrina en la «*Economía política*» que no se hallen *lógicamente condicionados* por la posibilidad de un orden *jurídico* (3).

(1) GERLACH, *Die Bedingungen wirtschaftlicher Tätigkeit*, 1890. WR. § 22, esp. n. 71 ss. (v. *supra* § 55 n. 5).

(2) Una exposición completa de los sistemas más importantes de Economía política v. en DIEHL, *Theoretische Nationalökonomie*, t. I: *Einleitung in die Nationalökonomie*, 1916. GME et RIST, *Histoire des Doctrines économiques* (2.^a ed. París 1920), ps. 693 ss.: Les Solidaristes.

(3) Es curioso que se haya sostenido lo contrario respecto del *dinero*, distinguiendo entre *dinero jurídico* y *económico*; pero, en

De esta relación entre la *Economía* y el *Derecho*, como la que media entre la *materia* y la *forma*, contenido de la *noción* de una *cooperación* determinada, se siguen importantes corolarios (4).

1.º El *Derecho* condiciona *lógicamente* la *Economía social*. No debemos ver en estos conceptos a modo de dos objetos físicos. Como objetos específicos de nuestras nociones, no son fenómenos que ocupen un lugar dentro del espacio. Por eso no se puede aplicar en modo alguno a la relación entre la *Economía* y el *Derecho* la categoría de la *causalidad*. Todo problema *económico-social* se halla condicionado *lógicamente* por la existencia de una posibilidad jurídica para la especial cooperación que entraña. No se trata para nada de una condicionalidad *causal* (5).

2.º No responde a un sentido claro ni profundo eso que se dice de que el *Derecho* y la *Economía* «se influyan recíprocamente».

realidad, esta distinción responde a la que media entre la ley y el Derecho consuetudinario (cfr. § 59 n. 4). El concepto del *capital* no es tampoco posible desde el punto de vista *científico social*, sino condicionado lógicamente por un determinado orden jurídico; *WR.* § 35. Las nociones del *trabajo*, de la *producción* y del *consumo*, como independientes de toda vinculación jurídica, son sólo nociones provisionales para preparar el verdadero problema (v. *supra* § 34). Tan pronto como tomamos el *trabajo* como factor *social*, colocamos sin más este concepto bajo la condición lógica de una voluntad vinculatoria.

(4) DIEHL, *Die Nationalökonomie als Teil der Sozialwissenschaft*, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.* I. ps. 305 ss. cfr. KLEINWÄCHTER, *Die Nationalökonomie als Wissenschaft*, 1882. HASLER, *Über das Verhältnis der Volkswirtschaft und Moral*, 1887. LAVELEYE, *Das Recht und die Sittenlehre in der Volkswirtschaft*, trad. al. de JACOBI, 1893. SECRETAN, *Soziale Schriften*, trad. al. de PLATZHOFF, 1896, esp. ps. 206 ss. BIERMANN, *Staat und Wirtschaft*, 1905. NAVRATIL, *Wirtschaft und Recht*, Budapest, 1906. *Verhandlungen des 1. Soziologentages*, 1910, ps. 249 ss. KAULLA, *Das Verhältnis der Volkswirtschaftslehre zur Rechtswissenschaft und zur Politik*, 1919. GRASSMANN, *Recht und Wirtschaft*, 1919. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des BGB.*, 1609. LEIST, *Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrh.*, 1911.

(5) Ni sirve acudir a imágenes y comparaciones que se relacionen con la ley de causalidad; tal es, por ejemplo, la fórmula del «proceso circulatorio en los organismos económicos» y otras semejantes. V. también § 35 n. 11.

Para eso, sería necesario que se tratase de dos objetos físicos independientes, y ya se ha dicho que esto es inadmisibile en nuestra investigación (6).

3.º Y es también falso ver en la *Economía social*, como se dice valiéndose de una imagen, «el cimiento» de la sociedad sobre el que se levanta «el edificio jurídico y político» (7). Para que pueda existir una *Economía social* es necesario que medie una inteligencia en cuanto a la actividad *armónica* de varios individuos. Sin una *vinculación exterior* de sus distintas aspiraciones, es de todo punto imposible concebir una *cooperación* cualquiera (§ 55). El orden *jurídico* y la organización *política* no son más que aplicaciones y manifestaciones concretas de lo que en general llamamos una voluntad *vinculatoria* (§ 36). Consecuentemente, estas modalidades de vinculación no son algo que se incorpore o sobreponga a los fines vinculados que se persiguen. No es la voluntad vinculatoria lo condicionado por la actividad vinculada, sino que es, por el contrario, ésta la que se halla lógicamente subordinada a aquélla (8)

(6) Sobre la imposibilidad de hacer aplicación de los métodos de las ciencias naturales a la ciencia social, v. § 35 n. 6 ss.

(7) Es lo que sostiene el materialismo histórico; v. § 17. A veces deun modo extraordinariamente confuso, como por ej., en *Neue Zeit*, IV, p. 368, donde se dice que «toda forma de sociedad tiene su Derecho propio».—LORIA, *Die wirtschaftlichen Grundlagen der herrschenden Gesellschaftsordnung*, trad. al. de GRÜNBERG, 1895. STAUDINGER, *Wirtschaftliche Grundlagen der Moral*, 1907.

(8) Es siempre, pues, la misma alternativa única: o se investiga la cooperación en el aspecto *tecnológico*, o se estudia en el sentido *social*. En este caso se halla condicionada necesariamente como se ha dicho, por la noción de la voluntad *vinculatoria*, y los objetos de esta investigación peculiar sólo se dan bajo esa modalidad *vinculatoria* de los fines humanos. Y no importa, naturalmente que por el momento nos limitemos a estudiar la vida económica aislada de una casa o de una familia. La historia de Robinson nos refiere la vida de un hombre aislado, *sustraído* durante algún tiempo a toda sociedad; pero toda Economía privada, tanto en el seno de la casa y de la familia como en sus relaciones exteriores, supone inexcusablemente una cierta modalidad vinculatoria de regulación. *WR.* § 34 ps. 179 ss.—Ultimamente se ha consagrado especial atención, en diversos sentidos, a ésto que se llama Economía privada. HOENIGER, *Die private Unternehmung*. Cuad. 1.º: *Der privatwirtschaftliche Gesichtspunkt in der Sozialökonomie und Jurisprudenz*. 5 trabajos de diferentes autores, 1914. REICHEL, *Recht und Wirtschaft*, 10, ps. 21 ss.—Cfr. § 117 n. 6.

4.º Queda sentado que toda disposición *económico-social* se halla condicionada *lógicamente* por una determinada vinculación *jurídica*. Pero, no nos dice nada en cuanto a la *génesis* de los hechos relativos y su *sucesión en el tiempo*. Toda voluntad *jurídica* tiene por contenido concreto la posibilidad de una actuación *económico-social* cualquiera; y viceversa, toda actividad *económico-social* presupone en sí misma la posibilidad de una conducta armónica, tal como un *Derecho* dado la garantice. Ambos elementos, la *vinculación* y lo *vinculado*, sólo se presentan, pues, fundidos en la realidad de nuestra experiencia, y nacen *siempre simultáneamente* en las más distintas manifestaciones. Sólo analizando críticamente el concepto de «*cooperación*», podemos llegar a separar la *forma* y la *materia* como las partes respectivamente condicionante y condicionada de ese concepto, proyectando de este modo la necesaria claridad sobre la ley y el método de la ciencia social (9).

5.º Toda la actividad de la *Economía social* forma una trama de *juicios* y *aspiraciones*. Nuestras observaciones sobre las relaciones humanas constantes no tienen nada que ver con la percepción de hechos en el sentido de fenómenos producidos *dentro del espacio* y sobre los que nosotros haremos luego nuestros *juicios*. Los «*hechos*» de la vida *social* son siempre *manifestaciones de voluntad*; y toda actividad de este género es expresión de una *aspiración social*, de *fin*es que se persiguen y *medios* que se eligen para alcanzarlos. La idoneidad de un *medio* para la consecución de un determinado *fin* es lo que llamamos su *valor*. La vida social no entraña, pues, por su propia esencia, más que una serie de deliberaciones acerca del *valor* de determinadas aspiraciones humanas. Un contrato de compra, por ej., implica un *juicio valorativo*. Una estadística de precios no es otra cosa que un compendio de *juicios valorativos*. La investigación de la *exactitud objetiva* de estos juicios no es, por consiguiente, diversa en su *género* de la materia especulativa sobre que recae, sino que sólo viene a *rematar* un proceso reflexivo que formaba ya una unidad desde el primer momento y se lleva de este modo a sus últimas consecuencias (10).

(9) Cfr. §§ 3, 5 y 22 n. 7.

(10) Esta imposibilidad de distinguir fundamentalmente entre «*hechos*» y «*juicios valorativos*» dentro de la vida *social* se reitera al examinar la *legitimidad intrínseca* de una aspiración. V. sobre esto § 97 n. 4 ss.

6.º Otra vez nos encontramos aquí con la observación general de que, si cabe siempre, consideramos por *si sola e independiente* la *modalidad lógicamente condicionante* (es decir, «*la forma*») de una noción, la «*materia*» determinada por la «*forma*» sólo se puede elaborar, evidentemente, bajo la condición lógica de ésta (11). El *Derecho* se puede, por tanto, someter a investigación científica de por sí, sin atender para nada a su actuación concreta. Esta sustantividad de la jurisprudencia se manifiesta tanto en su función *reproductiva*, es decir, en la simple exposición de un *Derecho* dado como en lo que respecta a la *Filosofía del Derecho*, al concepto y a la idea de todo *Derecho* en general (§§ 1 y 2) (12).

7.º Si el estudio de la *Economía social* se halla siempre condicionado lógicamente, como decimos, por la noción de un *determinado Derecho*, su investigación científica sólo puede recaer sobre manifestaciones *concretas* e históricamente condicionadas. La investigación de los *problemas sociales* en sí y de por sí, en términos absolutos, es decir, *sin relación alguna con las normas de*

(11) Esto es lo que explica que para la materia lógicamente ordenada de una noción no haya en ciertos casos más nombre que el de esta noción misma, en cuyo *contenido* podemos disociar la *forma* y la *materia*. La palabra «*cooperación*», en nuestras investigaciones se refiere por fuerza tanto al concepto de la *Economía social en general* como al *elemento lógicamente determinado* que entraña.

(12) No se puede decir que la «*vida económica*» tenga una sustantividad propia al lado de la «*vida jurídica*», como dice STEINER, *op. cit.* (§§ 35 n. 11 y 55 n. 10). Este autor intenta hacer ver esta supuesta distinción, afirmando que en un caso se cambian «*mercancías por mercancías*» y en el otro «*mercancías por derechos*». Es falso. En las relaciones sociales se cambian siempre y necesariamente simples «*derechos*». Todo cambio implica lógicamente una transferencia de un *derecho de propiedad*; cabe que en cambio se transmite solamente el uso de una cosa como contenido de un derecho real o de una obligación o una pignoración, etc. El hecho de que el lenguaje, por razones de brevedad y comodidad, sustituya el objeto al derecho a él o sobre él no quiere decir que no se trate siempre, en estas materias, de manifestaciones de la *vida jurídica*, condicionada como una *unidad* por el *concepto* y la *idea del Derecho*, nociones *fundamentales* y *supremas* de todo problema social. Todo lo demás es siempre algo concreto, limitado y mudable, cuestiones de carácter *práctico* que también se pueden estudiar y tratar como tales.

un orden jurídico determinado, le está reservada a la parte de la ciencia social que estudia el elemento *condicionante*, a la *ciencia del Derecho*. No es concebible una ley última que rijá exclusivamente la vida económica sustraída al orden jurídico concreto que la condiciona. Ni cabe, por consiguiente, una «*Filosofía de la Economía*», independiente de la *Filosofía del Derecho* (13).

57.—ECONOMÍA UNITARIA Y LIBERTAD DE COOPERACIÓN.

La *Economía social* puede hallarse regulada de dos diferentes modos:

1.º Cabe que se organice centralizadamente, siendo el orden jurídico que rija en la colectividad el que regule de una manera unitaria la cooperación mediante instrucciones inmediatas.

2.º El Derecho puede permitir que sean los individuos que forman parte de la comunidad los que contribuyan libremente a la cooperación con la actividad que les parezca. La producción y el cambio de lo producido se de a, con todo lo demás que sea materia de cooperación social, al arbitrio de los particulares. Y éstos son los que tienen en sus manos la posibilidad de establecer las mutuas relaciones concretas, mediante cuya conclusión, actuación y extinción se desenvuelve toda la vida social.

Pero también este sistema económico de libre cooperación se halla condicionado necesariamente por un determinado orden jurídico que regula la vida social, ofreciendo distintas posibilidades de cooperación y poniéndolas a disposición de los miembros de la sociedad (1).

(13) DEMELIUS, *Wirtschaftsentfaltung und Rechtsentwicklung*, 1903. PINKUS, *Das Problem des Normalen in der Nationalökonomie*, 1906. TÖNNIES, *Sinn und Wert einer Wirtschaftsphilosophie*, en *Arch. f. Rechtsphilos.* 1, ps. 36 ss. CARLO, *La filosofía del diritto ridotta alla filosofia dell' economia*, Pavia, 1907. MITSCHERLICH, *Der wirtschaftliche Fortschritt. Sein Verlauf und sein Wesen*, 1910. OPPENHEIMER, *Theorie der reinen Wirtschaft*, 1912. STOLZMANN, *Grundzüge einer Philosophie der Volkswirtschaft. Versuch einer Volkswirtschaftslehre auf philosophischem Grunde*, 1920 (v. § 55 n. 4). WILBRANDT, *De-konomie. Ideen zu einer Philosophie und Soziologie der Wirtschaft*, 1920.

(1) No es exacto ver en la Economía social a modo de una co-

Esta distinción entre una Economía unitaria y el sistema de libre cooperación no se debe confundir con la distinción entre la presión *inmediata* o simplemente *mediata* que el Derecho hace sobre los individuos vinculados para moverlos a obrar. Estos medios políticos (§ 173) pueden darse en ambas modalidades de la Economía (2); es cierto, sin embargo, que la *Economía unitaria* tiende prácticamente a valerse de una *coacción inmediata* sobre los individuos. Sus manifestaciones concretas apenas se caracterizan más que en este sentido coactivo, en el que la presentamos a continuación.

Esta Economía unitaria y coactiva se puede manifestar de un doble modo:

a) Imponiendo coactivamente a los individuos los deberes de cooperación, tal ocurre, v. gr., con el servicio militar y con el deber de enviar los hijos a la escuela.

b) Prohibiendo a los particulares intervenir en ciertas actividades monopolizadas por el poder central del Estado o por las organizaciones a quienes el Estado las contra, como pasa, por ej., con los monopolios de telégrafos y de teléfonos.

Los órdenes jurídicos que, dentro de colectividades organizadas jurídicamente y por lo que se refiere a su vida económica, centralizan la producción de un modo *exclusivo*, a base del sistema de Economía unitaria, se llaman *socialistas* y *comunistas*; y no se limitan a «socializar los medios de producción», sino que organizan también en común y coactivamente el consumo de lo producido. El sistema opuesto a éstos, es decir, el orden social basado en la libre

rriente natural a que ponen cauce exteriormente las leyes del Derecho En la *sociedad* no puede prosperar nunca una *libertad natural* (§ 84, 2.º). Lo único que cabe es la *relativa* distinción que se hace en el texto de este párrafo.

(2) Puede ocurrir que el Estado, en otro centro económico cualquiera, concorra libremente con los particulares, dejando a la libertad de éstos el actuar económicamente a su lado. Tal, por ej., en la explotación de bosques y otros dominios públicos; en los ferrocarriles, cuando no se hallen monopolizados por el Estado; gestión de los servicios de Correos y Telégrafos por empresas privadas, si el Estado lo consiente, etc. Y, por otra parte, puede también el orden jurídico poner graves trabas mediante la exacción al principio de la libertad contractual; cfr. § 160.

cooperación, se llama, por el contrario, *individualista, liberal o burgués* (3).

En todos los órdenes jurídicos que han existido y existen se nos presenta una combinación de las dos posibilidades indicadas: de la Economía unitaria y del sistema de libre cooperación. Jamás se ha manifestado una de las dos exclusivamente. El límite entre la aplicación de ambas modalidades de Economía social varía con cada época. Sólo de un modo relativo se puede decir que en general se nota en el transcurso de los tiempos una tendencia marcada a fortificar la libertad económica, en cuanto ésto favorece la formación de libres personalidades (§ 99) (4).

En todo caso no se debe olvidar que tanto la Economía unitaria centralizada como la libertad individual de cooperación sólo son diversos *medios* de que el orden *jurídico* se sirve. El Derecho es el llamado a utilizar uno y otro de estos dos medios relativos para organizar debidamente la vida social que rige (§ 173), con arreglo al

(3) La palabra «socialismo» la empleó por vez primera el escritor francés REYBAUD, que en 1840 publicó un libro titulado: *Etudes sur les reformateurs socialistes modernes*. Expone las doctrinas de Saint-Simon, Fourier y Owen, y los critica como peligrosos agitadores, sosteniendo que sus doctrinas son reprobables porque exageran la noción de la solidaridad «social», tildándoles por esto de «socialistas». En Alemania acogió esta expresión LOR. STEIN en *Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs*, 1842 (2.^a ed. 1828). Y el nombre quedó en Francia, en Inglaterra durante algún tiempo y luego en Alemania, para discernir todas aquellas que por cualesquiera razones (n. 6) aspiran a implantar exclusivamente una *Economía coactiva y centralizada con arreglo a un plan*. Este programa fué ganando terreno en la política práctica. Y esta curiosa palabra de «socialismo» se usa no pocas veces arbitrariamente como tópico político y con los sentidos subjetivos más caprichosos. Esto conduce fácilmente a simples disputas de palabras, aunque parece que no debiera haber razón para atribuir un sentido personal divergente a una expresión que tiene su acepción técnica fija. Por lo demás, hay quien como GROS, *Naturrecht* (v. § 9 n. 3), § 69, emplea el adjetivo «socialista» (con un sentido nuevo y personal) para descifrar la teoría de la sociabilidad de Pufendorf (v. § 14 n. 7).

(4) HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1885. JHERING, *Zweck* (v. § 28 n. 8) I, ps. 522 ss. RR., ps. 246 ss. cfr. § 84 n. 4.

modo metódico con que tienda a configurar *justamente* sus normas (§ 80).

Se sigue de aquí que el *socialismo*, como plan de una Economía coactiva y centralizada, no es ni puede ser una concepción *filosófica* de la vida social, o a modo de una «visión del mundo». El *socialismo*, como doctrina que predica la socialización de la producción, no es el *fin último* ni la *ley suprema* de la sociedad humana, sino *uno de tantos medios limitados*. Y sólo *dentro de una situación histórica dada* se puede decir de qué modo y con qué alcance se deba usar de este medio, nunca en términos absolutos respecto de todos los pueblos y todos los tiempos. Como *mediada concreta* de organización, el socialismo se distingue fundamentalmente de la *ley última absoluta* que rige toda vida social. No puede pasar de ser la aplicación de esta ley suprema a *circunstancias concretas y determinadas* (5).

