

LIBRO QUINTO

EL DERECHO DEL DERECHO

El más grande problema del género humano, a cuya solución le obliga la naturaleza, es la consecución de una sociedad civil que administre el Derecho para todos.

KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), 5ter Satz.

CAPITULO PRIMERO

DERECHO Y PODER ARBITRARIO

86.—Poder jurídico y poder arbitrario

Nuestras anteriores investigaciones nos han hecho ver que la ley última de la vida social es en la forma por que esta se rige donde hay que buscarla. Una determinada regulación de la convivencia, estatuida por los hombres, es lo que constituye dentro de la experiencia el concepto de la existencia social; sin la condición *lógica* del *querer vinculatorio* este concepto no podría existir en modo alguno. La peculiaridad de la regulación exterior concreta es, pues, la que determina siempre, en último término, la peculiaridad de la vida social humana por ella regida. Así, la unidad suprema a la que ha de ajustarse la vida social en cuanto conforme a una ley última no es sino un punto de vista armónico fundamental *para la regulación social* de la existencia humana.

Si ahora queremos penetrar hasta poner en claro y formular con toda precisión este punto de vista armónico bajo el que ha de juzgarse y encauzarse la torpe materia de las disposiciones, aspiraciones y movimientos sociales, no podemos por menos de ver que son dos las posibilidades formales del querer social y *dos* por tanto los medios a que cabe acudir para perseguir y alcanzar las miras sociales: el de la norma *jurídica* y el de la regla *convencional*.

La distinción entre estas dos posibilidades en que se nos manifiesta la forma de la vida social queda ya precisada más arriba (§§ 23-24), donde se ha visto la clara y fija antítesis que entre ellas media *según el sentido de su imperativo de vigencia*: el Derecho aspira a imponerse al individuo como un *precepto coactivo*, mediante *vinculación autárquica*, sin atender para nada a su adhesión, mientras que la regla convencional no significa sino una *invitación*, que por el sentido que entraña sólo puede vincular por virtud del *asentimiento* del sometido a ella.

Y se pregunta ahora: *¿tiene esta distinción alguna trascendencia en cuanto a la posibilidad de una ley última de la vida social?*

O más precisamente: *¿puede el fin último absoluto del orden social perseguirse en todos los casos concretos de un modo idéntico mediante ambos géneros de regulación, o goza una de estas dos posibilidades formales de alguna preferencia sobre la otra? ¿Se hallan las cosas dispuestas de tal modo que sólo mediante un género de regulación social exclusivamente pueda conformarse la vida social a una ley última, mientras que la posibilidad contraria es en absoluto inapta para ajustarse a aquel fin supremo?*

Tal es la pregunta que excépticamente viene a formular el anarquismo. Pregunta que encierra el problema de la filosofía del Derecho en el sentido formal que dice relación a la coacción jurídica.

Dad al Derecho el contenido que queráis; ordenadlo y disponedlo como se os antoje: siempre quedará en pie como inseparable de él *la coacción jurídica y este factor condicionante* del orden jurídico es el que necesariamente impide con toda seguridad que la vida social se ajuste a su ley última... Desde que este reto se nos interpone en el camino paladinamente, declarando guerra a muerte al Derecho en cuanto al derecho formal mismo que le justifica, no nos queda sino aceptar honradamente la batalla que nos propone este excepticismo radical, intentando ver si logramos someterle críticamente o si, por el contrario, debemos rendirle la espada como vencidos.

Las dudas que dan lugar a este problema planteado no pueden desecharse *a limine*, sin más, con tanta mayor razón cuanto que de las distintas posibilidades que se le ofrecen a la regulación social no es ni mucho menos la coacción jurídica, en sí y de por sí, la que al parecer merece gozar de preferencia, sino la de las reglas convencionales, tal como quedan definidas conceptualmente en su lugar. La coacción jurídica es la que *más* se aparta de la libertad exterior del individuo en cuanto a los fines que éste para sí se propone; su imperativo de vigencia *autárquica* ha de interponerse necesariamente mediante la violencia, llegado el caso; y no deja de ser algo extraño, a primera vista, que hayamos de someternos por la fuerza a reglas que quizá detestamos y contra las que luchamos con toda convicción y, más aún, *que no nos sea lícito* separarnos de esta comunidad social concreta que abandonaríamos de buen grado por aquella razón y a cuyos beneficios reales o supuestos renunciaríamos desde luego si de nuestra parte estuviese. Pues el orden jurídico, como más arriba se ha hecho notar, se reserva para sí

el derecho exclusivo a determinar quiénes son los que forman parte de su comunidad y se hallan bajo sus preceptos; y sólo él es el que puede decir con fuerza de obligar si y bajo qué condiciones permite que alguien se vea libre de sus dictados. Pretensión esta del Derecho contra la que la tendencia a rebelarse aparecerá todavía más fuerte si se observa que el Derecho puede ser modificado en todo momento sin contar para nada con la cooperación de cuantos a él se hallan sometidos y si se tiene en cuenta a qué azares deben su nacimiento gran número de comunidades jurídicas en la Historia.