El juicio que merezca una *regulación socialista* dependerá, pues, en primer término, del modo cómo se acomode a la *ley fundamental* de la sociedad humana. El juicio no será el mismo si con el materialismo social no se ve en la Historia humana más que una serie de causas y efectos (§ 17) que si los afanes y aspiraciones producidas *causalmente* se toman simplemente como la *materia* que luego nuestra conciencia tiene que dilucidar y encauzar en el sentido ideal de la justicia (§§ 91 ss.) (6).

(5) La bibliografía sobre el socialismo se multiplica extraordinariamente por razón de la gran importancia práctica que el movimiento socialista ha adquirido. V. a modo de introducción las siguientes obras: VORLANDER, II, § 74. SOMBART, *Sozialismus und soziale Bewegung im 19. Jahrh.* 13 ed. 1896 (reed. diferentes veces). BIERMANN, *Anarchismus und Kommunismus*, 1906. EL MISMO, *Die neuere Entwicklung des Sozialismus*, *Zeitschr. f. Politik*, I, ps. 488 ss. DIEHL, *Ueber Sozialismus, Kommunismus und Anarchismus*, 4.^a ed. 1922. SOMBART, *Grundlagen und Kritik des Sozialismus*, 1919.—STAMMHAMMER ha publicado una bibl. sobre socialismo y comunismo en varios volúmenes, a partir de 1893.

(6) De lo dicho en el texto se desprende que el examen de las doctrinas *socialistas* no compete de modo inmediato a la *Filosofía del Derecho*. El *plan* de una *Economía coactiva y centralizada*, que es la esencia del «socialismo», no pasa de ser metódicamente un *simple medio relativo*. No se condensa en el «socialis-

Y para esto habrá que atender a todas las circunstancias concretas y a todas las diversas posibilidades de la vida económica de-

mo» la *ley última* de la vida social y de las aspiraciones humanas. Siempre surgirá el problema de legitimar los progresos de ese movimiento con arreglo a la *ley fundamental de la voluntad*. ¿Por qué razón se ha de implantar este sistema de *Economía centralizada* y en qué está la *necesidad* interna que la justifique?

Por otra parte, es instructivo observar cómo este problema, que es siempre un problema relativo que sólo se puede resolver a base de circunstancias históricas determinadas, se engarza y subordina a ésta o aquella *teoría* de la vida social, respondiendo, conscientemente unas veces y otras involuntariamente, a una fundamental y peculiar concepción de la sociedad. Los partidarios del movimiento socialista se pueden separar hoy en dos grupos: a) La mayoría de ellos toma por base de sus aspiraciones la teoría del *materialismo histórico* (§ 17). Así lo hace, por ej., el programa del partido acordado en Erfurt en 1891. Hay que favorecer el movimiento, se dice, porque se desenvuelve a modo de un proceso regido por *leyes naturales*. Los fundamentos tradicionales del orden social tienen que ceder ante un sistema de *Economía coactiva y monopolizada* porque así lo exige el proceso económico con la *necesidad de lo natural*. El movimiento económico-social de los tiempos modernos es como una espiral, y tiene que llegar necesariamente a su extremo, del mismo modo que los planetas al chocar con el centro cósmico. Lo que hay que hacer en la práctica es observar la tendencia que domina en la evolución de los fenómenos económicos, limitándose a asistir al parto como el comadrón, sin pretender crear un Estado justo.—Pero todas estas afirmaciones se vienen abajo con las superficiales e imperfectas doctrinas del materialismo histórico. b) Independientemente de ésta, se ha formado una corriente doctrinal que propugna una *Economía coactiva y centralizada*, pero en sentido *ideológico*, es decir, por obra de una «*idea*». La concepción central de estas doctrinas es la de una *igualdad cuantitativa*, lo que las lleva luego al postulado de un absoluto comunismo. Pero no es lo mismo la *igualdad* que la *justicia*, conceptos que aquí se confunden (§ 17). La *justicia* es la ley última ideal que corresponde definir a la doctrina de la *idea del Derecho* (§§ 91 ss.). Ella es la que tiene que servir de pauta para orientar y encauzar armónicamente los hechos y las aspiraciones que surgen históricamente en la realidad para que hayan de ser *objetivamente justos*. Por el contrario, el postulado de una *igualdad exterior* no sólo conduce a resultados técnicamente insuficientes, sino que es en sí teóricamente falso porque en el terreno de los *principios* sólo puede tener sentido y significación desde el punto de vista del *endemonismo*, sin que de otro modo pueda concebirse.—Cfr. § 173 n. 9

que se trate, y habrá que ver, sobre todo, con qué cualidades humanas se cuenta dentro de esa sociedad, con qué tradiciones históricas y con qué resortes, para construir luego estos materiales en el sentido de una convivencia fundamentalmente legítima. Pero, siempre quedará en pie el problema de saber si los resultados alcanzados son en realidad justos y satisfactorios (7).

Si uno se inclina más bien a defender el sistema de *Economía unitaria* o el de *libre cooperación*, al poner en práctica uno de estos dos *medios relativos* se verá que ambos son susceptibles en concreto de muy diversas modalidades. Y se combinan y entretienen repetidamente. Puede predominar en un caso dado una de las dos orientaciones, pero no por esto repudiará todo elemento de sistema contrario. La tendencia centralizadora dejará margen en más de un respecto a la libre cooperación de los particulares y viceversa; el principio de la libertad de contribución y disposición tendrá que allanarse con harta frecuencia a las trabas coactivas que el Derecho le imponga.

No basta, pues, llegar a estas posibilidades opuestas de ordenación de la vida económica: la *socialista* y la *individualista*. Por encima de éste está todavía el problema de la *concepción fundamental*, que nos dé la *pauta* para juzgar científicamente de la legitimidad de una determinada regulación; ni nos dicen tampoco aquellas doctrinas por sí solas mediante qué procedimiento *técnico concreto* ha de acometer su misión la legislación en cada caso (8).

(7) SCHILLER, A los legisladores: «Habéis de suponer en todo caso que el hombre quiere siempre, en general, lo justo; en particular.... en ésto no penséis».

(8) Se ha intentado, ciertamente, oponer el «individualismo» al «socialismo», a modo de dos *sistemas ideales*, viendo en ellos las «ideas esenciales» de la humanidad. Así lo hace PLENKE, *Christentum und Sozialismus*, 1919, esp. ps. 21 y 29. Se distingue según que se conciba la individualidad consumada del hombre en la personalidad individual misma o en el seno de la colectividad social.—Pero la colectividad social y el individuo no son dos factores distintos y contrapuestos. El individuo es siempre *al mismo tiempo* miembro de una sociedad, y la noción de sociedad sólo entraña conceptualmente la articulación de los fines de diferentes individuos. Hay, pues, en esta doctrina, desde luego, una cierta inseguridad de concepto. Podemos enfocar un problema cualquiera concreto que se plantee dentro de la trabazón armónica de una sociedad desde el

II.—Los fenómenos económicos.

58.—CONCEPTO.

Para que el estudio de la vida *social* pueda tener un carácter *científico*, es necesario ordenar los *fenómenos* que en su seno se producen con arreglo a un método *armónico absoluto*. La contemplación de la *naturaleza* nos ofrece impresiones innumerables, que luego la investigación *científica* determina de modo que pueda existir una plena armonía de todas las posibles percepciones dentro del tiempo y del espacio. Pues de modo análogo tiene que proceder una ciencia de la vida *social*: acogiendo y ordenando los diversos fenómenos que se presentan al observar la *cooperación* (1).

Pero, el paralelo entre estos dos campos *científicos* no puede pasar de aquí. La analogía afecta sólo al plano *formal* (es decir, condicionante) de ambas ciencias. En cambio, la *materia* (o sea lo determinable) sobre que se opera es fundamentalmente distinta en uno y otro caso. En el primer caso, se trata de *impresiones percibidas* por el hombre en el mundo exterior; en el segundo caso, de *aspiraciones* que se manifiestan en el seno de la convivencia humana. Los caminos metódicos que hayan de seguir ambas ciencias,

punto de vista de un miembro individual de ésta o desde el de toda la colectividad, pero esto no nos puede dar un criterio para saber si la aspiración de que se trata es *justa* o es *reprobable*. Este juicio *ideal* puede hacerse ante cada problema y desde anchos puntos de vista, evidentemente. La distinción entre *individuo* y *colectividad* no marca, pues, la concepción *fundamental* de la vida humana; es la doctrina de la *idea del Derecho* la que estudia, y esta doctrina afecta por igual a los dos puntos de vista indicados. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état y Conférences faites à l'école des Hautes Etudes Sociales*. París, 1908.

(1) V. §§ 3 n. 9 y 23 n. 1.—No se puede objetar que una sensación de dolor que se produce como impresión natural entraña a modo de una pauta «subjetiva» de juicio. La sensación de dolor *como tal* no es ni exacta ni *inexacta*, lo son únicamente las nociones a que pueda dar lugar, tanto en el sentido de las ciencias naturales, por lo que se refiere a la relación de causalidad y para los efectos del remedio que se le pueda poner, como éticamente, tomando aquí esta palabra en un sentido amplio, por los que respecta a la concepción del dolor como un mal.

movidas por la misma mira de establecer una ordenación armónica incondicionada, diferirán necesariamente como difieren las materias que han de estudiar.

Si examinamos más de cerca las características de estas materias que la ciencia tiene que determinar, se nos presenta la diversidad fundamental siguiente:

Los fenómenos de la *naturaleza* se nos ofrecen de un modo originario, a través de una visión inmediata. No llegan a nuestro espíritu mediante conceptos y ya determinados por éstos, sino que son simples impresiones que nuestra conciencia habrá de determinar pero que *de por sí* se hallan todavía indeterminadas y confusas.

No ocurre lo mismo con los fenómenos que se producen en el seno de la *cooperación* social. La materia de la *vida social*, concebida en abstracto, no es simplemente una trama de impulsos y afanes elementales que conduzcan a diversas aspiraciones humanas: este primer estadio queda ya atrás. Hay que tener presente que la vida *social* entraña siempre una modalidad de la voluntad humana. Hay que distinguir el campo de las intenciones, a que se circunscribe la *vida interior* y la voluntad que rige la *convivencia* (§ 31). Antes, pues, de llegar a los diversos fenómenos de esta segunda clase, hemos tenido que enfrentarnos conceptualmente, con la materia natural de los impulsos y aspiraciones humanas, y no podemos pasar a este orden de problemas sin haber clasificado antes sistemáticamente esos impulsos y aspiraciones. Y hallándose constituida la *materia* de la vida social por la *Economía social*, entendida como *cooperación* para la satisfacción de nuestras necesidades, y no debiéndose determinar ni delimitar lógicamente ésta para poder seguir adelante, los *diversos fenómenos* que de la cooperación se desprendan no se podrán concebir como si fuesen formaciones *ex abrupto*, una masa caótica y confusa que tuviésemos que empezar por ordenar conceptualmente. No, estos fenómenos sólo se pueden dar bajo la condición lógica sin la cual no es concebible *cooperación humana* alguna y que es a la vez el criterio que sirve para diferenciar la *vida social* de la *vida interior* de cada hombre. Esta condición lógica determinante del concepto de «*cooperación*» es la noción metódica que llamamos *vinculación* de las aspiraciones humanas (§ 35): así, pues, *todo fenómeno concreto* de la Economía social se halla condicionado lógicamente por una *voluntad vinculatoria*.

El *vulgar materialismo* comete el error fatal de elevar «la materia y su dinámica» a *principio supremo* de nuestra existencia; toda la vida espiritual del hombre se halla, pues, regida por «la materia», según esta doctrina. No se ve que al afirmar esto ya se parte virtualmente de la *posibilidad de una ordenación armónica*. El concepto de «la materia» y lo que se entiende por su «dinámica» no es en rigor más que una noción especial que forma parte del contenido de nuestra conciencia. Lo último a que nos podemos remontar para encontrar un punto lógico de partida no puede ser un objeto cualquiera conocido científicamente, «la materia», por ejemplo, sino la posibilidad de un conocer en general (2).

El *materialismo social* se halla afectado por el mismo funesto error dentro del campo de sus doctrinas, a lo que añade el de ver en los *fenómenos económicos* los objetos primarios, supuestamente naturales, de la vida social; cuando, en realidad, lejos de entrañar una materia substraída a toda ordenación, sólo se pueden producir (*lógicamente*) condicionados por el concepto de la cooperación económica. Y como objetos simplemente determinables de la investigación económico-social, los fenómenos económicos no tienen sentido ni se pueden concebir sino como manifestaciones de una vida de asociación, mediante la cual se libra en común la lucha por la existencia, lo cual exige, como se ha dicho, *una vinculación* de las aspiraciones humanas (3).

Un *fenómeno económico* es, pues, según esto, lo mismo que una *relación social*, a saber: una relación humana determinada por una *voluntad vinculatoria*. Ahora bien, donde decimos *voluntad vinculatoria* o *social* podemos perfectamente decir *voluntad jurídica*. Pues el Derecho, en virtud de su carácter *autárquico* predomina sobre las simples reglas *convencionales*, utilizándolas como medios al servicio de su propia ordenación (§ 42). Y por su carácter de *inviolabilidad*, que le diferencia del poder *arbitrario*, da base

(2) Sobre el materialismo, v. también §§ 17, 35 n. 5 y 180 n. 5.—KANT, Crit. de la razón pura, 2.^a ed., p. 420; cfr. pról. página xxxiv.

(3) MARX se esfuerza también para sustraerse a la simple descripción de fenómenos naturales y por elevar las «circunstancias económicas» a objeto de la *ciencia social*. Pero no analiza suficientemente este concepto. W.R. § 35, ps. 192 ss.

para una vinculación *permanente*, permitiendo con ello encauzar las aspiraciones sociales en el sentido de su *ley última* (§ 47, cfr. § 107).

Toda relación jurídica de las que se manifiestan en la vida social puede muy bien denominarse al mismo tiempo *fenómeno económico*. Sin embargo, para poder penetrar claramente en la materia que nuestra ciencia ha de elaborar, es necesario compendiarla en diversos tipos. El material de que aquí se trata no se halla formado, como hemos dicho, por sentimientos naturales *ex abrupto*, sino por nociones ya determinadas conceptualmente. Ahora bien, si una relación jurídica cualquiera no pasa de una manifestación aislada sin repetirse jamás con su modalidad característica, no puede suscitar interés alguno. La investigación de la vida social sólo conduce a resultados dignos de atención cuando recae sobre aquellos hechos que se manifiestan siempre idénticos y que, por consiguiente, tienen su importancia para la cooperación de que se trate.

La ciencia social, por consiguiente, no debe tomar por base de sus investigaciones más que los acacimientos que se repitan con una cierta identidad. El concepto de *fenómeno económico* se puede, pues, definir como la *manifestación en masa de idénticas relaciones jurídicas*.

59.—CLASIFICACIÓN DE LOS FENÓMENOS SOCIALES.

Los *fenómenos económicos* se presentan a los ojos del observador como muchedumbre innumera e inmensa. Se siente inmediatamente la necesidad de compendiarlos sistemáticamente. ¿Hay posibilidad de hacerlo? Se recordará que estos fenómenos sólo se pueden dar condicionados por una voluntad jurídica. Toda esta trama confusa de los hechos sociales se reduce a la conclusión, actuación y extinción de una serie de *relaciones jurídicas*; relaciones de propiedad territorial, por ej., de arrendamiento, de ciudadanía, de ilegítima filiación, etc.

Lo que se hace es observar cuantitativamente una masa de relaciones jurídicas idénticas. Para obtener, pues, una sistematización *completa* de los fenómenos sociales a la posibilidad de una sistematización jurídica en general y al sistema que se pueda establecer dentro del orden jurídico concreto de que se trate. De esto tratare-

mos más adelante, en la sección consagrada a la *clasificación del Derecho* (§§ 133-138).

Por el contrario, induce a error el estudiar como un «organismo» la Economía política de un determinado país y de una época dada. Es, por lo menos, una imagen confusa que nada prueba. Lo único que puede significar es que todos los acaecimientos económico-sociales que se produzcan en el seno de la cooperación de un pueblo se hallan engarzados y combinados. Pero, ¿en qué consiste esta trabazón? Sólo puede consistir en la uniformidad de aplicación del orden jurídico en que descansan. Y esta uniforme aplicación no es de por sí un objeto propio e independiente de investigación. Si queremos concebirla de una manera *absoluta y completa* y reducirla a una *clasificación perfecta*, sólo podemos tomar por pauta la misma que sirve para sistematizar *el orden jurídico condicional*, pues sólo partiendo de este como supuesto lógico podemos concebir la actividad económica de un pueblo en la peculiaridad que la caracteriza, y de sus normas concretas depende lógicamente la posibilidad de la cooperación económica (1).

Esto, por lo que se refiere a una clasificación *completa y absoluta*. Desarrollándola hasta sus últimas consecuencias nos lleva a los métodos formales que condicionan la materia clasificada. Pero, también será útil establecer una clasificación que baste para el fin técnico de las investigaciones económico-sociales y que ayude a ellas.

Hay cuatro puntos de vista desde los cuales se puede clasificar la actividad *económica* con relativa generalidad:

- a) Los *individuos*, con sus cualidades y aptitudes para actuar en la Economía social.
- b) La *tecnología* de las distintas actividades sociales.
- c) La *cantidad* de los objetos jurídicos y de las prestaciones que se cruzan.
- d) La *calidad* de la actividad social en sus distintas manifestaciones reales.

Pero, también esta clasificación se reduce en último término a una ordenación de hechos *jurídicamente condicionados*. Todo problema *económico-social* exige ver cómo se comportan los su-

(1) V. sobre esto la bibl. cit. en § 56 n. 13 y especialmente el libro de STELZMANN.

jetos de Derecho en sus *relaciones jurídicas*. Según esto, aquella cuádruple clasificación se puede presentar en dos diferentes aspectos: *dentro de idénticas relaciones jurídicas* o atendiendo a ciertas combinaciones en cuanto a las *personas* entre quienes se establecen estas relaciones.

Algunos ejemplos podrán aclarar el compendio sistemático que así resulta.

1.º *Clasificación analítica de los fenómenos sociales.*

a) Atendiendo a las cualidades naturales de los individuos en su actuación social. Se toman relaciones jurídicas idénticas, diferenciando las personas que en ellas intervienen según sus características: así, se estudia, v. gr., el empleo de las mujeres y de los niños en determinados trabajos. La diferenciación puede aquilatarse extraordinariamente, en el terreno económico-social, observando, por ej., el trabajo técnicamente útil de aquellas personas en ciertas industrias, dentro de las cuales se podrán distinguir a su vez varios grupos, etc.

b) Carácter y naturaleza técnica de las prestaciones que hayan de ejecutar los que intervienen en las relaciones jurídicas: panaderos y albañiles, por ej.; el salario en las fábricas y en el campo; diferente utilidad técnica del suelo.

c) Cantidades: los grandes terratenientes y la pequeña propiedad; cuantía de los precios y de los salarios.

d) Calidad en la ejecución: ejecución concienzuda de los trabajos pactados, modo de desenredar las relaciones jurídicas, amistosa o coactivamente (litigios, concursos).

2.º *Clasificación sintética.*

a) Diferentes clases de personas dentro de un círculo jurídico de cuya unidad es centro el sujeto de Derecho de que se trata, confluendo en él las múltiples relaciones sociales, acaso totalmente diversas unas de otras. Ejemplos: intelectuales; analfabetos; personas jurídicas, y dentro de éstas: fundaciones, sociedades anónimas, etcétera (2).

b) Atendiendo a la técnica de la producción y del cambio y a la técnica de las industrias. Un caso importante es el de las indus-

(2) Tales son también, finalmente, los problemas de la superpoblación y de la emigración, el del Estado y el pueblo, etc. BORTKIEWICZ, *Bevölkerungswesen*, 1919.

trias-sucursales y el de la delimitación del campo de acción de las empresas mercantiles que forman una unidad independiente.

c) Se nos plantea un problema especial al establecer la cantidad de relaciones jurídicas que pueden confluír en la misma persona.

Si se trata de relaciones jurídicas idénticas, la cosa no es difícil. Estas se podrán sumar desde luego atendiendo a las posibilidades analíticas enumeradas *sub.* 1.º. Tal, por ej., en cuanto al problema de la propiedad de los medios de producción y de lo producido, en cuanto al número de contratos de compra, arrendamiento y trabajo concluidos por el propietario, teniendo en cuenta cada una de estas clases de contratos independientemente de las otras. Y tal también por lo que se refiere al derecho de familia, como cuando, por ej., se examina el promedio de hijos de cada matrimonio.

Pero si no son idénticas las relaciones que se estudian, surge una dificultad que sólo se allana mediante *el dinero*. El *dinero* es lo que sirve para determinar *numéricamente diferentes* prestaciones. Hace posible el fijar *la cuantía* del patrimonio de una persona, en comparación con el de otras y nos lleva a todos los demás problemas en que se hace necesario atender el carácter *cuantitativo* de las relaciones jurídicas (3).

d) En cambio, en cuanto al carácter que presenta la ejecución efectiva de las relaciones jurídicas de una misma persona, caben todas las posibilidades que se ofrecen en cuanto al modo específico de administrar un patrimonio y en cuanto al uso que el individuo puede hacer de sus bienes, tal como esto se desprende de los fenómenos idénticos observados en masa. Pertenecen a este orden de consideraciones el problema del lujo (4), el de la usura, la disipación y el ahorro dentro de un pueblo.

(3) KANT establece en su *Metafísica* de las costumbres la pregunta: «¿qué es el dinero?», que trata en la doctrina del Derecho. SIMMEL ha escrito una «Filosofía del dinero» (*Philosophie des Geldes*, 1900). En rigor, este problema no incumbe a la Filosofía del Derecho, sino a la Jurisprudencia y a la Economía política técnicas.—V. también § 56 n. 3.

(4) Sobre el lujo, v. § 38 n. 5.

60.—FENÓMENOS SOCIALES NEGATIVOS.

Las investigaciones de la ciencia social toman una orientación especial y decisiva cuando comparan los hechos acaecidos con lo que el orden jurídico de que se trata había creído posible y deseable. Media entonces una dualidad entre lo propuesto y lo realizado. Estos fenómenos de la vida social observados en masa son los que llamamos *fenómenos sociales negativos*. Se trata también de fenómenos sociales idénticos, pero divergentes en sentido negativo de los previstos por el Derecho (1).

Los fenómenos sociales negativos se pueden producir de dos modos:

1.º Como *no conclusión* de relaciones jurídicas posibles. Es lo que ocurre, por ej., con las masas de mercancías no vendibles o de casas desalquiladas; es también el caso de los empleados cesantes, de los sin trabajo, de los inútiles para el servicio militar; y tal asimismo el número de los celibatarios.

2.º Quebrantamiento de las normas sociales mediante transgresiones y contravenciones. Pertenecen a este lugar, en primer término, los delitos y sus sanciones. Desempeñan también un importante papel desde este punto de vista las violaciones de los límites impuestos a la libertad contractual: los negocios jurídicos ilícitos o contra «las buenas costumbres», la usura y el abuso del Derecho (§§ 160 ss.). Y hay que clasificar aquí también todas aquellas violaciones del Derecho que se producen por condenable debilidad de éste, por no poder hacer respetar las leyes y las sentencias judiciales basadas en ellas, e independientemente de él, por el carácter acomodaticio y la debilidad de los gobiernos, incapaces de llevar adelante en la realidad las leyes vigentes (§ 71) (2).

Estos fenómenos que, comparados con lo que se propone el Derecho dominante, tienen un carácter negativo, se dan en toda sociedad. De la regulación de conducta que condiciona en cada caso concreto la cooperación, no se puede esperar una aplicación con seguridad plena y absoluta. Y para que la investigación de una determi-

(1) *WR.* § 48, pgs. 260 ss.

(2) Un fenómeno peculiar es el de la enemiga contra el Derecho, tal como se manifiesta, sobre todo, en masa, en los crímenes del anarquismo (§ 103).

nada vida social sea completa ha de tener en cuenta también las perturbaciones, los impedimentos y los obstáculos con que puede tropezar en la realidad.

SECCIÓN TERCERA

LOS ORÍGENES DEL DERECHO

I.—Los fundamentos a que responden las transformaciones jurídicas.

61.—PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO.

¿Cómo habrá surgido el Derecho por vez primera, en tiempos pasados?, se suele preguntar.

Se han emitido diversas hipótesis sobre este punto. Unos derivan el Derecho de la familia, de los vínculos permanentes entre varón y mujer y entre los padres y los hijos; otros de los instintos de sociabilidad del hombre primitivo como animal social. Hay quien cree que el Derecho procede de los dictados de la providencia divina y quien ve su primera manifestación en el hecho de retener como esclavo al enemigo vencido. Según unos, el primer rey fué un guerrero triunfante, y según otros, el Derecho nació de la libre reunión de los individuos, ya en un período avanzado de cultura (1).

Son todas hipótesis inciertas, que ni se han demostrado ni se pueden demostrar.

(1) LOR. STEIN, *Gegenwart und Zukunft d. Rechts und Staatswissenschaft* (v. § 3 n. 9), pgs. 147 ss. JHERING, *Zweck* (v. § 18 n. 8 y n. 10), I, pgs. 246 ss. NEUKAMP, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechtes*, 1895. MUCKLE, *Horde und Familie in ihrer urchenichtlichen Entwicklung*, 1895. itál. STEIN, *Die soziale Frage im Lichte der Philosophie*, 1897, pgs. 56 ss.: *Urformen der Gemeinschafts und Gesellschaftsleben* (2.^a ed. 1903). ED. MEYER, *Über die Anfänge des Staates und sein Verhältnis zu den Geschlechtsverbänden und zum Volkstum*, *Sitzg.—Ber. d. Akad. d. Wiss.*, 1907, páginas 508 ss. EL MISMO, *Geschichte des Altertums*, I (2.^a ed. 1907). CORNIL, *Notes sur le problème des origines du droit*, en *Revue du droit international*, t. XII, Brus., 1910. TAYLOR, *Origin of Government*, Oxford, 1919. KOPPERS, *Die Anfänge des menschlichen Gemeinschaftslebens im Spiegel der neueren Völkerkunde*, 1921.

Nuevos investigadores han intentado distinguir del estado hipotético del «salvajismo» un período de «barbarie» (2), del cual, si bien no sabemos nada de un modo inmediato, podemos, sin embargo, inferir cuál fuese el estado de cultura, razonando retroactivamente a base de los caracteres de la época de «civilización», es decir, del tiempo a que ya llega la Historia documental. Interés especial ofrecen en este respecto los orígenes del matrimonio y de la familia en las formas en que aparecen en tiempos posteriores. Se discute lo referente al «matriarcado» y a los «matrimonios por grupos», a la «exogamia», «endogamia», a la «familia gentilicia» de los primeros tiempos, etc (3).

Todas estas cuestiones sólo afectan en realidad a aspectos concretos de las normas de un Derecho dado (4). La esencia del Derecho y la posibilidad de su génesis se dan ya por supuestas virtualmente. Así pues, sólo cabe observar de un modo general los orígenes del Derecho en cuanto a sus transformaciones dentro de ciertos períodos históricos.

62.—TRANSFORMACIONES DE ESTADOS HISTÓRICOS.

De dos modos se pueden verificar las transformaciones de una vida social cualquiera (1).

Cabe, en primer término, que la forma de ordenación que condiciona el concepto de los fenómenos económico-sociales, perma-

(2) HEILBORN, *Der Mensch der Urzeit*, en la col. «Aus Natur und Geisteswelt», t. 62. HANSER, *Der Mensch vor 100.000 Jahren*, 1917.

(3) V. sobre el matriarcado SCHRÖDER, § 11. SCHVERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte* (2.^a ed. 1915), pgs. 123 y 144. BRUNNER, § 3.—ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums, des Staates*, 1884 (4.^a ed. 1892). SCHRÖDER, *Das Recht in der gesellschaftlichen Ordnung* (2.^a ed. 1896). MÜLLER-LYER, *Formen der Ehe, der Familie und der Verwandtschaft*, 1911.—FELIX, *Der Einfluss von Staat und Recht auf die Entwicklung des Eigentums*, 1896.

(4) LEIST, *Gräko-italische Rechtsgeschichte*, 1884. EL MISMO, *Altarisches ius gentium*, 1889. EL MISMO, *Altarisches ius civile*, I, 1892, II, 1896. JHERING, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, escr. póst., 1894

(1) HUBER, *op. cit.* (v. § 6 n. 1 y cfr. § 53 n. 5), pgs. 242 ss.

nez *invariable*, alterándose sólo *cuantitativamente* las manifestaciones idénticas y su masa de los fenómenos económicos.

Y en segundo lugar, puede ocurrir que lo que se altere sea el orden jurídico.

Dejaremos esta segunda posibilidad para el párrafo siguiente (§ 63), para examinar aquí la primera (2).

1.º Los cambios que se manifiesten en este respecto pueden responder a *uno de dos fundamentos*:

a) A la *tecnología*; es decir, a las aptitudes para dominar la naturaleza teórica y prácticamente. Sin embargo, los progresos técnicos sólo de un modo *mediato* influyen en la vida social. Un nuevo invento tiene que encajar al surgir dentro del marco del orden jurídico existente. Las transformaciones que traiga consigo sólo afectarán, pues, a los fenómenos económicos en el sentido ya indicado, haciendo surgir otras masas de fenómenos idénticos entre sí bajo la forma de relaciones jurídicas.

b) Los cambios pueden también responder *al número y a la naturaleza de los individuos* que forman la comunidad. La vida social imprime su especial carácter a los hombres que en ella se desenvuelven; todos somos, en este sentido, «producto» de la sociedad en que vivimos. Las circunstancias determinantes de estas influencias se pueden distinguir a su vez en dos categorías: A) Circunstancias *simplemente naturales*, Tales son, v. gr., las cualidades heredadas y las condiciones naturales de existencia, en la montaña o en el mar, por ej. B) Circunstancias *sociales*, de importancia mayor. De este género son todas las influencias de la educación que actúan sobre el hombre formándole y transformándole, sea de un modo metódico, por la enseñanza, o de un modo mediato, por el influjo del ambiente.

2.º Los movimientos, y los cambios producidos en el seno de una vida social se deben concebir sin excepción, por lo que a sus orígenes se refiere, como alteraciones que afectan a un todo *unitario*. Los fundamentos a que estas alteraciones responden se hallan subordinados necesariamente a las condiciones lógicas de toda experiencia social. Fuera de esta unidad de la experiencia social así concebida, todas las diversidades en cuanto a los fenómenos concretos son simples *singularidades limitadas*.

(2) WR. §§ 50 ss.: Evolución de los fenómenos económicos.

Esto se manifiesta en un doble sentido.

a) Cabe distinguir entre fenómenos *políticos* y *económicos* en sentido estricto. La razón de ser de la distinción está, como más atrás queda dicho (§ 55 n. 6), en que toda cooperación económica necesita de reglas a tenor de las cuales se implante y desenvuelva la vinculación que la rija. Pero estas reglas se articulan a su vez con las de la actividad económica en sentido estricto formando la unidad de la vida social. Ninguna de estas dos categorías de reglas goza de una absoluta prelación sobre la otra.

Y su observación se circunscribe al campo de las investigaciones concretas.

b) Dentro de los fenómenos *económicos* en sentido estricto, se ha puesto de relieve la distinción entre los fenómenos de la *producción* y del *consumo*. Y hay al parecer la tendencia a anteponer en rango los primeros a los segundos. Hemos de advertir, en primer lugar, que no hay razón para contraponer la *producción económica* y el *orden social*. A lo que aquí nos referimos es a una producción *socialmente ordenada* y a una circulación y a un consumo también *regulados socialmente*. Todo ello forma una unidad. Claro que una mercancía concreta tiene que producirse antes de que pueda ponerse en circulación y consumirse, pero *una vida social en conjunto* no consiste en una suma de procesos independientes y aislados de producción y de consumo. El régimen de la producción social se halla condicionado por el régimen de la distribución social de los bienes, no menos que éste por aquél. Cada ordenación de una colectividad abraza por tanto, necesariamente, *todas* las modalidades de actividad económico-social. No es que se haya de preocupar en primer término de la *producción* de bienes: ésta no sería concebible como hecho histórico sin una previa *disposición* sobre determinados objetos.

3.º Cabe que las alteraciones producidas en la Economía social no engendren aspiraciones de transformación del orden jurídico vigente (3).

(3) Con esto se halla relacionado el papel de la *beneficencia* y del *cuidado del bienestar público*. La primera es algo aislado, adaptado a una posibilidad concreta y a base de un caso dado sin conexión ni prevista con otros; «el cuidado del bienestar público» opera ya con fenómenos homogéneos en masa. Es una actividad libremente prestada para laborar por mejoras sociales que no se po-

Las relaciones de la práctica se acomodan a ellas, pues a través de estas relaciones se forman y prosperan los nuevos fenómenos homogéneos de masa. Su observación interesa, pues, en este caso, más que a la legislación, a la judicatura.

Quien siga la práctica judicial a base de un determinado Código, durante cierto tiempo, verá que al final del período se les suelen plantear a los jueces problemas muy distintos a los del comienzo, sin necesidad de que las leyes cambien. Instituciones jurídicas que al principio desempeñaban un gran papel en la práctica, van pasando poco a poco a segundo término y caen gradualmente en desuso o en un uso totalmente distinto. Y a base de la libertad contractual se forman muchas veces nuevos tipos de relaciones jurídicas que llegan a dominar vastos campos de la actividad social, mucho antes de que las leyes los acojan y regulen (4).

63.—EL CICLO DE LA VIDA SOCIAL.

La segunda posibilidad de alteración de la vida social es la que afecta al contenido del orden jurídico mismo (v. § 62 *i. pr.*). Estas transformaciones se verifican de un modo cíclico. Empiezan por producirse en el seno de una Economía social, entendida como actuación de determinadas instituciones jurídicas, las masas de fenómenos homogéneos que llamamos fenómenos sociales (§ 58); se manifiesta, v. gr., un agobio general de la propiedad inmueble o se advierten numerosos desplazamientos de patrimonios, alzas o bajas de los precios y los salarios, etc. Fenómenos que a su vez hacen

drian alcanzar mediante instituciones jurídicas. STAMMLER, *Gedanke und Ziel der Wohlfahrtspflege*, en *Schriften der Zentralstelle für Volkswohlfahrt I*, 1908, pgs. 1 ss. V. también *ibid.*, las demás conferencias sobre el programa de este movimiento. ERDBERG, *Wohlfahrtspflege*, en *Handw. d. Staatswiss.* (3.^a ed.) VIII, pgs. 846 ss.—Decr. de 22. 7. 15 y 15. 2. 17.

(4) Ejemplos de éstos se ofrecen sobre todo en el Derecho contractual y en materia de servidumbres y de disposiciones de última voluntad. Y también en materia de asociaciones y sociedades: piénsese, v. gr., en la importancia creciente que en los últimos tiempos han adquirido las asociaciones sin capacidad jurídica. Sobre la misión de la Jurisprudencia en este respecto, v. § 147.

nacer aspiraciones en el sentido de la transformación, o bien de la conservación, del Derecho vigente (1).

Y si las aspiraciones que tienden a la transformación del Derecho se imponen y prosperan con sus decisiones y sus juicios, las normas jurídicas atacadas caerán, y con ellas se vendrán también abajo, automáticamente, todos los fenómenos sociales que habían determinado. Si, por ej., se aboliese la propiedad privada, desaparecería inmediatamente, por sí mismos, todos los problemas sobre la penuria de la propiedad inmueble rústica y urbana; y tan pronto como se restableciese caerían por tierra las consecuencias todas de un régimen comunista, entre las que quizá contarían el abandono, la incuria y la disipación de la propiedad pública.

Bajo el nuevo orden jurídico se repetirá desde luego la misma observación. Se formarán en el seno del Derecho que se imponga nuevas aspiraciones que tenderán a conservarlo o a introducir en él modificaciones nuevas. Y estas aspiraciones emanarán igualmente de la actuación del Derecho que a la sazón rija y como producto de ciertos fenómenos homogéneos de masa. Si las nuevas aspiraciones triunfan, una regulación jurídica nueva se impondrá, sujeta al mismo destino que las precedentes. Y así, sucesivamente, en el curso incesante de las cosas (2).

Se ha intentado caracterizar de un modo más preciso el ciclo de la vida social en cuanto a su modo concreto de manifestarse, atribuyendo una dignificación decisiva y absoluta a la simple descripción de sus fenómenos. En este sentido, se ha pretendido hacer de la llamada «lucha de clases» *la ley* de toda la dinámica histórica (3).

(1) No se puede evitar ésto, pues el Derecho vigente es siempre lo que condiciona la cooperación que rige (§ 56), siendo por consiguiente el responsable de cuantos fenómenos se produzcan bajo su actuación y que sin ella no serían posibles; aunque haya quienes no se quieran allanar a reconocer esta responsabilidad *WR.* § 54.

(2) La observación de este ciclo de la vida social humana confirma el pensamiento de la unidad aludida de la experiencia social (esto es lo que entendemos por monismo de la vida social), y responde a la máxima heurística de no concebir la dinámica de la vida social más que como resultado de fundamentos determinados por sus propias condiciones. Al examinar la posibilidad de reducir a su todo cuantos sucesos son posibles, se nos presenta el problema de la unidad de la historia; v. § 177.

(3) La doctrina de la *lucha de clases* es, sin duda, el error más

Pero, no se ha logrado dar un criterio *fijo, permanente y absoluto* que sirva para determinar el concepto de «clase». Bajo esta expresión se pueden agrupar todos los hombres en quienes vengan a confluír de un modo análogo diferentes relaciones jurídicas; según uno de los criterios arriba señalados (§ 59), obtendremos así una red complicada de relaciones (4).