La formación de asociaciones humanas libres, gobernadas únicamente por reglas convencionales se sustrae a esta dificultad. Dentro de estas comunidades el individuo se ve sometido igualmente a una regla exterior, regla que ordinariamente ejercerá sobre él, de hecho, una presión extraordinaria; pero la vinculación aquí no puede pasar del punto en que deje de concurrir su asentimiento a la sumisión. Sólo con gran impropiedad cabe hablar de comunidades convencionales: en realidad toda vinculación convencional sólo subsiste para *en cada caso concreto*; una modalidad *permanente* de vinculación no puede darse en estas circunstancias.

Esto es lo que determina la distinción *de alcance absoluto* entre el *Derecho* y los *usos sociales*. No son simples *referencias empíricas* las que en este punto podemos aducir; se trata, por el contrario, de las *formas conceptuales puras*.

Tal, en primer término, por lo que se refiere a la distinción del *percibir* y el *querer*. Que con esto sólo se alude a direcciones formalmente distintas de nuestra conciencia no puede ser dudoso. Pero si sabemos ver que para ordenar el contenido de la conciencia humana ha de acudir inexcusablemente a las formas conceptuales de *fin* y de *medio* no podremos por menos de poner también en conexión los fines de diferentes sujetos en sus relaciones recíprocas. Es lo que tiene lugar mediante la categoría del *querer vinculatorio*, dentro de la cual los fines de un individuo son tomados como medios para otro y los fines de éste, a su vez, como medios para el primero. Así en la antítesis que media entre el *querer aislado*, en el llamado estado de naturaleza, y el *querer vinculatorio* como forma de la sociedad humana no debe verse una descripción de acaécimientos concretos sino una modalidad conceptual necesaria para nuestro espíritu.

Y desenvolviéndose la vinculación de los fines humanos en el tiempo, surge de nuevo el problema inevitable que se refiere a su subsistencia: bien de un modo *permanente* o con eficacia sólo para *cada caso*. En el primer supuesto tenemos el carácter

autárquico de la norma jurídica, *sobrepuesta* por su propia virtud al individuo vinculado, sin dejarle un margen de decisión *libre* sobre su estado de vinculación *en el caso concreto*; este margen de libre decisión es el que se ofrece cuando sólo se trata de la regla convencional, *a modo de simple invitación*. Tal es la razón por la cual se ha hecho notar últimamente que la distinción trazada entre estos dos géneros de normas no es, en modo alguno, una mera descripción empíricamente condicionada sino algo necesario para esclarecer y ordenar nuestras impresiones en el sentido de las *formas puras*.

Y si se deja a un lado desde luego, entre los criterios esenciales que determinan el concepto del Derecho el momento del asentimiento y sumisión efectivos de los vinculados, se presenta en este punto una dificultad a la que la Filosofía del Derecho no ha prestado hasta ahora la atención debida: es la que se refiere a la *distinción entre el Derecho y el poder arbitrario*.

¿Cómo deslindar el poder del Derecho, el poder del Estado, el de la Iglesia, todo poder jurídico y legítimo, de una parte, y de la otra el poder arbitrario?

El concepto del Derecho amenaza con desplomarse en nuestras manos si no acertamos a encontrar un cimiento seguro para esta distinción; ya que toda regulación social sólo podrá aparecer o bien como convencional, a base del libre asentimiento de los sometidos a la regla *en cada caso*—ordenación de la convivencia humana que, al parecer, es la única justificada objetivamente—o bien organizada de un modo *coactivo* cualquiera, mediante el poder de unos hombres sobre otros. La expresión de que el Derecho sea «la política de la violencia» parece confirmarse fatalmente así.