Han sido vanos todos los esfuerzos para obtener ese concepto mediante la «Economía». La «clase», se dice, es una parte del pueblo «económicamente» distinta; o un grupo que tiene un interés común en un determinado sistema «económico» (5). La noción de la *Economía social* no es una simple *forma conceptual*. Y las agrupaciones «económicas» no son clasificaciones de *fenómenos naturales*, sino que nacen de la observación de masas homogéneas de relaciones que surgen en el seno de la cooperación social, *condicionada lógicamente* ésta, como se ha dicho (§ 56) por la existencia de una voluntad vinculatoria. Toda desintegración de la sociedad en grupos determinados nos conducirá, pues, necesariamente, a la modalidad de la vinculación jurídica en que aquélla se base. Una agrupación «económica» sólo se puede presentar como actuación de este orden jurídico, nunca como algo opuesto e independiente.

Ni se logra ésto tomando por criterio del concepto de «clase» la distinción entre «opresores» y «oprimidos». Esta distinción sólo

fatal del socialismo moderno (§ 57). Aparece en el Manifiesto comunista de MARX y ENGELS como una consecuencia del materialismo histórico, y se viene abajo con éste (817). Pero esa doctrina no puede ser aceptada ni por los partidarios del materialismo social, porque no presenta la claridad de concepto exigible ni pone tampoco en claro el punto de mira fundamental para legitimar las aspiraciones sociales. Lo demostraremos en los desenvolvimientos del texto que siguen. V. sobre el conjunto de la doctrina impugnada el reciente estudio de SCHMOLLER, *Die soziale Frage. Klassenbildung, Arbeiterfrage, Klassenkampf*, 1918.—V. también § 81 n. 5.

(4) SOMBART, *Die Deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrh.* (3.^a ed. 1913), pg. 441. EL MISMO, *Sozialismus und soziale Bewegung* (7.^a ed. 1919), pg. 1.

(5) Sobre las vacilaciones de las modernas doctrinas socialistas en este punto, v. *Neue Zeit*, 35, 1, pgs. 268, 290, 411; 37, 1, pgs. 241, 246, 555; 37, 2, pg. 398; 38, 2, pgs. 291, 409 ss., 464. Cfr. § 17 n. 4.

presenta un carácter absoluto en instituciones en que, como en la esclavitud, se degraden los hombres a simples *objetos de Derecho*. En órdenes jurídicos en que todos se hallan vinculados entre sí como *sujetos de Derecho*, la cuestión de la «opresión» es simplemente relativa y concreta (6).

Esta expresión de la «lucha de clases» como pretendida ley de toda la historia escrita hasta hoy, se viene a reducir en realidad, a afirmar que los movimientos de la vida social son provocados ordinariamente por *una parte* de los hombres que conviven y contra la voluntad *de los otros*; bien en el seno de un orden jurídico independiente o por la totalidad de un pueblo jurídicamente vinculado contra otros (§ 134) (7).

Pero esta evidente afirmación nada dice en cuanto a la *legitimidad intrínseca* de las aspiraciones que se debaten. Y nos lleva a un *falso* resultado, pues en vez de ver en las aspiraciones opuestas el *material que se ha de elaborar*, eleva la misma *lucha de clases a ley suprema* de la historia; lo cual equivale a sostener que la *ley última* de la naturaleza que nos rodea la dan las percepciones de nuestros sentidos.

A su hora hemos de dilucidar (§ 177) el verdadero *concepto* «de la historia» y la *ley suprema* por que se rige. Lo que aquí nos importaba era examinar la génesis de lo *positivo y concreto* dentro de las condiciones que determinan la cooperación social.

II.—Las fuentes del Derecho.

64.—DERECHO JURÍDICAMENTE PREDETERMINADO.

Hasta ahora, hemos hablado de los *fundamentos* que determinan las modificaciones del Derecho. ¿Cómo, de *qué modo* se pueden verificar estas modificaciones? El estudio de esta cuestión es lo que se llama la *doctrina de las fuentes del Derecho* (1).

(6) Sobre sujeto y objeto, v. § 111.

(7) IHERING (v. § 18 n. 7 ss.), *Der Kampf ums Recht; Geist d. röm. Rechts*, I, pgs. 44 s.

(1) V. bibl. en WINDSCHEID, §§ 14 ss. ENNECCERUS, *Bürgerliches Recht* §§ 27, 29, 32. THÖL, *op. cit.* (v. § 18 n. 5), §§ 49 ss. HERMANSON, *Om lagstiftningen. Dess begrepp. och frhållande till öfriga statliga funktioner*, Helsingfors, 1881. STURM,

Una *fuerza del Derecho* es una voluntad humana que tiende a dictar nuevo Derecho. En un sentido técnico preciso, la expresión sólo se emplea cuando lo que se hace nacer es Derecho *objetivo*, a diferencia del Derecho en sentido *subjetivo* (§ 133) (2).

Es evidente que las *fuentes del Derecho* se deben *manifestar* como tales al exterior y es también necesario que en un caso dado puedan *surtir efectos*. Esta última exigencia requiere especial investigación, que le consagraremos al estudiar la *vigencia del Derecho* (§§ 67 ss.). En cuanto a la primera circunstancia, conviene notar que no es posible establecer una doctrina absoluta sobre el modo de manifestarse las fuentes del Derecho ni siquiera sobre su carácter y estructura.

Por las razones siguientes:

Recht und Rechtsquellen, 1883. BURKHARD, *Das Recht*, 1888. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899. SAUERLÄNDER, *Ueber die Geltungsgrundlage der Rechtsquellenlehre*, en *Lit.-Zeit.-f. deutsche Recht*, 12, n. 22.—Sobre la ciencia como fuente del Derecho, v. § 116 n. 3.

(2) No se deben confundir las *fuentes del Derecho* con los *negocios jurídicos*. Las fuentes del Derecho dictan normas jurídicas *soberanamente*, mientras que los negocios jurídicos son declaraciones de voluntad de *súbditos* (§ 111) que no pueden alterar el orden jurídico soberano (*TR.* pg. 245). El contrato de tarifa, v. gr., es por esta razón un simple negocio jurídico, no una fuente del Derecho. Contra, KASKEL, *Das neue Arbeitsrecht*, 1920, página 46. Nada tiene que ver con una verdadera modificación del orden jurídico como tal ni es concluido por ningún titular de la *soberanía*. Hace nacer derechos y deberes subjetivos mediante declaraciones de voluntad de personas *sujetas al Derecho* vigente. Y en este sentido, no importa que el Decreto de 20-12-1918, §§ 2-6, atribuya fuerza obligatoria general a esos contratos. Con ello no se hace más que extender extraordinariamente la representación legal de los patronos y obreros de una determinada rama industrial y dentro de una determinada esfera. No hay fundamento para hablar de una «delegación legislativa». El *fundamento jurídico* que determina los efectos de un contrato de tarifa es y sigue siendo un *negocio jurídico*, sin que deje de tratarse de un *contrato*, que jamás puede llegar a modificar *legislativamente* el Derecho general del Estado. La consecuencia práctica de esto es que se halla sujeto a las normas que rigen los *contratos*, por sus requisitos y por sus efectos; tal por lo que se refiere a la capacidad de obrar de los que lo concluyen a su posible utilidad o impugnabilidad y al modo de su ejecución.

La *voluntad que dicta las normas jurídicas* y que llamamos «fuente de Derecho» puede manifestarse, o bien *de acuerdo* con el Derecho vigente o *sin atender* a él para nada y hasta quizá *en contra* de él. La primera se puede llamar la modalidad *derivativa* de formación del Derecho; la segunda, *originaria*.

Ahora bien, es evidente que dentro de esta segunda forma caben muy diversas posibilidades, que es imposible enumerar en sus caracteres concretos. Lo más que se puede hacer es mencionar de un modo general muy relativo diferentes manifestaciones históricas, como el golpe de Estado, la revolución, la conquista, los tratados internacionales *ex novo*, etc.; pero sin garantizar que la enumeración sea completa, y sobre todo sin la posibilidad de desenvolverla en sus detalles y precisarla de antemano. Sólo cabe indicar ciertos tipos que se hayan manifestado y que quizá puedan repetirse y explicar cómo se puede concebir que nazca un Derecho nuevo sin apoyarse en el anterior y hasta quizá en contra de éste.

No es éste ciertamente el caso normal. Lo normal es que el nuevo Derecho se forme del modo que el Derecho vigente lo haya previsto. Los órdenes jurídicos históricos prescriben de ordinario cómo se han de modificar y desenvolver (3). La *doctrina de las fuentes del Derecho* será en este caso una parte esencial del *contenido concreto* de cada orden jurídico. Y como todas las normas concretas de un Derecho, las que determinan cómo se ha de dictar nuevo Derecho serán también, por fuerza, *finitas, transitorias y mudables* (§ 4); y sólo se podrán exponer *reproduciendo* el contenido concreto y relativo del Derecho de que se trate.

En efecto, los preceptos de los distintos órdenes jurídicos en cuanto a la creación de nuevas normas de Derecho, difieren extraordinariamente. Un alcance *absoluto* sólo se puede atribuir en este punto a los postulados *metódicos* que condicionan toda labor científica. Estos son los que señalan a la *jurisprudencia técnica* el camino para desenvolver en sus detalles la doctrina de las fuentes del Derecho, reservando para la *Filosofía del Derecho* solamente el *armonizar* esta doctrina con la noción *general* del Derecho.

Estas fronteras se han querido violar en dos puntos, muy singularmente: por lo que se refiere al problema de los preceptos *cons-*

(3) BRINZ, *Pandekten* (2.^a ed.), § 17, pg. 87: «El Derecho contiene ante todo normas sobre sí mismo.»

titucionales y al *Derecho consuetudinario*. Detengámonos en lo primero, para ocuparnos después en especial de la ley y la costumbre (§ 65).

Las Constituciones de los Estados modernos ocupan un lugar privilegiado entre las normas *jurídicas* (4). Proclaman cómo se han de dictar nuevas normas de Derecho y determinan los órganos para ello competentes y la conducta que han de seguir. Pero no siempre enumeran todas las fuentes de Derecho posibles, sino que dejan a otras reglas jurídicas el cuidado de definir las más precisamente, v. gr., a leyes especiales encargadas de concretar el Derecho de dictar reglamentos reconocidos a ciertos órganos de administración. Y, por otra parte, pueden contener las Constituciones, tal como se nos presentan especialmente en los Estados modernos, además de los preceptos sobre la formación de nuevas normas jurídicas, otras varias prescripciones fundamentales referentes al ejercicio, a la aplicación y al respeto del Derecho instituido.

¿Se distinguen las normas jurídicas «constitucionales», por su carácter intrínseco y de un modo general, de las demás normas jurídicas?

Podremos encontrar un rasgo fundamental distintivo si recordamos que todo orden *jurídico* entraña necesariamente una *vinculación* y varias voluntades *vinculadas*. Nociones a las que corresponden—desde el punto de vista de la *autarquía* del Derecho—los conceptos fundamentales puros de la *soberanía* y la *sujeción* jurídicas (§ 111). Las manifestaciones de estos dos conceptos se disocian al aplicar positivamente la noción del Derecho a la existencia humana real. Hay determinadas personas señaladas como *titulares de la soberanía jurídica* dentro de un pueblo y que se distinguen de los súbditos sujetos al Derecho en la misma comunidad. Normas «constitucionales» serán, dentro de este pue-

(4) No es abundante la bibliografía sobre el concepto peculiar de constitución y sobre las características que fundamentalmente le distinguen de las demás normas de Derecho. Cfr. WELCKER, *Staatsverfassung*, en *Staatslexikon*, t. XII; *ibid.* STEINACKER, *Verfassungsprinzip*. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cap. 15. ZWEIG, *Die Lehre vom pouvoir constituant*, 1909. BURCKHARDT, *Verfassung und Gesetzesrecht*, en *Polit. Jahrb. d. Eidgenossenschaft.*, 1910.

blo, las normas jurídicas que determinen los derechos y los deberes de aquellos titulares de la soberanía (5).

De este modo, se aplica también a los mismos titulares de la soberanía jurídica en cada caso la noción de la *vinculación* propia del Derecho. En la estructura positiva de cada «Constitución» sólo se debe ver, pues, una manifestación *concreta* del orden jurídico que rija en la comunidad de que se trate.

Se sigue de aquí, en primer lugar, que *las reformas* de una «Constitución» se deben concebir con el mismo criterio de la nueva formación de las demás normas de Derecho. El mismo orden jurídico indica, pues, por mediación de quién y de qué modo se ha de verificar una reforma de la Constitución. Preceptos éstos que a su vez no son más que partes del Derecho histórico en cuestión y sometidos por tanto como todos a aquel mismo criterio (6).

Por lo demás, es evidente que el problema «de la fuerza vinculativa» *del Derecho* no se puede resolver atendiendo a «la Constitución» de una determinada comunidad jurídica. Frente a las normas constitucionales se plantea invariablemente el mismo problema, que nos lleva de un modo general a la *psicología de la vigencia de un Derecho* (§ 77) y tiene que afrontar las dudas que se promuevan en cuanto a la *legitimidad de la coacción jurídica como tal* (§ 107).

(5) En cuanto a la práctica, esto nos sugiere la necesidad de insistir en la distinción entre *leyes* y *reglamentos* (v. sobre esto § 151). Y al mismo tiempo nos enseña la experiencia que las formas de *dictar* el Derecho cuando no se hallan sólidamente reguladas no sólo se exponen al peligro de confundirse con el simple *ejercicio* de éste, sino que hacen también vacilar la seriedad y la solidez de la legislación. Puede afirmarse como regla general que en un pueblo grande es dañoso y poco recomendable el confiar la función de *dictar* el Derecho a una instancia única, dándole a ésta demasiada movilidad. Esto irá en detrimento de la libertad y la seguridad individuales.

(6) Respecto de las *Constituciones* se da también, naturalmente, la posibilidad de una génesis *originaria* y también se debe tener en cuenta en punto a sus normas la observación de carácter práctico hecha en la n. 5.

65.—LEY Y COSTUMBRE.

Entre las fuentes del Derecho, tal como nos las presenta la experiencia, cabe distinguir la *legislación*, en el más amplio sentido, y la *práctica consuetudinaria*.

Pero, si esta distinción no ha de quedar reducida a una simple descripción, con el peligro constante de un deslindamiento inseguro, se tiene que basar en notas conceptuales puras. Veremos así que la primera fuente *dicta Derecho* sin otra finalidad lógica que la de *dictarlo*, mientras que la segunda *dicta el Derecho* mediante su *ejercicio*, durante un período de tiempo más o menos largo (1).

Si queremos desenvolver más detalladamente esta distinción, nos encontraremos, como tantas otras veces, con que tanto lo que se refiere a la admisibilidad de una de esas fuentes como lo relativo a las diferentes condiciones en que una y otra pueden surtir efectos, son cuestiones que afectan al *contenido* concreto de un Derecho dado. Ninguna de las dos se halla, pues, condicionada por la otra, sino que ambas son manifestaciones homogéneas de un determinado orden jurídico, del que se derivan en el mismo plano (2).

Era, por tanto, falso lo que muchas veces se sostenía en el siglo XVIII de que toda norma jurídica introducida por la práctica consuetudinaria recibía su fuerza de obligar de una ley especial de idéntico contenido que se hallaba contenida en ella tácitamente. El orden jurídico puede perfectamente admitir en términos generales la posibilidad de un Derecho consuetudinario como fuente general del Derecho, con su campo de acción independiente del de la legislación consciente y reflexiva (3).

(1) Las indicadas categorías pertenecen al sistema de los conceptos jurídicos fundamentales. V. § 112.

(2) WINDSCHEID, §§ 15 ss. cfr. GMÜR, *Die Anwendung des Rechtes nach Art. 1 des Scheiweis. ZGB.* 1908, pgs. 82 ss. PFENNINGER, *op. cit.* (§ 41 n. 1). SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 353 ss. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1). pgs. 421 ss.

(3) Los filósofos del Derecho de los siglos XVII y XVIII apenas se ocuparon del Derecho consuetudinario. GROTIUS (v. § 14) lo menciona incidentalmente en II 4, 5. 2 y II 6, 10 y alguna que otra vez a propósito de la prescripción y la usucapción. PUFFENDORF, *De officio nominis et civis* I 1, 15 sólo alude a lo que la costumbre continuada puede influir en la voluntad. THOMASII

Pero tampoco es sostenible que, como pretendía la Escuela histórica del siglo XIX, el Derecho consuetudinario goce de una primacía apriorística. Se explica esta doctrina por las concepciones fundamentales que animan a esta corriente de la Filosofía del Derecho. En toda la vida espiritual del hombre, incluyendo el *Derecho*, ve simplemente las manifestaciones «del alma del pueblo», que despierta convicciones, v. gr., en cuanto al *Derecho*, en los que forman parte de la misma comunidad; consecuencia de esto es que piense que en los actos jurídicos de estos hombres se refleja del modo más fiel y más seguro lo realmente querido y jurídicamente ordenado por el «alma del pueblo». Desechada la concepción fundamental en que se apoya, no tiene ya razón de ser esta simple consecuencia (§ 16; cfr. § 53).

Esa *absoluta primacía* del Derecho consuetudinario sobre las demás fuentes del Derecho, proclamada por los autores del siglo pasado, es de por sí insostenible, independientemente de la actitud que se adopte frente a las concepciones de la Escuela histórica. El decir que el Derecho consuetudinario debe *necesariamente* regir choca contra la afirmación de que no hay una sola institución jurídica *concreta* a la que se pueda atribuir valor *absoluto* (§ 4). El contenido positivo de un Derecho dado es siempre limitado y mutable y sujeto siempre a modificaciones y derogaciones. Y de este contenido positivo concreto formarán parte los preceptos en que un Derecho disponga que mediante el ejercicio continuado de una norma jurídica, ésta pueda adquirir fuerza de obligar siempre que concurran determinados requisitos.

Cabrá discutir la legitimidad intrínseca de estos preceptos o de otros contrarios dentro de circunstancias históricas dadas. Podrán oponerse a ellos ciertas razones concretas de orden técnico: v. gr., por lo que se refiere a la inseguridad en cuanto a la existencia y al contenido de una costumbre en casos litigiosos especiales; o, por el contrario, se podrán señalar otras ventajas de ese género, como, por ej., la más rápida adaptación a los nuevos deseos de los individuos. Y ahondando en estos problemas, llegaremos a los métodos

(v. § 14) no se refiere para nada al problema. KANT (v. § 15) habla de pasada, en su Teoría del Derecho § 31, de «leyes estatutarias» y «convencionales», además de las «racionales», pero no expone doctrina alguna del Derecho consuetudinario.

fundamentales que nos dan la pauta para la crítica de las normas de Derecho en una política científicamente encauzada (4). Pero, siempre se tratará, fundamentalmente, de consideraciones que no trascienden del *contenido concreto* de un determinado orden jurídico.

De nada sirve objectar contra ésto que una costumbre puede imponerse y prevalecer, aunque no sea admitida por el orden jurídico como fuente de Derecho.

Hay que recordar, en primer término, como observación metódica, que no se trata aquí de la oposición entre la *ley* y la *costumbre* como dos fuentes de Derecho equiparables. La contraposición que media es entre el *orden jurídico*, de un lado, y de otro lado, las *fuentes concretas* de futuro Derecho que reconoce. Aquél es la instancia fija y superior que ha de fallar sobre las fuentes del Derecho en cada caso, tanto por lo que se refiere a la emanación de leyes como a la formación de costumbres jurídicamente eficaces. Cómo haya llegado el orden jurídico mismo a adquirir su fuerza vinculatoria, nada importa en cuanto al presente problema. Es una cuestión aparte que depende, como se ha notado (§ 64), de la doctrina que se establezca sobre la *vigencia* de un Derecho.

Cabe perfectamente, en efecto, que se forme un Derecho consuetudinario, aunque las normas del orden jurídico imperante lo prohiban. Pero la explicación de ésto no está en una doctrina determinada sobre el *Derecho consuetudinario*, sino en las consideraciones generales sobre la posibilidad de una *génesis originaria* de todo Derecho.

De ésto nos ocupamos a continuación (§ 66).

66.—GÉNESIS ORIGINARIA DEL DERECHO.

Hemos dicho (§ 44) que la distinción entre los conceptos del *Derecho* y la *arbitrariedad* no se puede basar en el principio de la legitimidad. Es un hecho que dentro de la vida social se operan numerosas transformaciones a espaldas del Derecho vigente sin que por ello dejen de adquirir la cualidad de *jurídicas*. Todos estos fenómenos en que tal ocurre los resumimos, en nuestras consideraciones sobre la génesis del Derecho positivo, como fenómenos de *formación originaria de Derecho*.

(4) V. sobre ésto *infra* § 142 n. 2.

1.º Esto puede ocurrir:

a) En territorios carentes hasta entonces *de todo Derecho*. Tan pronto como se reúnan en ellos varios hombres, surgirá entre ellos, necesariamente, una vinculación jurídica.

No podemos, sin embargo, admitir que un Derecho vigente en otro territorio sea aplicable sin más a aquellos territorios libres. Podría concebirse ésto solamente respecto de súbditos del orden jurídico extendido y en cuanto a sus obligaciones para con el Estado patrio exclusivamente, sin afectar a las relaciones jurídicas con personas extrañas a ese país. Pues admitir que el Derecho vigente de un Estado se pueda extender a cuantos extranjeros se puedan hallar en un territorio libre, equivale a admitir que en este territorio puedan regir todos los órdenes jurídicos de la tierra a un tiempo.

Es, pues, necesario que al reunirse varios hombres en un territorio libre *se forme un nuevo Derecho*. Esto puede suceder de dos modos: a) Reuniéndose varios individuos para fijar de una vez el Derecho; b) Viniendo una parte a incorporarse a otra y acogiendo el Derecho de ésta. Desde luego se comprende que la nueva ordenación jurídica así formada, se hallará siempre sujeta a transformaciones, que podrán también imponerse mediante la fuerza (1).

b) Por una *violación del Derecho* vigente, con el propósito de hacer nacer un Derecho nuevo, si este propósito triunfa (§ 48, 7.º, v. *supra* § 64): mediante la conquista, el golpe de Estado, la revolución (2).

(1) VON DER DECKEN, *Das vorbestimmte Recht* 1888, cuenta que a principios del siglo XVII, habiendo naufragado un buque de una factoría comercial portuguesa, sólo se pudo salvar uno de los botes, tocando tierra en una isla deshabitada del archipiélago indico, y dando la coincidencia notable de que sólo ocupasen el bote los niños pequeños de los naufragos. Hechos hombres, ocuparon durante mucho tiempo, sin que fuese descubierto, este «archipiélago del Nuevo-Mundo» y dieron un orden especial a su comunidad —Se ha hablado también mucho de la colonia que algunos marineros ingleses amotinados, unidos a mujeres de Taiti, establecieron en 1790 en la isla de coral Pitcairn.—§ 137.

(2) El ejemplo más claro de este género, en la historia de nuestro país, es seguramente la deposición de la corona imperial alemana por Francisco II y la disolución del Imperio en 1896, con todas las consecuencias que de esto se originaron. Hoy podríamos presentar casos de estos a puñados, tomados de nuestra propia experiencia.

En la historia de las teorías del Derecho se ha hablado muchas veces, y con cierta trascendencia, de un «derecho» a romper el orden jurídico y de un «derecho» a la *resistencia* contra los mandatos ilegales del poder dominante. Pero, hay una cuestión previa imprescindible a la que no se alude en esas disposiciones: ¿se investiga el contenido de un orden jurídico concreto, aspirando a reproducirlo en una breve fórmula, o se quiere llegar a una conclusión absoluta sobre el problema planteado? Sólo se puede tratar de lo primero. Sólo las formas puras de los conceptos y de los juicios pueden tener un valor absoluto en materia de Derecho. Al amparo de estas formas puras podremos estimar y juzgar lícita la resistencia contra una medida social cualquiera. Lo que no podemos es señalar una institución jurídica positiva que de una vez y para siempre nos permita resolver de un modo justo todos los problemas y casos litigiosos concebibles (3).

c) Mediante tratados *ex novo*. Entre éstos se cuentan, sobre todo los que sirvieron de base para fundar la Confederación Alemana del Norte y luego el Imperio alemán; y tales son también los tratados internacionales que hacen posible todo el Derecho de gentes de los tiempos modernos.

Este modo de formarse el Derecho no se puede basar en el Derecho existente. No importa que los órganos constitucionales a quienes se hallase confiado hasta entonces el supremo poder legislativo, presten su asentimiento a la nueva ordenación. No sin razón se ha llamado a éste «vicio de legalidad». No podía llegar a esto la competencia de aquéllos poderes supremos. Precisamente porque su misión, según el Derecho positivo es la de ejercitar el poder legislativo soberano, tienen facultades a tenor de este Derecho vigente para poner sobre sí otro Derecho (4).

Ni es tampoco decisiva la simple voluntad de los que se vinculan para que ésta pase a ser entre ellos Derecho, como si se tra-

(3) Esta consideración nos da también ocasión para poner otra vez más de manifiesto la distinción fundamental y decisiva entre los conocimientos concretos, condicionados, y las modalidades puras de su carácter y ordenación. V. § 4.

(4) BINDING, *Die Entstehung des Norddeutschen Bundes*, 1889.

tase de distintas voluntades aunadas. Es una única voluntad a la que se podrá o no atribuir carácter jurídico (5).

d) A veces, se ha intentado instaurar e imponer asociaciones jurídicas independientes en el seno de una comunidad regida por su Derecho propio. Asociaciones sustraídas, por tanto, al Derecho general vigente o hasta rebeladas contra su ordenación vinculatoria. Ejemplos de estos «Estados dentro del Estado» son las tribus nómadas, ciertas asociaciones familiares, y ciertas órdenes, el Derecho eclesiástico y las uniones de Estados federales frente a la Federación de que forman parte. El régimen jurídico de tales asociaciones descansa, de ordinario, sobre el Derecho general vigente, pero a veces llega a prevalecer su propia voluntad y su independencia contra los mismos preceptos del orden jurídico.

Tanto es así que ya desde antiguo se viene hablando de un problema que se llama el del «Derecho de las partidas de bandidos». Para mayor claridad, conviene distinguir aquí dos aspectos:

a) Se puede tratar, en primer término, de un contrato de sociedad, cuyo contenido sea contrario al Derecho. Este contrato chocará por su mismo sentido contra la prohibición de la ley y tendrá que ser necesariamente nulo, a menos de dar lugar a una grave contradicción interna (6). b) Pero puede también tratarse de un plan que pretenda quebrantar el Derecho vigente para suplantarle por otro nuevo. Esta posibilidad entra ya en nuestras actuales consideraciones sobre la formación de nuevo Derecho independiente de las fuentes de Derecho existentes y hasta en contra de ellas (7).

(5) Es una especie de aquitamiento de la propia conciencia la ley de 4. 3. 1919 en que se reconocen como normas jurídicas los decretos de los poderes revolucionarios. Pues la legitimidad de los que dictaban esa ley sólo se basaba a su vez en lo dispuesto por aquellos poderes, cuyos decretos se sancionaban. Sólo se debe, pues, ver en ello la declaración explícita de que los mandatos de esos poderes aspiraban a regir en el sentido del Derecho y no como simples actos de arbitrariedad (§ 48).

(6) *Die Camorra*, en *Gesetz und Recht*, 13, pgs. 303 ss.

(7) A pesar de lo rica que es la realidad en punto a la formación de Derecho *ex novo*, la doctrina no ha estudiado debidamente estos problemas. Ni existía siquiera el término técnico apropiado para expresar este fenómeno. *W.R.* § 9.—BIERLING, *Prinzipienlehre* (v. § 18 n. 13), II, pgs. 341 ss. JELLINEK, *Allgem. Staats-*

2.º Todas estas posibles manifestaciones de *formación originaria de Derecho* tienen su explicación en el hecho de que una voluntad vinculatoria que se logre imponer *psicológicamente* puede perfectamente ajustarse *al concepto «del Derecho»*.

De donde se desprenden dos requisitos necesarios en toda *formación originaria de Derecho*:

a) La nueva vinculación impuesta debe corresponder plenamente a todas las características lógicas *del concepto «del Derecho»*. Deberá, pues, manifestarse como *auténtica* para distinguirse de las simples reglas *convencionales* (§ 41) y tendrá que ser inviolable, si no se ha de confundir con la *arbitrariedad* (§ 47). Todo quebrantamiento del Derecho es de por sí *arbitrario*. Pero se puede consolidar como *Derecho* disponiendo para lo futuro en el sentido de la *inviolabilidad* (8).

lehre, cap. 9. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 116 ss. KOHLER, *Neugründung von Staaten*, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 23, página 137. BINDING, *Der Reichsverweser*, en *Tagde*, 6. 12. 1918. ARNDT, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 24, 78. STRUPP, *ibid.*, 24, 88. ZORN, *ibid.*, 24, 126. LICBERT, *Vom Geist der Revolutionen*, 1919. SANDER, *Das Faktum der Revolution*, 1920. SCHAUZE, *Revolution und Recht*, en *Zeitschr. f. Rechtsphil.*, 3, pgs. 225 ss. BINDING, *Zum Leben und Werden der Staaten*, 1920. RAUSCHENBERGER, *Die staatsrechtliche Bedeutung von Staatsstreich und Revolution*, en *Zeitschr. f. öffentl. Recht*, II, pgs. 113 ss. WEIGELIN, *Die Neubildung von Recht durch inneren Umsturz*, en *Arch. f. Rechtsphil.*, 15, pgs. 64 ss. W. JELLINEK, *Revolution und Reichsverfassung*, en *Jahrb. für. öffentl. Recht*, 9, páginas 4 ss.

(8) Cabe muy bien preguntarse, poniendo en relación con esto una cuestión concreta de orden jurídico, si el Derecho *nuevo* formado por modo *originario* forma una *unidad* con el orden jurídico *anterior* o si se presenta aquí el fenómeno de la *sucesión* en los derechos o si el nuevo Derecho no tiene nada que ver con el antiguo. No se puede resolver esto de un modo *absoluto*. Es un problema que afecta a la *técnica* y no a la *Filosofía del Derecho*. El nuevo Derecho se puede perfectamente atribuir a cada una de esas tres significaciones; todo consistirá en *reproducir acertadamente* el sentido de las normas jurídicas concretas de que se trate. Este problema se ha planteado muchas veces en la historia con la siguiente modalidad: ¿qué valor se ha de reconocer a las normas jurídicas dictadas por un poder que se haya entrometido durante algún tiempo entre dos órdenes jurídicos legítimos? MOHL, *op. cit.* pg. 304. JACOBSON, *Denkschrift die Staatschuld des ehemal.*

b) Y en segundo lugar, es necesario que la voluntad que se presenta como *jurídica*, de un modo *originario*, se logre imponer como tal en la realidad. No basta, naturalmente, que el que quebrantando el Derecho se adueña del poder diga que se quiere atener él mismo a la voluntad vinculatoria que instituye, que la quiere tener por inviolable, si los hechos contradicen sus palabras. Debe haber razones para confiar en la realización de sus promesas (9).

Estas consideraciones sobre la formación de nuevo Derecho nos llevan, pues, al verdadero problema: el de investigar la *vigencia* de un Derecho en cuanto a las condiciones que la determinan y las características esenciales de su existencia.

SECCIÓN CUARTA

LA VIGENCIA DEL DERECHO

I.—El problema.

67.—DERECHO POSITIVO Y DERECHO VIGENTE.

Derecho «positivo» y Derecho «vigente» no son la misma cosa. Aquél comprende todas las voluntades concretas determinadas a tenor del concepto formal del Derecho (§ 49). Pero cabe que un Derecho *positivo* tenga *vigencia* en un lugar determinado o que *ya no* rija o que *no haya entrado todavía* en vigor. Aunque estas expresiones de Derecho «positivo» y «vigente» se confundan a veces o se usen como análogas, conviene tener presente en todo momento que se trata de conceptos esencialmente distintos.

El Derecho *vigente* sólo es *una parte* del Derecho *positivo*.

Königreichs Westfalen betreffend, 1852. MANES, *Staatsbankrotte*, 1918. BORNHAK, *Haftung des Staates für eine revolutionäre Regierung*, en *Ges. und Recht*, 21, pgs. 81 ss. SCHÄTZEL, *Polens Untergang und Wiedererrichtung vom völkerrechtlichen Standpunkt*, en *Arch. f. öff. Recht* 40, fasc. 1. Sobre el problema de la sucesión en los Estados v. *RS.* 102, pgs. 246 ss. y 251 ss.

(9) HOLTZENDORFF, *Eroberungen und Eroberungsrecht*, 1871. VILLERS, *Rois sans couronne*, Paris, 1906.

La vigencia de un Derecho alude a ciertas vicisitudes que atraviesan las normas concretas de un determinado orden jurídico. Estas, las normas jurídicas «positivas» que lo integran, constituyen, pues, el objeto general, dentro del cual se distinguen dos clases de normas, según que éstas se hallen o no *en vigor*, bajo circunstancias que indicaremos.

Ahora bien, ¿qué es lo que determina la noción de la *vigencia jurídica*? ¿Qué se entiende propiamente cuándo se dice que un Derecho «rige» o «se halla en vigor»?

El lenguaje, al que podríamos interrogar, en primer término, no nos da grandes luces. La palabra «regir» tiene tras sí una profunda evolución y dentro de su gran elasticidad sólo nos dice que ya desde antiguo se viene usando, sobre todo en materias jurídicas, de donde se extiende su significado a otras esferas. Ninguna de sus acepciones nos ayuda a resolver en su esencia el verdadero problema de la *vigencia del Derecho* (1).

No podremos llegar al concepto de la *vigencia de un Derecho* limitándonos a observar el contenido de un Derecho positivo cualquiera. Si seguimos este camino, nos exponemos al riesgo de confundir el concepto investigado con una de sus aplicaciones concretas. La *vigencia* de un Derecho no está en la circunstancia de que un Derecho «vigente» declare «en vigor» determinadas normas jurídicas (2).

Lo que hay que hacer es describir claramente el proceso que en su modo homogéneo de manifestarse permite comprender la *vigencia* de un Derecho como fenómeno peculiar.

68.—CONCEPTO DEL DERECHO Y SU VIGENCIA.

Vigencia de un Derecho es la posibilidad de implantarlo (1). Esta posibilidad no forma parte de las características que deter-

(1) Cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (9ª ed. 1907), s. v. *valere, vigere*.

(2) SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pg. 105: «El Derecho comprende las normas normalmente acatadas de un poder general y constantemente supremo.» Contra Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, pg. 100. V. también STERNBERG, *Allgemeine Rechtslehre*, 1904, I, § 2, pgs. 23 ss. M. E. MAYER, *Das Militärstrafrecht*, 1908, pg. 36.

(3) Sobre el concepto de *posibilidad*, v. KANT, *Crit. de la razón pura* (2ª ed. 1707), pgs. 265 ss., 282 ss., 302.

minan el concepto del «Derecho». Este concepto sólo implica una noción parcial (cfr. § 2). Únicamente expresa una categoría de la voluntad; de las *diversas clases* en que se divide, una es la «jurídica». El concepto «del Derecho» se puede deslindar lógicamente y de un modo general de todas las demás categorías de la voluntad, la moral, la convencional y la arbitraria, sin aludir para nada al contenido positivo de un Derecho ni mucho menos a su posible vigencia.

Respecto de todas las manifestaciones de la voluntad sin excepción se plantea la posibilidad de implantarlas. No es, pues, esta posibilidad una de las nociones metódicas condicionantes que en su mitad determinan el concepto «del Derecho» (2).

La *esencia* de un concepto la constituye la unidad de las condiciones permanentes que le distinguen necesariamente de otras nociones (3). Si en este sentido queremos discernir críticamente las diferentes manifestaciones de la voluntad vinculatoria no es necesario, como se ha dicho, que se presente la posibilidad de realizar prácticamente la voluntad lógicamente deslindada. Y viceversa, de la simple posibilidad de implantar una voluntad no cabe concluir si se trata de una manifestación jurídica u otra cualquiera de la voluntad vinculatoria (4).

Las doctrinas filosófico-jurídicas tienen que estudiar *fundamentalmente* el concepto y la *idea* del Derecho (§§ 1 y 2). Aquél es, como acabamos de repetir, una *modalidad* de la voluntad humana, que se ha de determinar *diferenciándola* de otras posibles modalidades; la *idea* del Derecho tiende a desentrañar la *ley última* de la voluntad y a exigir en pauta de juicio la armonía absoluta a que se pueda reducir la voluntad humana en sus diferentes manifestaciones.

(2) Si se pregunta en qué se distingue la voluntad jurídica de las otras manifestaciones de la voluntad, no cabrá indicar como criterio esencial de la distinción una nota que se puede dar por igual en todas aquellas categorías. Y tal es la posibilidad de la *implantación efectiva* o, lo que es lo mismo, la «vigencia» o «entrada en vigor».

(3) Cfr. Sobre ésto §§ 22, 55 n. 1 y 115.

(4) Muy exactamente dice STADLER (v. § 15 n. 8), *Logik*, ed. póst. por PLATTER, 1912, pg. 121: «El hecho de la existencia no aumenta en nada el contenido del concepto.» Otra es la opinión de BINDER, *op. cit.* (§ 18 n. 12), pg. 71

Con la *vigencia* del Derecho se nos plantea *un nuevo problema*. El de la afirmación de una voluntad determinada ya como «jurídica» dentro de la realidad sensible.

Es un problema *complementario* que presupone la solución del otro problema *lógico* anterior. Cuando se nos pregunte *¿qué es una voluntad jurídica?* no podremos, pues, responder: es aquella que *rige* de un cierto modo.

Ni se podrá justificar tampoco este intento vano con referirse «al fundamento» del Derecho. La palabra «fundamento» puede significar dos cosas. En primer lugar, puede aludir a la *génesis* y a la *procedencia* de una noción, y en segundo lugar a su *justificación interna*. Esta segunda acepción nos lleva, en materia *jurídica*, a la doctrina de la *idea* del Derecho, la única que puede resolver las dudas sobre si un determinado Derecho es o no *fundamentalmente justo* (5). La primera se halla en relación con nuestras actuales consideraciones sobre la *vigencia* del Derecho. Pero, ambas acepciones—la que se refiere a la *rectitud* «de un Derecho» y la que alude a la *implantación* «de un Derecho»—presuponen necesariamente *el concepto* «del Derecho». Y habrá que empezar por establecer este concepto como base inexcusable, antes de pasar a hablar del *fundamento* «del Derecho».