Pero en realidad son *tres* las posibilidades que cabe distinguir entre los preceptos que integran una regulación social. En primer lugar, separamos las llamadas reglas convencionales que rigen el comercio social de las normas jurídicas, para distinguir luego, dentro ya de éstas, entre el Derecho y el poder arbitrario. La primera distinción no puede dar lugar a dificultad alguna; entre la regla convencional y la norma jurídica media una línea de separación bien marcada e imborrable, por lo que afecta al carácter de vinculación con que una y otra se muestran de un modo absoluto. Pero, cuales sean los confines que separen el Derecho del poder arbitrario es lo que no cabe ver tan claramente desde luego, y podría muy bien creerse que el Derecho, que según su sentido esencial es siempre una regla coactiva sin que, formalmente, en su aspecto conceptual, tenga en cuenta para nada los deseos, la voluntad y el asenti-

miento o disenso de los a ella sometidos, se pierde, privado de límites fijos y seguros donde contenerse, en el vasto mar de los poderes arbitrarios.

La división tripartita de las reglas sociales puede trazarse, con arreglo a lo dicho, del modo siguiente:

1.º *Reglas convencionales*, las cuales, atendiendo al sentido del imperativo de vigencia que entrañan, descansan sobre el asentimiento y adhesión de los sometidos a ellas;

2.º *Preceptos coactivos*, que por virtud de su sentido formal aspiran a obligar al individuo y regir su conducta sin atender, conceptualmente, a su asentimiento. Estas conminaciones de poder, que emanan de unos hombres sobre otros, se dividen, a su vez, en:

a) *poder jurídico*.

b) *poder arbitrario*.

¿Cuáles son, pues, los confines que separan estas dos distintas clases de reglas?

De lo que se trata es, por tanto, de examinar y decidir con toda precisión si entre las reglas convencionales y las conminaciones de un poder arbitrario cabe, en efecto, delimitar claramente como zona intermedia la de las normas jurídicas, de tal modo que estas normas no se distinguan sólo de las convencionales gracias al momento de la afirmación coactiva de vigencia sino también, análogamente, frente al poder arbitrario, mediante un criterio seguro. Acudir como tal al criterio del asentimiento efectivo—o hasta al del asentimiento general—no podemos hacerlo aquí como solución del problema planteado, ya que, como queda dicho, se trata del imperativo de vigencia de normas que tienden a vincular al obligado sin preguntarle para nada por su asentimiento efectivo. El que haga descansar las reglas sociales en cuanto a su imperativo de vigencia sobre el hecho de que los sometidos a ellas las reconozcan como suyas en cada caso aludirá a las normas convencionales, pero no a las reglas jurídicas; pues éstas aspiran a regir independientemente del asentimiento o disenso efectivos de aquellos a quienes obligan. Repetimos esto aquí, para dar por descartadas de una vez cuantas doctrinas intentan basar el concepto del Derecho sobre uno u otro género de reconocimiento efectivo o acatamiento real: el sentido que el precepto jurídico entraña—que es el de regir, formalmente como norma coactiva—no habrá alcanzado a discernirlo el que así razone.

El problema sólo estará en saber si a los tales *preceptos jurídicos coactivos*, emanados con esta significación formal, puede atribuirse de algún modo una sustantividad propia, en ver

si es que cabe distinguirlos como un concepto aparte de las *conminaciones del poder arbitrario*.

Tal es la cuestión preliminar, evidente e inevitable, de que debieran partir todos aquellos que en su excepticismo radical discuten la legitimidad de la *coacción jurídica* en cuanto tal, aspirando a poder discernir claramente este punto. ¿Cuál es el límite formal que, de un modo general, separa la coacción jurídica del poder arbitrario?

«Aún andan buscando los juristas una definición para su concepto del Derecho»: estas palabras irónicas de *Kant* no han perdido su actualidad hasta ahora; ¿es que ha de seguir siendo siempre así?

87.—Determinación del concepto del Derecho

Una delimitación clara y segura entre los conceptos de *Derecho* y de *poder arbitrario* no podrá llegar a establecerse, como se comprende, remitiéndose a los preceptos del Derecho en vigor para afirmar que toda disposición jurídica, mediante la cual se estatuyen o actúan las reglas sociales, ha de descansar necesariamente *sobre el Derecho dominante*.

Si es que el nuevo Derecho surge a base de las normas que un orden jurídico existente prescribe a este efecto, siempre deberá encontrarse inexcusablemente un criterio mediante el cual este Derecho en vigor sobre que las normas nacientes se basan se distinga de un simple poder arbitrario, entrando así en el campo conceptual del «*Derecho*». Y si se pretendiese hacer descansar este Derecho, a su vez, en otro que le hubiese precedido en el tiempo, iríamos remontándonos así hasta el infinito, perdidos en una *probatio diabolica*, de cuyo enredo sólo podríamos salir mediante una distinción conceptual entre la regla jurídica y el poder arbitrario.

De un punto conceptual dado habrá que partir necesariamente. Otra cosa valdría tanto como decir: *Derecho* es aquel precepto coactivo que se basa sobre el *Derecho*, círculo vicioso inadmisibles. ¿Pues *qué es este Derecho* sobre que el precepto descansa? ¿Qué criterio *formal de alcance absoluto* nos sirve para distinguir *este* precepto coactivo de otros preceptos coactivos diferentes?

El problema que se plantea así es tanto más inexcusable cuanto que el punto de vista de la constitución de un Derecho concreto a base de lo ya preceptuado jurídicamente no nos sirve siquiera, en sí y de por sí, para explicarnos los acaecimientos

que la Historia nos ofreció en este punto. Pues no puede dudarse que una tal regulación como esta a la que damos el nombre de *jurídica* se nos presenta más de una vez en el curso de la Historia como producto de una violación del Derecho vigente, o de otro modo cualquiera por obra del poder, sin ir a buscar en el orden jurídico dominante su legitimación.

«El Derecho—dice *Brinz* (233)—contiene, en primer término normas sobre sí mismo.» El mismo es el que determina mediante qué factores y a través de qué procedimiento el Derecho nuevo deberá surgir. Y hasta puede afirmarse que es propio de estados sociales avanzados que el Derecho nuevo se forme, en lo posible, con sujeción a los preceptos del orden jurídico vigente; de tal manera que lo que afecta sobre todo a una modificación de las normas que en este punto rigen se halle previsto también en una regla jurídica de carácter general, la cual sólo pueda sufrir, a su vez, una transformación del modo que su mismo texto prescriba, de todo lo cual nos ofrecen sencillo ejemplo las constituciones de los modernos Estados. Pero el curso de la Historia del Derecho no admite semejante dique, ni llegará nunca a ajustarse a ellos de un modo absoluto; el que haya seguido las vicisitudes de algún Estado sabe ya sobradamente con cuánta frecuencia el *Derecho* se forma *sin atender para nada* al orden jurídico existente o, más bien, *en contradicción* con él.

Tal es lo que ocurre cuando las nuevas normas emanan de un poder cualquiera no reconocido como tal por el Derecho vigente, del poder más simple y elemental a este efecto instaurado: así, en los casos de sublevación y de conquista, golpe de Estado y revolución y demás manifestaciones afines a estos conceptos. Pero deben enumerarse aquí también los tratados originarios que trascienden fuera del orden jurídico dominante: así, por ejemplo, los que fundaron el Imperio alemán, creando nuevos poderes jurídicos *superiores* a los ya existentes; y sobre todo los tratados concluidos en el campo del Derecho internacional (siempre que no nos limitemos a concebirlas como un conjunto de leyes de varios Estados con idéntico contenido), al menos aquellos que abrieron la era del Derecho internacional moderno. Y este es también el lugar oportuno para mencionar, como último ejemplo, la posibilidad de normas jurídicas que, surgiendo dentro de los límites de un orden jurídico determinado, descansan sin embargo sobre un hecho que las normas vigentes no reconocen como fuente de Derecho o que como tal lo han prohibido o sujeto a restricciones; es lo que ocurre, singularmente, con el Derecho consuetudinario, cuya forma-

ción declara ilícita el orden jurídico, pero que no obstante llega a imponer su influjo en muchas ocasiones (234).

Las reglas jurídicas recaen sobre el individuo desde lo exterior; preceptúan y regulan las relaciones humanas sin que sepamos quizá ni de su existencia; su conminación es formal, sin que se preocupe para nada de que nos declaremos o no conformes con su contenido; y en cuanto tales aspiren a regir sin consultarnos previamente ni contar con nuestro asentimiento o adhesión. Todo lo cual es común a las disposiciones *jurídicas* y a las conminaciones de un poder *arbitrario*, con las que aquellas se entretajan más de una vez, de hecho, en el curso de la Historia. Con frecuencia puede observarse en la Historia cómo el Derecho nuevo surge por obra del poder y de la fuerza, mediante la violación del Derecho existente; y puede muy bien ocurrir que aquel en quien encarnen los poderes del Estado no obstante hallarse legitimado como tal para dictar preceptos jurídicos emane en vez de éstos disposiciones arbitrarias. Deberá encontrarse, pues, un criterio conceptual seguro, si es que toda distinción no es un puro artificio, sin que sea posible trazar un límite claro entre el Derecho y la arbitrariedad ni llegar a concepto alguno objetivo del *Derecho*.