69.—CONDICIONES DE LA VIGENCIA DEL DERECHO.

Para poder decir que un Derecho *rige* se exigen tres requisitos. En primer lugar, hay que dilucidar críticamente *el concepto del Derecho* como modalidad formal determinante de una categoría de manifestaciones de la voluntad. En segundo término, ha de presentarse *un objeto concreto de la voluntad* como materia determinada por el concepto de lo jurídico, de tal manera que aparezca como contenido de la voluntad que constituye el Derecho. Y,

(5) Podría parecer preferible, para aludir a la *legitimidad intrínseca* de un Derecho, la expresión de «validez», ya que la de «vigencia» se emplea siempre inevitablemente con una doble acepción (cfr. § 98). Es una simple cuestión terminológica. Sobre la esencia del concepto, v. LIEBERT, *Das Problem der Geltung, Erg.-Heft der Kant-Studien*, 32, 1914. EMGE, *Über den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 15, pgs. 54 ss.

finalmente, se requiere que este concepto de un Derecho determinado, ya delimitado y circunscrito, logre *la posibilidad de implantarse*.

Ahora bien, ¿qué condiciones han de concurrir para que se dé esta tercera circunstancia?

Muchas veces se ha apuntado para determinar ésto a poderes *exteriores* al Derecho que le ayudan a imponerse: al mandato divino, a la energía del legislador, a la voz del pueblo. Se sostiene que un Derecho debe «entrar en vigor» en cuanto lo ordenen estos poderes. Se repiten aquí, de un modo análogo, las objeciones que más arriba hacíamos contra este modo de ver (§§ 55-57) (1). Lo que tenemos que hacer es explicarnos la posibilidad de la implantación de un Derecho *como una modalidad de su propia manifestación* entre individuos jurídicamente vinculados (2).

El problema de la *vigencia del Derecho* es un problema *psicológico*. Se trata de *realizar* determinadas normas de Derecho, de darles *efectividad*. Para ésto es necesario hacer *sensible* la voluntad en que el Derecho consiste. *Realizar un Derecho* es hacer *perceptible* las aspiraciones determinadas conceptualmente, en un modo formal, como Derecho (3).

Para que se dé esta posibilidad de realización de un Derecho se ha de poner éste *en relación con determinados hombres*. De dos modos puede hacerse ésto visible. O señalando aquellos círculos y grupos de personas en que el Derecho se haya de actuar, o indicando el tiempo en que ésto haya de acontecer. Y respecto de nin-

(1) Ni se puede resolver tampoco el problema aquí planteado con aludir sencillamente a un «pacto» o a un «contrato» como fundamento determinante de la vigencia del Derecho. Cfr. § 31 n. 6, § 107 n. 1. A ello se inclinan HERBART, *op. cit.* (v. § 15 n. 18) y EHRENZWEIG, *Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit* (rec. STAMMLER, en *Philos. Monatsh.*, 27, pgs. 372 ss.). MOLA, *Il principio giuridico della forza obbligatoria dei trattati*, Neapel, 1914.

(2) ROUSSEAU (§ 15 n. 6). *Contrat social*, IV, 2. JELLINEK, *Allgem. Staatslehre*, cap. 11. BIERLING, *Prinzipienlehre* (v. § 18 n. 13), I, pgs. 41 ss. RÜMELIN, en *Jherings Jahrb.*, 27, pg. 158. SALOMÓN, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, 1907, pgs. 39 ss. GUTHERZ, *Studien zur Gesetzestchnik*, 1908, pgs. 60 ss. EL MISMO, en *Schweizer. Strafr.*, 20, pgs. 346 ss. GIERKE, en *Deutsche Juristen-Zeitung*, 24, 9.

(3) Sobre el concepto de lo real y de la realidad, v. § 83 n. 4.

guna de estas dos circunstancias cabe establecer una doctrina absoluta. Son de esas circunstancias concretas que se pueden manifestar con variedad infinita dentro de la experiencia histórica.

Lo que sí se puede hacer es dilucidar de un modo general las *características permanentes* de la *implantación* del Derecho.

De este modo se nos ofrece la posibilidad de resolver con mayor precisión en cada caso dudoso el problema de la *vigencia* de un Derecho dado.

Pero, antes de entrar en estas doctrinas, nos vamos a detener a examinar el *Derecho* en sus relaciones con el *poder* de que en mayor o menor medida se puede hallar asistido.

II.—Derecho y poder.

70.—CARACTERÍSTICAS DEL PODER.

Poder es la capacidad de influir en determinados hombres (1).

No es necesario que la influencia sea ejercitada precisamente por otros hombres. La grandeza y las energías de la naturaleza pueden producir también una fuerte impresión en la sensibilidad y en la vida humana. En este sentido, se ha definido también el *poder* como «aptitud para sobreponerse a los grandes obstáculos» (2).

(1) STINTZING, *Macht und Recht*, 1876. MERKEL, *Recht und Macht*, 1881, en *Schmollers Jahrb*, V, pgs. 439 ss., *Ges. Abh.*, I, pgs. 400 ss. HEILINGER, *Recht und Macht*, 1890. HERZFELDER, *Gewalt und Recht. Eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses*, 1890. WIESER, *Recht und Macht*, 1910. VIERKANDT, *Machtverhältnis und Machtmoral*, 1916 (rec. EICHLER, en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, III, pgs. 306 ss. PILOTY, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 22, 841). SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 108 ss. MARCK, *Imperialismus und Pacifismus als Weltanschauungen*, 1918. STURM, *Recht und Völkerrecht unserer Zeit im Lichte der deutschen Rechtspsychologie*, 1918, pg. 29. STAMMLER, *Recht und Macht*, 1918. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pgs. 188 ss. BINDER, *Recht und Macht als Grundlagen der Staatswirksamkeit*, 1921. BRODMANN, *Recht und Gewalt*, 1921. MAYER, *Macht, Gewalt und Recht*, 1921. MOOR, *Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes*, Szedged, 1922.

(2) KANT, *Crit. del juicio*, 1790, § 28.

En nuestra investigación sólo nos interesa la influencia de unos hombres sobre otros (3).

Esta influencia se puede manifestar de un modo físico, v. gr., encarcelando a un hombre o fusilándolo o llevándole la mano para firmar; o de un modo mediato, en la promesa de beneficios o en la conminación de males contra el rebelde. Esta segunda modalidad es singularmente la que puede presentarse como *poder jurídico*.

Este *poder* toma las más diferentes manifestaciones. Maestros y educadores ejercen sobre el niño un poderoso influjo como también los camaradas y cuantas personas les rodean, y nos sería muy difícil precisar, cuando ya somos grandes, todos los esfuerzos que han contribuido a desarrollar nuestro espíritu. Es una trama confusa e indiscernible de influencias tanto del lado activo como del pasivo. Unas veces son simples individuos los que influyen y otras veces grupos numerosos, y más o menos, inmediatamente se deja sentir su influjo determinante.

Con una cierta generalidad, se puede afirmar que el anhelo del *poder*, sea grande o pequeño, es un fuerte estimulante para el hombre. La aspiración a dominar sobre otros hombres, a influir sobre ellos de manera determinante, espolea al individuo a luchar por conquistar un «*poder*» y ejercitarlo (4).

Cierto que también se habla de un poder «sobre sí mismo» y se habla asimismo, en un sentido negativo, de hombres «que no se pueden dominar». Es un lenguaje figurado. El poder exige en rigor diferentes hombres, que se influyan unos a otros en sus voluntades. Lo que sobre el individuo mismo ejerce el poder es la voz de la conciencia con sus reproches y sus presiones (§ 88).

En todo caso, el problema del *poder* es un problema *psicológico*, mientras que el del *Derecho* es, por el contrario, *crítico*. Aquél tiende a investigar la génesis y las manifestaciones sensibles de ciertas aspiraciones; éste consiste en la caracterización sistemá-

(3) También se podría hablar, naturalmente, del *poder* del hombre sobre los animales y sobre «las fuerzas activas de la naturaleza en general». Pero, esto trasciende ya del campo *social*. Para el propio KANT (v. n. 2) el poder de la *naturaleza* sólo servía de base para llegar a los conceptos de lo bello y lo sublime.

(4) Sobre el influjo determinante sobre otros para moverlos a lo justo, v. § 102: La lucha por el Derecho, y § 173: Los medios de la política.

tica de determinadas nociones por sus notas lógicas condicionantes.

El *concepto del Derecho* implica una modalidad absoluta de ordenación, siendo indiferente la persona en quien se da. Para dilucidarlo, no es necesario pensar en que aparezca ligado con estos o los otros individuos. Se trata de un problema *objetivamente lógico* que hay que resolver abstraéndolo totalmente de las personas en quienes concurre la noción investigada y de sus cualidades psicológicas.

Por el contrario, la noción de *poder* supone una descripción de datos *subjetivamente psicológicos*. No se trata aquí de discernir un pensamiento de otros, sino de poner en claro el proceso sensible a través del cual nace y existe un determinado fenómeno accesible a nuestra percepción (5).

Así, pues, dos nociones de *Derecho* y de *poder* responden a dos distintas direcciones de nuestra conciencia. No se pueden, por tanto, *excluir*, pero sí—en el curso normal de las cosas—*completarse recíprocamente*.

El Derecho sólo puede convertir en realidad las aspiraciones que le son enunciadas cuando dispone de poder bastante para imponerlas. Y el *poder* por sí sólo es algo indeterminado y sin base, al que hay que trazar conceptualmente el camino justo.

71.—DERECHOS DÉBILES.

El Derecho tiene, como toda voluntad, a la realización de un cierto estado de cosas. Para lograrlo necesita del *poder*. Pero éste puede en un caso dado faltar o flaquear. Hay que distinguir dos posibilidades. La primera se refiere a la vigencia de un Derecho como tal, a la debilidad de este Derecho *en su modo de manifestarse*. La segunda es la de un Derecho débil *en la elección de su contenido*.

(5) El concepto del *poder* es, pues, la noción unitaria de una presión perceptible para los sentidos; el concepto del *Derecho*, por el contrario, una noción lógica parcial que abarca una especial modalidad de la voluntad humana. Cuando se habla de *poder* se alude siempre a un acaecimiento concreto que se describe, mientras que la noción del *Derecho* sólo es una modalidad metódica de ordenación, en simple método condicionante, independiente como tal de fenómenos concretos.

1.º La posibilidad de imponerse, que constituye el concepto de la vigencia del Derecho (§ 68), exige una influencia sobre los individuos jurídicamente vinculados. Es, pues, necesaria la intervención de un cierto poder. Pero el grado de intensidad de éste puede variar extraordinariamente. Hay casos en que, existiendo un verdadero *Derecho* con contenido *positivo*, y que se tiene por *vigente*, *carece de la fuerza* necesaria para imponerse en un caso litigioso, de tal modo que el resultado del litigio no corresponde a lo que ordena este Derecho «en vigor».

Este fenómeno se puede presentar en las relaciones exteriores y en el interior ante el examen de un caso dudoso, desde el punto de vista de un orden jurídico determinado (§ 134).

Lo primero es lo que ocurre de modo muy marcado en el *Derecho internacional*. Con harta frecuencia fracasa éste, no por no existir como vinculación *jurídica*, sino porque le falta el *poder* para imponerse. Desde que se ha empezado a cimentar consecuentemente sobre la *noción del Derecho* constantemente se le invoca. Cada una de las partes en un litigio internacional le achaca a la otra violaciones de este *Derecho*. Sus normas son normas *jurídicas*. Y gozan de una autoridad no despreciable. Lo que no se da plenamente es la posibilidad de ajustar los hechos a sus normas (§ 138, n. 2).

El mismo fenómeno se presenta en ocasiones en el interior de un orden *jurídico* y sobre todo en la organización de los *Estados*. Nuestra historia nos ofrece ejemplos sobrados y bien importantes de esto. El poder central de nuestro antiguo Imperio se fué debilitando cada vez más hasta venir a tierra y disolverse. Y aun en los tiempos modernos el Derecho se manifiesta más de una vez *imponente* para llevar debidamente a la práctica el contenido de sus normas vigentes (1).

2.º En ciertas situaciones le falta al Derecho la posibilidad de

(1) Espectáculo siempre deplorable. «El que no sabe mantener su derecho lo conculca», RAUPACH, *Die Hohenstanfen*, 1873: El Emperador Federico I y Milán III, 3. Hermosas son también las palabras del poeta SCHENKENDORF: «Allí donde los hombres sepan unirse para defender valientemente sus derechos y su honra, allí habrá una generación de hombres libres». En este sentido se puede atribuir un valor general y necesario al principio romano *vinu vi zepellere dicet*, D. W. 2, 12, 1. WINDSCHEID, § 123, n. 2.

alcanzar y realizar aquel contenido de sus normas, que es *fundamentalmente justo*. De buen grado lo haría, pero se siente impotenté para lograrlo. Y en esas condiciones se resigna a ser un Derecho conscientemente injusto.

Hay numerosos ejemplos de esto. La esclavitud doméstica fué tolerada durante cierto tiempo en algunos territorios del Protectorado alemán porque no se contaba con los medios para abolirla radicalmente. Nuestro Estado no siempre persigue los crímenes cometidos en el extranjero, aunque sea por alemanes o contra alemanes, pues no se puede menos de pensar que no hay la seguridad suficiente en cuanto a los medios de prueba y singularmente los testigos necesarios para la represión. Los juegos de azar son siempre detestables porque disipan los productos del trabajo humano y los dilapida reducidos al común denominador del dinero, degradando a los que trabajan para convertirlos en instrumentos de los caprichos subjetivos del jugador; no obstante esto, los mismos Estados organizan loterías oficiales y pactan, dentro de ciertos límites y restricciones, con el demonio del juego, para darles a estas tendencias viciosas una salida al menos fiscalizable y emplear en provecho de la colectividad los recursos obtenidos (2).

Son muchas, pues, las circunstancias que se pueden interponer como obstáculos ante la realización del Derecho justo. Es imposible reducirlas todas ellas a categorías generales. Unas veces es la preponderancia de torpes aspiraciones por parte de gran número de individuos lo que se opone a que triunfe lo justo; otras veces la limitación de los medios de poder del orden jurídico en sus relaciones con otros; y en ocasiones también contribuye a esto la misma complejidad intrincada de ciertas cuestiones sociales, que hace que no puedan penetrar en ellas y dominarlas como debieran los órganos del poder jurídico (3).

(2) «No des órdenes que no puedas hacer cumplir». SÓFOCLES, Edipo en Colonos. *RR. W.* 4, pgs. 268 ss.

(3) La noción de lo *jurídico* es siempre evidentemente la condición necesaria de todo Derecho positivo en sus manifestaciones concretas más distintas. Al pensar sobre los artículos *de determinadas leyes* nos colocamos inevitablemente en la dirección que marca en nuestra conciencia *el concepto del Derecho como tal*. Sería en absoluto falso concebir de un lado los órdenes jurídicos históricos y de otro lado la noción del Derecho en general, como dos distintas

72.—PODER REPROBABLE.

La palabra «poder» ha adquirido una segunda acepción en el lenguaje moderno, además del sentido que ya hemos examinado (§ 70), del cual se distingue con toda claridad. Hemos visto que el concepto de *poder*, en su primera acepción, era el de una influencia *psicológica*, y se presentaba, por tanto, como *necesario complemento del concepto del Derecho* dilucidado críticamente; pues bien, se habla también de «poder» como concepto *opuesto al del Derecho*.

Y toda precaución será aquí poca para que la multivocidad de una misma palabra no nos haga incurrir en confusión intrínseca.

En dos sentidos cabe hablar de «poder» en oposición al *Derecho*.

1.º Pensando en un «poder» *desligado de todo Derecho*.

No nos podemos referir con esto a un mero «estado de naturaleza» en que vivan los hombres ilustres y salvajes. Este estado de cosas sólo puede representar una noción *provisional* con relación a una sociedad regida por una voluntad vinculatoria; llevándolo a sus íntimas consecuencias, vendremos necesariamente al concepto de la vida *social* (§ 34). Además, este concepto del «estado de naturaleza» que tiene un valor lógico inferior no se ha dado jamás en la historia; no tiene, pues, sentido contraponer el *poder al Derecho* como si aquél representase una *vida de total aislamiento* y éste una existencia *social*.

Si se pretendiese oponer el «poder» al «Derecho» *en el seno* de la vida social, habría que entender el poder como un poder *convencional* o *arbitrario*. Ambos son posibles, evidentemente, y ambos se han presentado hasta un cierto punto en la realidad. Pero la presión de las *convenciones sociales* encaja siempre dentro del *conjunto* de la vida social, dominada como *un todo* por la vinculación de las normas jurídicas (§ 42); no es ésta con seguridad la hipótesis a que alude la terminología de «poder» y «Derecho» a que nos referimos. Que la *arbitrariedad* es siempre reprobable frente

modalidades de «Derecho»; sólo existe *un concepto único del Derecho*, que es el que *condiciona lógicamente* toda norma concreta que se manifieste como «jurídica».

al *Derecho*, está fuera de toda duda, pero no porque vaya aparejada a un *poder*, el que le presta la posibilidad de imponerse prácticamente, sino porque se halla a merced de los *caprichos subjetivos* del poderoso, oponiéndose en este sentido al Derecho, que es la vinculación objetiva y permanente de los fines humanos.

«El poder» en cuanto tal no es, pues, nunca reprobable; todo dependerá del *sentido* en que se use. Y por la misma razón no puede nunca tampoco «el poder» de por sí legitimar intrínsecamente una voluntad.

No obstante, se habla de un *Derecho del más fuerte*. Pero esta fuerza «del más fuerte» descansará en la posibilidad de imponer eficazmente un *Derecho en vigor*. No se trata de *energías físicas*. Dentro de la vida social, cuando se dice que alguien es fuerte, se quiere decir, lógicamente, que existe una determinada vinculación jurídica, a tenor de la cual la voluntad de éste puede influir decisivamente sobre la de otros. Así, pues, la posibilidad de un *poder* social exige siempre como un requisito complementario, aun en esta tentativa teórica, la existencia de una vinculación jurídica sin que aparezca en modo alguno como concepto *independiente* y *hostil* frente al *Derecho* (1).

2.º Se habla también de «un poder» como opuesto al *Derecho justo*.