Para la solución de este problema lo que en primer término necesitamos inexcusablemente es discernir con claridad metódica el procedimiento exacto que ha de darnos la pauta para nuestras consideraciones; sobre lo cual tampoco en este punto podemos por menos de llamar la atención, adiestrados por la experiencia de las doctrinas anteriores que tantos ensayos fracasados nos muestra.

Ni habrá tampoco por qué dejarse llevar aquí del problema ocioso que se refiere a los primeros orígenes probables del Derecho y de los órdenes jurídicos. La distinción entre el aspecto genético y el sistemático no deberá perderse de vista tampoco a este propósito. El primer punto de vista de nada puede servirnos aquí. Aunque las hipótesis de este género que se construyen (§ 53) fuesen más afortunadas de lo que en realidad son, para poner en claro los orígenes del Derecho siempre habría de partirse necesariamente de su concepto sistemático. En qué se distinga este concepto del de poder arbitrario, tan afín a él, no podrá decirnoslo en modo alguno una investigación genética sobre *sus orígenes* (235).

El concepto del Derecho que investigamos deberá separarse, pues, del de la torpe arbitrariedad mediante un criterio formal de alcance absoluto. Y para no caer en error no podemos por menos de empezar por ver cuál es el verdadero sentido de esta

posibilidad de conocer con alcance absoluto. La mayor parte de los filósofos del Derecho intentan penetrar en el campo jurídico partiendo de un *a priori*: de la moral, de ciertos fines sociales, etc; y la doctrina que de este modo se proclama es la que ha de contrastarse luego sobre la materia de la Historia. Así, dice *Dahn*, por ejemplo, que a la Filosofía del Derecho no solo les mueve a los juristas la necesidad de encontrar una fundamentación para los principios de su ciencia, sino también «al filósofo la necesidad de *poner* asimismo *a prueba* su principio frente a los fenómenos que la Historia ofrece por lo que se refiere al Derecho y al Estado» (236). Pero esto, ni nos procura un método claro ni una cierta seguridad para llegar a un conocer objetivo del concepto del Derecho, concepto que el mismo *Dahn* presupone al hacer esta afirmación.

El verdadero camino que puede conducirnos a esta meta es, según mi modo de ver, precisamente el contrario. De donde ha de partirse es de la experiencia. ¿Dentro de qué experiencia encontramos la noción *del Derecho*, como una suma de preceptos que han de distinguirse de los que constituyen el poder arbitrario?: tal es lo que debemos preguntarnos en primer término. Para examinar después si es que existen algunas condiciones de alcance absoluto, bajo las cuales haya lugar a hacer una distinción intrínseca entre dos grupos de preceptos exteriores y coactivos. *El concepto del Derecho ni puede ni debe desentrañarse a priori*. Lo que, por el contrario, hacemos aquí es enfrentarnos con la experiencia, dentro de la cual se nos muestra claramente discernible lo que rige como Derecho. Y hecho esto nos preguntamos: ¿es que existen condiciones constantes, a tenor de las cuales deba estimarse posible, de un modo objetivo y claro, una delimitación inequívoca de este concepto que hasta ahora sólo se nos ha mostrado de una manera confusa?

¿Dentro de qué síntesis surge en todo caso el concepto *del Derecho*, y con ello la posibilidad de una formación de conceptos jurídicos? ¿Y qué criterios que así aparezcan como esenciales hacen posible separar este concepto con alcance absoluto de la avalancha de los actos subjetivos de arbitrariedad? ¿Qué es el Derecho?

Si se pone en práctica el método afirmado deberemos guardarnos sobre todo de un peligro: el de hacer entrar en la disquisición algo del *contenido* de una regulación social condicionada en cuanto a la materia. De lo que se trata aquí *exclusivamente* es de determinar de un modo *formal* el concepto del Derecho. Y para esto deberemos dejar a un lado cuantos objetos concretos pueden ser materia de regulación jurídica. Este con-

tenido puede ser el mismo tratándose del Derecho que de las reglas convencionales o de las medidas de un poder arbitrario; sólo prescindiendo de tal contenido podrá, por tanto, llegar a discernirse claramente el concepto del Derecho, zona intermedia entre aquellas otras dos modalidades, de las que hay que distinguirlo.