La palabra «poder» se usa aquí realmente en el sentido de un

(1) El Derecho del más fuerte procede en uno de sus aspectos de las doctrinas de SPINOZA. V. sobre éste § 30, n. 4. De modos diversos ha sido sostenida esta teoría por diferentes autores. C. L. HALLER (1768-1854) pretendió construirla sobre fundamentos paralelos a los de los fenómenos naturales. Su doctrina se halla prolijamente expuesta en su obra: «Restauración de las ciencias políticas o teoría del estado natural social opuesto a la quimera de la sociedad civil de artificio», 6 vols., 1816 ss. (V. BLUNTSCHLI, pgs. 549 ss.) GUMFLOWICZ, en sus varias obras, esp. *Rechtsstaat und Sozialismus*, 1881, y *Grundriss der Soziologie*, 1885 (donde sostiene ser legítimo que el grupo más fuerte aunque menos numeroso domine sobre otro más débil, aunque en mayoría). Rst. § 12.—ELEUTHEROPULOS, *Das Recht des Stärkeren. Die Restdiehkeit oder ein polistisch rechtlicher Traktakt*, 1897. SAWICKI, *Das historische Recht des Stärkeren. Theologie und Glaudel*, 1916. MENZEL, *Kallikles. Eine Studie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stärkeren*, 1922.

Derecho de carácter especial. No designa algo opuesto en absoluto a lo «jurídico» y concebido *de por sí, independientemente*, desnudo de todo Derecho, sino que alude a determinadas normas jurídicas. Se piensa en un «Derecho» que *por el modo concreto de ser* de sus normas deja a una persona a merced de la voluntad omnímoda de otra.

No se sabe claramente lo que se dice cuando se afirma como postulado político que el progreso está en convertir el *poder* en *Derecho* (2).

Todo *poder* dentro de la sociedad entraña una organización jurídica, «es decir, una ordenación social ajustada en toda su integridad al concepto «del Derecho»». En realidad, esa aspiración no es la de salir de un estado de cosas *carente de todo «Derecho»*, sino la de *modificar* de un cierto modo *las normas de un orden jurídico* existente. La consecuencia práctica de éste es que no basta invocar sencillamente el concepto «del Derecho» para justificar aquel deseo, como si ese concepto se hubiere de realizar por vez primera, sino que hay que remontarse a *la idea «del Derecho»*, para demostrar con ayuda de ella la verdadera legitimidad del paso a que se aspira (§§ 94 y 169).

SECCIÓN QUINTA

PSICOLOGÍA DEL DERECHO

I.—El problema psicológico jurídico.

73.—MODO CRÍTICO Y PSICOLÓGICO DE CONSIDERAR EL DERECHO.

La investigación *crítica del conocimiento* procede tomando como objeto una noción cualquiera abstracta y analizándola en sus elementos condicionantes o formales y en los materiales o condicionados. Se tiende a ver si la noción así investigada coincide fundamentalmente y forma una unidad con otros datos de la voluntad o de la percepción, pudiendo decirse así *justo* o *exacto*. En cuanto a esta determinación *objetiva* de la verdad o la rectitud de nues-

(2) Así lo admite, en cuanto a los primeros orígenes del Derecho, FLORING, *Der Zweck im Recht*, I, cap. 8. pgs. 250 ss. V. *supra*, § 61 n. 1.—KATO, *Der Kampf ums Recht des Stärkeren und seine Entwicklung*, 1897.

tras nociones así consideradas es, pues, de todo punto indiferente en *quien* se den éstas o en quien se produzcan en un caso concreto (1).

Si abrimos un Código e interrogamos a uno cualquiera de sus artículos, explicándolo y precisándolo científicamente en conexión con otros preceptos, nada nos importará, en cuanto al sentido de esta explicación, y en cuanto a su verdad, saber quienes comparten el resultado de nuestras investigaciones. Y lo mismo por lo que se refiere al concepto del Derecho en cuanto tal: nos hemos de preguntar cuántos han llegado a penetrar claramente en él. Y lo mismo respecto a todos los conceptos de las matemáticas, de las ciencias naturales y de toda ciencia en general. El problema de los fundamentos científicos de una noción psicológica nada tiene que ver con la persona concreta que la ostente.

Por el contrario, la función de las investigaciones *psicológicas* es el encontrar el 'nexo de una noción, críticamente analizada, con determinados nombres. Aquí se consideran ya los datos de la conciencia como *patrimonio subjetivo*. No es la noción abstracta como tal la que se estudia, sino *su trazón* con un sujeto determinado. Ofrece un interés *psicológico* saber cómo haya podido llegar un hombre a abrigar en un caso dado una cierta noción y qué aspecto presenta ésta en su conciencia (2).

Ambos órdenes de consideraciones son oportunos en toda clase de problemas. El primer rango corresponde, sin embargo, *lógicamente* a la investigación *crítica*, puesto que ésta se encarga de dilucidar por sí sola toda noción, viniendo luego a *completarla*, en el sentido dicho, la investigación *psicológica* (3).

(1) Cfr. en relación con esto § 101: En quien encarna la voluntad común, y § 81: Lo absoluta y lo objetivamente justo.

(2) Sobre el problema de la crítica del conocimiento y la psicología, tratado aquí, v., además, §§ 3 n. 7, 22 n. 7, 26 n. 3.—ÜBERWEG, IV, § 44. HAHERLIN, *Der Gegenstand der Psychologie. Eine Einführung in das Wesen der empirischen Wissenschaft*, 1921. STÖHR, *Psychologie* (2.^a ed., 1922).

(3) *Contra*, BINDING, *Normen* (v. § 18 n. 5), II § 60, pgs. 1 ss.: Psicología exotérica del Derecho. Este autor admite la existencia de «verdades oficiales y eternas en materia de Derecho», es decir, verdades a las que se tiene que allanar todo orden jurídico en tanto que exista, y cree poder llegar a determinarlas por la vía psicológica.

La investigación *psicológica* puede perseguir dos miras:

1.º *Describir* las manifestaciones de la vida espiritual de determinados individuos.

2.º *Explicar* los procesos mediante los cuales se forman esos fenómenos psíquicos.

Y ambas posibilidades se deben aplicar a la ciencia de la vida social ordenada jurídicamente (4).

74.—PSICOLOGÍA SOCIAL DESCRIPTIVA.

Es la que reúne las manifestaciones de la vida social, registrándolas con toda la precisión posible y comparándolas con otras. Estas otras pueden adoptar una doble modalidad.

Cabe que se trate de fenómenos psíquicos de carácter idéntico o semejante que se observen como hechos concretos y se traigan a comparación simplemente por la razón de haberse realizado. Así, se observa, v. gr., las costumbres de hombres que se desenvuelven en ciertas condiciones de vida y se compara, por ej., la vida de los pueblos de las costas con los de tierra adentro (1).

Pero, todos estos datos descriptivos sólo son en el fondo *provisionales*. En último término hay siempre una crítica de juicio; y siempre resalta necesariamente la distinción entre el *ser* y el *parecer*. Se hace, pues, necesario tomar como criterio y base para la descripción psicológica aquellos datos de nuestra conciencia determinados ya de un modo *objetivo* con arreglo a un método fundamental de juicio (2). El fenómeno *subjetivo* descrito se caracteriza

(4) *WR.*, § 22, pgs. 111 ss. EULENBURH, *Über die Möglichkeit und die Aufgaben einer Sozialpsychologie*, en *Schollers Jahrb.* 24, pgs. 201 ss. Véase también SPANN, en *Zeitschr. f. Staatswiss.* 58, pgs. 629 ss. (Kec. *WR.* n. 71).

(1) Estudiadísima se halla, por ej., la psicología del obrero moderno. STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (v. § 15 n. 13) pgs. 113 ss. L'HONET, *Zur Psychologie des Bauerntums* (2.^a ed. 1920). V. también § 6 n. 7.

(2) Si una comparación de varios pueblos entre sí ha de tener un sentido hondo, no se tiene que limitar a pintarnos paralelamente las costumbres exteriores de vida y las características de cada uno de ellos. El único criterio sólido de comparación es su grado de capacidad para perseguir lo justo. V. entre la bibl. moderna PLENGE,

entonces por su mayor o menor desviación de la noción abstracta *objetivamente* asentada. Así, se observa, v. gr., la tendencia de algunas personas a la cólera, el desaliento y la desesperación; o se nota la capacidad de un niño para el estudio de los idiomas o sus aptitudes matemáticas, utilizándolas para fines pedagógicos (3).

Lo esencial para nuestro estudio es buscar el nexo entre una determinada noción y aquel en quien alienta, en su calidad de *miembro de una sociedad determinada* y en cuanto participa de esta *actuación social*. Tal acontece, por ej., al observar «el sentimiento del Derecho», es decir, la sensación de agrado o desagrado que acompaña a ciertos juicios en materias jurídicas (§ 77).

La descripción de su vida espiritual puede afectar a *individuos aislados* o a grupos de individuos unidos por un mismo interés social, como ocurre con la psicología judicial, v. gr. (4).

Así se va ascendiendo desde el examen de diversos individuos hasta llegar a los representantes típicos de grupos numerosos y a la *psicología de las masas* (5).

Die Zukunft in Amerika, 1912. LEVY, *Der Ausländer. Ein Beitrag zur Soziologie des internationalen Menschaustausches*, en *Weltwirtsch. Arch.* II, pgs. 273 ss. EL MISMO, *Soziologische Studien über das englische Volk*, 1920.

(3) JOERGES, *Rechtsunterricht und Rechtsstudium. Pädagogisches, Logisches. Psychologisches zur Reform*, 1919 (cfr. § 3 n. 9). Sobre el «psico análisis» v. STAMMLER, *Sozialismus und Christentum* (v. § 15 n. 13), pgs. 155. V. también FREUD, *Traumdeutung*, 1914. EL MISMO, *Zur Psycho Analyse des Alltags* (5.^a ed. 1917). ADLER, *Der nervöse Charakter* (2.^a edición, 1920). EL MISMO, *Theorie und Praxis der Individualpsychologie*, 1921.

(4) REICHEL, *Über forensische Psychologie*, 1910. MARBE, *Grundzüge der forensischen Psychologie*, 1913. EL MISMO, en *Deutsche Jur.-Zeitung*, 21, pgs. 302 ss.

(5) LE BON. El tema ha sido tratado más de una vez en la amena literatura. Es interesante el drama de ZUCHL, *Der Salzgraf von Halle*, que se ocupaba en el fondo de la psicología de las masas. Entre las novelas modernas, inspiradas por este problema, merecen citarse: BULWER, *Rienzi* o el último tribuno y los diferentes relatos de VIEBIG. Contra LE BON: GIDDINGS, *The principles of Sociology*, New York, 1916, pgs. 132 ss. *The Social Mind*, y WALLAS, *The Great Society*, New York, 1920, pgs. 116 ss.: *The Psychology of the Crowd*.

Y, finalmente, se llega a la *psicología de las naciones*, descripción de las características de cada pueblo (6).

El interés práctico de la psicología social descriptiva está en llegar a reglas *más o menos generales* a las que se pueda atener con una cierta seguridad el que quiera saber cómo ha llegado un individuo en un caso dado a formarse un determinado concepto o a tomar una cierta resolución.

En este sentido limitado y relativo cabe también perfectamente llegar a descubrir ciertas normas de táctica para con aquellos hombres con quienes hay que tratar. Educar esta aptitud en el jurista será misión de la fase de preparación práctica. Estas enseñanzas que la vida ofrece desordenadas y confusas se podrán administrar con arreglo a un cierto sistema; y de que sepa o no aprovecharlas dependerá también en buena parte el éxito del público.

Cierto que estas enseñanzas *de valor relativo* que una psicología social descriptiva nos puede ofrecer son muy inseguras. Surgirán siempre nuevas complejidades y fenómenos aún no observados. Es imposible llegar a conclusiones *generales* de carácter *absoluto* mediante la simple *descripción externa* de las manifestaciones espirituales de los hombres y de los pueblos en cuanto a sus características psicológicas.

75.—PSICOLOGÍA SOCIAL ESPECULATIVA.

Después de *describir* cómo aparecen ciertas manifestaciones espirituales en determinados individuos, sentimos la necesidad de *explicarlas*, es decir, de reducirlas a los últimos y más simples criterios de ordenación. Se trata en este punto de la génesis de las *nociones jurídicas*. Y hay que distinguir, según que nos fijemos en el *contenido concreto* de las aspiraciones sociales o en las *modalidades absolutas*, en qué consisten el concepto del Derecho y su vigencia.

1.º La procedencia psicológica de las nociones jurídicas concretas no se puede compendiar fácilmente en fórmulas sencillas.

(6) WUNDT, *Völkerpsychologie*, 10 vols.; v. §§ 9 n. 3, 75 n. 3. V. UBERWEG, IV, § 29, HURWICZ, *Die Seele der Völker*, 1920. VIERKANDT, *Naturvölker und Kulturvölker. Ein Beitrag zur Sozialpsychologie*, 1896.

Los fenómenos que aquí se nos presentan se desenvuelven en una multitud intrincada de inmensas complejidades. Con dificultad se pueden descubrir los *principios psicológicos generales* que mueven una sola acción jurídica. Esos principios no forman, ni mucho menos, un sistema perfecto que podamos dominar, y por lo regular sólo se basan en ciertas observaciones empíricas que luego se van dilatando y generalizando con un alcance más o menos amplio.

Y si por lo que se refiere a los fundamentos psicológicos de los actos *individuales* de las personas se nos presentan estas grandes dificultades, piénsese qué extraordinariamente aumentarán éstas cuando se trate de observar la génesis de las masas de fenómenos homogéneos que constituyen la vida *social*. La explicación *psicológica* de los fenómenos *sociales* es *prácticamente irrealizable* en lo que alcanza nuestra previsión, aunque la *posibilidad metódica* de que algún día se llegue a conseguir no se puede, evidentemente, poner en duda.

En esta situación, tenemos que suplir en lo posible a la imposibilidad de llegar a resultados *exactos* en esta investigación explicativa causal. Para lo cual procedemos siguiendo el mismo método que habíamos aplicado para fijar el concepto de los fenómenos económicos, es decir, infiriendo por la identidad de los fenómenos sociales producidos la identidad de las causas que los determinan (§ 58; cfr. §§ 62 s.).

Este método de investigación se puede llegar a aplicar con tan grande éxito respecto de determinados fenómenos sociales que hasta se logre calcular de antemano, en cierto modo, el curso futuro de la sociedad. Claro que se nos permitirá establecer *leyes* seguras al modo de las leyes naturales, pero sí reconocer las *tendencias* que predominan en la marcha de la vida social; son éstas probabilidades en cuanto a la evolución futura de los fenómenos sociales que se pueden aceptar con una cierta verosimilitud (1).

2.º No ocurre lo mismo en cuanto a la investigación *psicológica del concepto mismo del Derecho*.

(1) WR., § 52, pgs. 281 ss. V. TARDE, *Les lois de l'imitation* (7.ª ed., París, 1921). EL MISMO, *Les lois sociales* (8.ª ed. París, 1921). DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique* (7.ª ed. París, 1919) (cfr. WR. n. 71). ROS, *Principles of Sociology*, New York, 1920. MC DOUGALL, *Social Psychology* (15.ª edición, 1920).

Se trata de saber cómo los hombres han podido llegar a adquirir la noción del Derecho. Sobre el método aplicable para explicarlo existen esencialmente tres doctrinas:

a) Para unos el anhelo del Derecho es «la condición psicológica del alma toda del hombre». Las profundidades más íntimas del alma tienen su asiento en el Derecho. El alma humana es un alma jurídica y el Derecho, por consiguiente, «patrimonio consustancial del alma». Y esta facultad anímica se halla por encima del tiempo y del espacio; el alma del hombre no se halla formada por una serie de condiciones y de funciones a cuya conexión sólo se pueda llegar por la experiencia. Lo decisivo es la valoración de la «sensibilidad jurídica» que nos es dada de un modo *inmediato* como «*zoon politikon*» y sus «reacciones» (2).

En el fondo, esta doctrina renuncia a describir, y mucho más a explicar, la *génesis psicológica* del concepto del Derecho. Con hablar del «alma toda» y de su «condición psicológica» no se resuelve el problema de saber de dónde procede realmente la modalidad *jurídica* de la voluntad. «El alma» no es un objeto concreto con sus cualidades propias que se puedan describir y explicar. No es más que la expresión de la *unidad formal del yo*; y sólo encierra esta noción de unidad, sin entrañar percepción alguna dentro del espacio.

b) Otros quieren proceder «experimentalmente». Los representantes de estas tendencias entienden que se pueden aplicar aquí los mismos métodos de que sirven los naturalistas para sus investigaciones concretas. No cabe experimentar sobre el alma misma, ciertamente, pero sí «sobre sus manifestaciones exteriores, sobre los órganos de los sentidos y de la percepción» (3).

(2) Tal es la doctrina expuesta por STURM en todos sus libros y resumida con toda exactitud en su obra *Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft*, 1915, esp. pg. 105, y en *Recht und Völkerrecht* (§ 10 n. 1), pgs. 46 ss. Admite la existencia de un «anhelo del Derecho», condición psicológica del alma toda del hombre; para él «el alma humana es como *zoon politikon*, un alma jurídica». Rec. BOVENSIEPEN, en *Pr VerwBl.* 31, pgs. 100 ss. VOCKE, en *Kant-Studien* 19, pgs. 400 s. cfr. § 3 n. 5.

(3) WUNDT, *op. cit.* en § 74 n. 6, especialmente el t. IX, consagrado al Derecho. V. además sus *Vorlesungen über Menschen und Tierseele*, esp. pg. 11. Este autor no estudia el Derecho des-

Este método es simplemente *fisiológico*. Se trata de un problema especial e independiente, que forma de por sí una propia unidad de conocimiento. De esta investigación experimental de los fenómenos nerviosos, en el sentido de las ciencias naturales, no se tiene ningún puente al problema que a nosotros nos interesa: el de ver cómo nacen los *conceptos condicionantes, fijos y permanentes*, mediante los cuales podemos ordenar nuestras impresiones y aspiraciones.

c) El problema de la *psicología del Derecho* lo tenemos que resolver mediante la *inducción*. Hay que tener presente, como lo fundamental, que se trata aquí de investigar *determinadas causas que necesariamente producen ciertos efectos*. Tampoco en la *génesis* del *Derecho* podemos admitir la existencia de «ideas innatas»; el proceso *originario* de los fenómenos de que se trata sólo se puede investigar científicamente con arreglo a la ley que rige todas las *transformaciones*: la ley de la causalidad (4).

Aunque claro es que las causas que aquí intervienen no pueden ser dilucidadas precisamente *en su aspecto causal*. Lo menos que hacer es representarnos con toda claridad los hechos consumados y siempre sintéticos de nuestra conciencia en sus más perfectas manifestaciones, penetrar en sus condiciones lógicas, y partiendo de

de el punto de vista de la jurisprudencia técnica, ni tampoco desde un punto de vista filosófico, sino que aspira en especial a explicar los fenómenos jurídicos de un modo paralelo a las «leyes evolutivas» del lenguaje, los mitos y las costumbres. No trata la doctrina del concepto y la idea del Derecho, ni expone, consiguientemente, las formas puras de las nociones jurídicas. Y en sus doctrinas se nota de vez en cuando como si quisiera no tanto *complementar* como, en parte al menos, *sustituir* aquellos problemas de la Filosofía del Derecho por sus procedimientos, que aquí indicamos, cosa que ni se puede lograr ni hay para qué pretender. WUNDT enseña que lo primero es la voluntad individual, de la que luego se forma con el tiempo la voluntad colectiva. Y sostiene que la personalidad colectiva es independiente de esta voluntad y se refiere a la colectividad de una civilización; y que la voluntad colectiva nace de la comunidad engendrada en el seno de la sociedad (*op. cit.*, páginas 302 ss.). BIERMANN, *loc. cit.* en § 29 n. 1. BINDER, en *Kant-Studien* 25, pgs. 456 ss. H. EBBINGHAUS, *Abriss der Psychologie*, 1908, esp. pgs. 181 ss.

(4) V. §§ 3, n. 5 y H. i. f.

estos datos remontarnos por inducción a sus orígenes y a su génesis (5).

Así, pues, al método con arreglo al cual hayamos de reducir una determinada voluntad al concepto del Derecho deberá corresponder siempre en la vida del hombre un cierto fenómeno psíquico originario. De la nada no se puede derivar jamás la manifestación espiritual que consiste en ordenar y encauzar la voluntad sobre la pauta conceptual del *Derecho*. De este hecho realizado se podrá inferir con razón la existencia de un germen adecuado en el hombre y la posibilidad de su desarrollo en ciertas circunstancias.

Y del mismo modo se deberá llevar a cabo la investigación psicológica de la vigencia de un Derecho, poniendo en claro el proceso psíquico, a través del cual se pueden explicar en cada individuo los orígenes de las nociones que son en este punto determinantes.

II. Aplicación de la psicología al Derecho.

76. INDUCCIÓN PSICOLÓGICA DEL CONCEPTO DEL DERECHO.

La noción metódica *del Derecho* se basa en la posibilidad a que responde la *voluntad* humana. No se da en el mundo de las *percepciones* de fenómenos externos (§ 30). Y estos dos puntos de vista (el de la percepción y el de la voluntad) marcan, como se ha dicho (§ 25), la distinción fundamental de todas nuestras nociones.

Pero estos dos métodos son *manifestaciones progresivas* de nuestra vida espiritual. Y para que en *efecto puedan surgir* deben tener su *germen* en ciertas *dotes* originarias del hombre.

No cabe más distinción que aquélla desde el punto de vista crítico. Las nociones determinantes de las *percepciones* y de la *voluntad* son las formas últimas y más simples a que podemos reducir el contenido todo de nuestra conciencia. Son métodos puros y condicionantes, de alcance absoluto. En la *materia originaria de nuestra vida psíquica* tiene que residir, pues, el germen de que se desenvuelva esta distinción, en que insistimos una vez más (1).

(5) NATORP, *Allgemeine Psychologie nach kritischer Methode*. 1. Buch: *Objekt und Methode der Psychologie*, 1912.

(1) La *voluntad* no es en nuestro sistema una «energía», sino una modalidad unitaria de ordenación de la conciencia (§ 29, n. 5).

Tenemos que suponer que existe de un lado la capacidad para experimentar sensaciones, que luego se han de determinar y reducir como percepciones a una unidad, y de otra parte, los impulsos naturales, germen de las aspiraciones.

Por esto no cabe hacer descansar la *noción del Derecho*, desde un punto de vista *psicológico*, simplemente en las impresiones inmediatas de los sentidos, acompañadas quizá por las manifestaciones consiguientes de placer o desagrado. Dentro de la *mecánica psicológica*, el concepto del Derecho supone siempre como factor objetivo la existencia de ciertos *deseos y aspiraciones*, materia inmediata de nuestra vida espiritual. Es una vida elemental de impulsos que corresponde, para tasar el antiguo término escolástico, a la *capacidad de volición*.

Nuestros impulsos y aspiraciones sólo los podemos concebir, *en cuanto simple materia*, como *una trama caótica*. Es una materia *aún indeterminada*, con que luego nos volvemos a encontrar en el campo de los *finés*. Una vez que estos impulsos *indeterminados* se reducen a los conceptos de *medio* y de *fin* y éstos se dilucidan como opuestos a los simples fenómenos de la percepción, y, sobre todo, una vez que realizamos las diferentes aspiraciones en las distintas *categorías conceptuales de la voluntad*, dejan ya de ser *elementos primarios* de nuestra vida espiritual para transformarse en *nociones formalmente ordenadas* de carácter sintético.

En este sentido podríamos resumir todo lo dicho del modo siguiente: Si puestos a estudiar estos procesos humanos regidos por

El concepto de *voluntad vinculatoria* no alude, pues, a un encañamiento causal, sino a una relación de medio a fin: los fines de unos son tomados por otros como medios y recíprocamente (§ 31). Y la *autarquía* no implica coacción, sino que encierra la exigencia lógica de una vinculación permanente, independiente del asentimiento de los teleológicamente vinculados (§ 40), del mismo modo que el concepto de la *inviolabilidad* se refiere a una vinculación permanente en cuanto sustraída al capricho subjetivo del mismo que dicta la voluntad vinculatoria (§ 46). Y tampoco la *idea de la justicia*, finalmente, se puede entender en un sentido psicológico, a modo de benevolencia, amor o simpatía (§ 93, 2.º); esta noción entraña simplemente un punto de mira, hacia el cual se deben orientar los hechos todos de la vida en un anhelo necesario y jamás plenamente realizable (§ 92).

leyes naturales no pasásemos de las *sensaciones nerviosas*, nuestras investigaciones serían *puramente fisiológicas*, y no saldríamos de un campo al conocer que se halla reservado a una ciencia *especial e independiente*. Y, por otra parte, tan pronto como pensamos *ciertos fines*, como objetos a cuya consecuencia se tiende, nos hallaremos ya ante *nociones metódicamente ordenadas* y no ante la materia confusa de simples fenómenos psíquicos. Por ninguno de estos dos caminos podemos llegar al verdadero problema *psicológico*, como problema peculiar encargado de ver cómo surge y se desenvuelve, en un proceso necesario, la vida espiritual humana (2).

Si sobre esta base procedemos a *inducir psicológicamente el concepto del Derecho*, tenemos que notar desde luego en las aspiraciones del hombre una tendencia a unirse con sus semejantes. Ya en los impulsos inmediatos del alma humana tiene que residir el germen de que se desenvuelvan las influencias determinantes de unos sobre otros.

Estas dotes originarias del hombre que le capacitan para la *vida social* no pasan, pues, de una simple *posibilidad*. Es un impulso paralelo al que mueve el hombre en su *vida interior*, que se desenvuelve por sus cauces propios. En estas aspiraciones que nos dan la materia psicológica de los fines se contiene el germen material para las dos modalidades de la voluntad, la voluntad interior y la voluntad social.

Y, finalmente, de las condiciones que necesariamente determinan el concepto del Derecho, las que se contienen en las nociones críticamente dilucidadas de la autarquía y la inviolabilidad, hemos

(2) Difieren de nuestras doctrinas los siguientes psicólogos: WARNKÖNIG, pgs. 175 ss. AHRENS, I, § 30, pgs. 225 ss. STRICKER, *Physiologie des Rechts*, 1884. HOPPE, *Der psychologische Ursprung des Rechts*, 1885. BONUCCI, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907. PETRZYCKI, *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der moral und des Rechts*, trad. al. de BALSON, 1907. DONATI, *Interesse e attività giuridica*, Bologna, 1909. MENZEL, *Zur Psychologie des Staates*, 1915. LASERSON, *Recht, Rechtseitigkeit und Geradheit. Versuch einer rechtsphilosophisch-linguistischen Klärung des Rechtsbegriffes*, 1921. OPPENHEIMER, *Die psychologische Wurzel von Sittlichkeit und Recht*, 1922.

de inferir la existencia de un cierto germen en la materia originaria e inmediata que sirve de base a esas nociones metódicas.

Todos estos gérmenes se deben concebir como dotes propias de la conciencia, porque las nociones críticas así inducidas psicológicamente no entrañan todavía ningún objeto concreto que se haya de alcanzar. La materia de nuestras aspiraciones, que nos debemos representar caóticamente como un mar agitado, se considera desde este punto de vista como fuente de los métodos formales en que consisten críticamente los conceptos puros del Derecho. Es el último y definitivo resultado de la investigación crítica sobre las características absolutas que condicionan el concepto del Derecho y nos asegura como tal una visión perfecta de la *materia* de los fenómenos *psíquicos* inmediatos de nuestra vida.

Cuanto queda dicho se refiere *al concepto* del Derecho. Pero las mismas consideraciones se pueden aplicar por analogía a la base psicológica de la *idea* del Derecho, lo que debemos afirmar ya desde ahora. El hombre no sólo se distingue de los animales por poseer con toda seguridad la *noción de fin* y por la posibilidad de ordenar *científicamente* sus conocimientos, sino sobre todo por su capacidad para representar *lo absoluto* (§ 81). Y esta capacidad no es tampoco «innata», sino que se adquiere en el curso de la vida real. Lo que necesariamente hay que suponer desde luego en el hombre es *el germen* de ellas, en el sentido de la inducción psicológica a que nos venimos refiriendo (3).

77.—PSICOLOGÍA DE LA VIGENCIA DEL DERECHO.

La noción de la *vigencia* no está entre las notas características que determinan *el concepto «del Derecho»* (§ 68). Este, como noción parcial, se puede dilucidar y deslindar de otras modalidades de la voluntad sin atender para nada a su realización en un caso dado. Así, pues, para investigar *psicológicamente* la posible implantación de un determinado «Derecho», habrá que partir necesariamente *del concepto del Derecho como tal*. Y a esta noción se viene a incorporar después como un punto de vista *nuevo* el de su *vigencia*, planteándose así el problema de saber cuáles son los

(3) Cfr. § 35 n. 5; §§ 3 n. 5 y 75 n. 4.

procesos psíquicos por que atraviesa la posible implantación de un Derecho determinado (1).

Pues bien, ¿bajo qué condiciones se puede realizar un determinado Derecho para que podamos decir que *se halla en vigor*?

En primer término, es necesario para éste que haya la *posibilidad de influir* en los individuos jurídicamente vinculados, la posibilidad de moverlas a obrar de modo que se ajusten a las normas jurídicas de que se trate. Claro que no es posible establecer doctrina decisiva en algunos términos generales en cuanto a los requisitos que han de concurrir para que esto ocurra (2).

Esta posibilidad a que nos referimos se puede presentar de un modo muy indirecto. El grado de sensibilidad entre las amenazas o las promesas varía extraordinariamente en cada hombre. Sólo *grosso modo* cabe decir, en un sentido negativo, que no es necesario pensar inmediatamente en medios físicos de coerción y en el empleo de la fuerza muscular. No será siempre un medio decisivo como resorte psicológico la simple exclusión de los que se entreguen entre sí a las armas de la guerra. Basta echar una mirada a la Historia para ver cuántas y qué distintas maneras hay de ejercer una pasión eficaz sobre los hombres.

Se ha intentado explicar fundamentalmente «el sentimiento del Derecho» como producto del *miedo*; pero no puede sostenerse eso en términos absolutos. El sentimiento del miedo varía notablemente de intensidad en los diversos hombres, ya se consideren individualmente o formando grupos. Y es, además, evidente que tanto como el temor a un mal que pueda infligirsele puede en ciertos casos la esperanza de una ventaja o de algo agradable contribuir a hacer que el hombre acate las normas del Derecho; sólo de un modo muy

(1) F. KLEIN, *Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung*, 1912. JUNG, *Rechtsregel und Rechtsgewissen*, en *Arch. f. die civil. Praxis*, 118, pgs. 1 ss. esp. 13 ss. BRYCE, *Studies on History and Jurisprudence*, New York, 1901, pgs. 464 ss. sobre «Obedience». DEMOGVE, *Les notions fondamentales de droit privé*, París, 1911. PICARD, *Le Droit pur*, París, 1920. KORKOUNOV, *Cours de Théorie Générale du Droit*, trad. del ruso por TCHERKOFF, París, 1914.

(2) KANT trata de esto en la Introducción a su Teoría del Derecho, hablando de los «resortes patológicos que determinan arbitrariamente las inclinaciones y las repulsiones».

indirecto se podría ver en esto un efecto del miedo, como temor a perder el provecho deseado (3).

No podemos, pues, llegar en este punto a resultados *científicos* de exactitud comparable a la de las ciencias matemáticas. No cabe establecer aquí una relación segura de causalidad, calculable con certeza mediante la experimentación. Nos tenemos que limitar a una observación descriptiva del curso ordinario que siguen las cosas; no cabe hacer más en punto a psicología del Derecho *desde el punto de vista de la voluntad jurídica ordenadora*.

Para lograr una *perfecta* vinculación jurídica en cada caso, la voluntad determinante deberá ser tal, que pueda darse un pleno acatamiento de las reglas de conducta *por parte de los vinculados*. Y esto sólo podrá tener lugar *jurídicamente* cuando la voluntad determinante proceda en el sentido de la *inviolabilidad*. En otro caso la ordenación será arbitraria, y sólo se logrará cuando lo más, que los ciudadanos cedan ante el poder brutal. Y no bastan las afirmaciones del que se halla en el poder para dar a sus conminaciones color de *Derecho*, sino que es necesario que sus actos den base para confiar que él mismo quiere y puede hacer prevalecer el carácter *jurídico* de sus mandatos (4).

Así, pues, *ambas* partes, la voluntad vinculatoria y la de los individuos vinculados, deberán poner la intención y el deseo de realizar la vinculación antárquica e inviolable en que el Derecho consiste. La voluntad vinculatoria, ajustándose a las características del concepto del Derecho y los individuos a ella sometidos ha-

(3) V. sobre el sentimiento del Derecho § 146. A crear el miedo pueden concurrir muchas veces otros sentimientos psicológicamente apreciables, como el orgullo, la conciencia del poder, etc. Ejemplos de esto los tenemos en el sentimiento del Derecho herido como nos lo presenta GANSHOFER en «*Gotteslehen*», KLEIST en «*Michael Kohlhaas*» (v. § 102 n. 7) y en otros muchos casos.

(4) Alguien ha hecho referencia a este propósito del concepto de la «fidelidad», que tan gran importancia tenía en el régimen del feudalismo (v. § 12). El poeta SCHENKENDORF ensalza al llorar la muerte de Schill la «fidelidad varonil, faro seguro de los antiguos tiempos»: pero no ha habido un solo orden jurídico, aunque intentase organizarse a base del *contrat social* (§ 15 n. 6) que hubiese podido prescindir de la «fidelidad», bien que sólo fuese una fidelidad abstracta frente a la Constitución y a las leyes.

ciéndose a la noción de que se hallan ante una ordenación inviolable y convenciéndose por *ello* del deber de acatarla.

Psicológicamente sólo cabe decir que la *vigencia* de todo Derecho exige siempre, en último término, un acatamiento, y todo acatamiento una causa determinante como fundamento *genético*; en cambio, desde un punto de vista *crítico* podemos precisar y deslindar, *sistemáticamente*, el concepto «del Derecho» como una modalidad peculiar de la voluntad humana y no como una suma de diferentes actos de acatamiento.

78.—INSEGURIDAD EN CUANTO A LA VIGENCIA DE UN DERECHO.

Varias veces hemos dicho que al preguntar si un «*Derecho*» cualquiera *se halla en vigor*, se da por supuesto implícitamente el concepto del «*Derecho*» (§ 68). De donde se sigue que no es un impulso *originario* de la vida de los sentimientos el que engendra la noción de la *vigencia* de un Derecho determinado. La materia que constituye la noción de la *vigencia* de un Derecho no es, pues, una trama confusa de aspiraciones y deseos como la materia del concepto mismo del Derecho, sino que parte ya de la existencia de éste.

O dicho de otro modo: La posibilidad de la *vigencia* de un Derecho se presenta a mitad de camino en nuestra reflexión. No trasciende a aquellas formas puras mediante las cuales ordenamos el contenido de nuestra conciencia, ni surge, por tanto, psicológicamente como un proceso inmediato de las dotes especiales del hombre.

Por esto no cabe establecer doctrina alguna absoluta sobre *la psicología de la vigencia del Derecho*, a diferencia de la inducción psicológica del concepto del Derecho mismo. Respecto de la *la vigencia* de un Derecho, habrá que ver en cada caso, si los hombres abrigan la convicción de hallarse vinculados, efectivamente, por una ordenación *jurídica*. Pero no cabrá decir en un caso concreto, *con seguridad absoluta*, si el Derecho rige o no en realidad (1).

Son dos diversos problemas el de saber *cómo se distingue* lo-

(1) En circunstancias normales, cabe también distinguir la *vigencia internacional* de un Derecho y su *vigencia en el interior* del Estado a que pertenece. LISZT, *Völkerrecht*, §§ 13, 20 y 21. Const. del Imp. al art. 4. V. *infra*, §§ 137 y 138.

gicamente y de modo absoluto una simple *arbitrariedad* del Derecho, y el de ver *si se da en la realidad*, en un caso concreto, la característica jurídica de la *inviolabilidad* frente a las veleidades inconstantes y contradictorias del *capricho subjetivo* (2).

El primer problema entraga un *método formal* de ordenación de nuestras nociones, y cabe exponerlo con sus características permanentes en toda su integridad. El segundo, por el contrario, recae sobre manifestaciones *concretas* de impresiones y resoluciones subjetivas en cuanto a su existencia, sin que podamos establecer las condiciones generales de avance absoluto (3).

Nos afirmamos, pues, concluyendo en esta distinción: *críticamente* sí cabe dilucidar *con toda exactitud* el concepto del Derecho; en lo que no cabe seguridad es en la posibilidad *psicológica* de implantar en la realidad un Derecho vigente. Si una determinada voluntad *rige* o no como Derecho, es una cuestión concreta respecto de la cual no siempre se podrá llegar a una solución incontrovertible (4).

(2) V. en cuanto a problemas planteados sobre la vigencia de nuestras leyes en territorios ocupados durante la guerra: SCHOLZ, *Privateigentum im besetzten und unbesetzten Feindesland*, 1919. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 22, 709, 802 y 825. *Ibid.*, 26, 31. *Ges. und Recht*, 19. STRUPP, *Das besetzte Gebiet in der Praxis des Reichsgerichts*, en *Leipz. Zeit. Deutsch. Richter* 11, n.º 14; *Hymanns Jurist. Lit. Bl.*, 29, 118.—Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, art. 42.—Sobre Italia y Albania v. *Deutsche Jur.-Zeitung*, 23, 94.

(3) Cuestiones de orden práctico: WALDECKER, *Die Grundlagen des militärischen Verordnungsrechts in Zivilsachen während des Kriegszustandes*, en *Arch. f. öpp. Recht*, 36, páginas 389 ss. P. KLEIN, *Die Rechtstellung des Zwangsverwalters eines kriegsführenden Staates gegenüber dem neutralen Auslande*, en *DZBl.* 36, 97 ss.

(4) Durante la guerra de los boers, en octubre de 1899, el Gobierno del Transvaal proclamó la anexión de Grigualand y Betschnanaland a sus territorios. Por su parte, el comandante de Kimberley dictó una proclama en contrario declarando que la disposición de los boers no tenía valor ninguno y que la situación jurídica de los súbditos británicos no se había alterado en lo más mínimo. Casos de estos se han presentado muchas veces, sobre todo por efecto de guerras civiles. Proclamada la República de los Soviets en Munich en la primavera de 1919, Baviera se encontró momentáneamente con dos «gobiernos».—V. también § 66.