La definición de *Ihering*, que ve en el Derecho «lo que asegura las condiciones de vida de la sociedad en forma coactiva» (237) choca no poco en todos sus aspectos contra las máximas de nuestra investigación. No se ve que «la sociedad» no es algo que ya exista de por sí antes de que el Derecho venga a «asegurarla»: «sociedad» en este sentido no puede significar sino un conjunto de hombres vinculados jurídicamente, de tal modo que el Derecho no interviene aquí solamente para garantizar *la sociedad* en sus condiciones de vida, sino que es lo que hace *surgir* este concepto dentro de la experiencia. La expresión «forma coactiva» no es tampoco la apropiada, en segundo término, porque esto no nos ofrece delimitación alguna precisa del concepto del Derecho frente al de las reglas convencionales, de un lado, y de otro frente al de la coacción arbitraria. Y, finalmente, no hay por qué decir, es inadmisibles hacerlo, tratándose de definir el Derecho en su concepto formal, que *el Derecho* es el que viene a garantizar a la sociedad sus condiciones de vida; en esto podrá verse, a todo lo más, *la mira del contenido* del Derecho, pero en modo alguno un criterio determinante de su concepto *formal*; concepto formal al que cabe perfectamente que se ajuste un determinado Derecho histórico aun cuando para nada se preocupe *in concreto* de esta misión o sólo lo haga de modo imperfecto (238).

Si, dejando a un lado esta doctrina, seguimos nosotros el camino propuesto, de lo que se tratará para nosotros será de saber si existe un criterio intrínseco que pueda permitirnos distinguir de tal modo entre dos modalidades diferentes de preceptos coactivos por obra del hombre que en la una hayamos de ver el *Derecho* y en la otra la *arbitrariedad*, inconfundiblemente separadas. El criterio deberá ser tal que abarque *con alcance absoluto* todo Derecho concebible; y no podrá llevar consigo nada que implique un producto histórico fortuito ni referirse sólo a ciertos órdenes jurídicos concretos con exclusión de todos los demás. Y finalmente, habrá de ser un criterio meramente *formal* sin encerrar contenido *material* alguno que diga relación a la persona o modo de proceder del legislador dentro del campo jurídico (mayoría de los súbditos varones adultos, «verbigracia»); pues, en otro caso el pretendido criterio absoluto

no pasaría de ser una simple norma jurídica determinada *en cuanto a lo condicionado de su contenido*, norma que daría ya por supuesto, implícitamente, *el concepto formal del Derecho*.

Si se tiene presente ahora que la dificultad para poner en claro el concepto del Derecho se halla en su delimitación frente a los preceptos *arbitrarios*, se nos mostrará que el criterio investigado sólo puede estar en la antítesis que plantean las conminaciones de un poder que formalmente no trasciende de lo subjetivo y que sólo son manifestaciones del capricho personal del que las dicta. Nos hallaremos frente a un poder arbitrario cuando el precepto dictado sea tal que el mismo poder que lo dicta no pueda estimarlo—atendiendo al sentido formal—como una regulación objetivamente vinculatoria de las relaciones humanas; un dictado que en su propia opinión sólo tenga la trascendencia formal de lo que tiende a satisfacer los antojos y deseos subjetivos del que goza del poder, mediante la vinculación de otros *exclusivamente*, vinculación que él mismo será libre de acatar *cuando se le antoje*, sin que el hecho de decretarla lleve consigo, en modo alguno, una vinculación del que la dicta.

El reverso de esta situación se nos ofrece cuando el que ordena *se propone quedar vinculado también por sí mismo a la norma* emanada. Ambos, el que lo dispone y aquel para quien se dicta, deberán quedar vinculados al precepto. Si el que lo dicta no resulta también vinculado se tratará de un mero acto de arbitrariedad; no nos hallaremos frente a un precepto que rija como inviolable ni ante una norma jurídica, por tanto. El llamado a ordenar deberá mantenerse también vinculado a sus propias órdenes, y en tanto que éstas subsistan para los sometidos a ellas deberán subsistir también para quien las ha dictado, no con identidad de contenido respecto de ambos, necesariamente pero sí con igual fuerza vinculatoria formal para una y otra parte.

Sentido de la regla es, en este caso, el de que quien la dicta, si no quiere hallarse por más tiempo vinculado, sólo tendrá, para liberarse, el medio de hacer que la regla sea derogada. Y si no lo hace así, procediendo en contra de la regla mantenida en vigor, incurrirá en coacción arbitraria, en una mera arbitrariedad de su poder; lo que podrá acaecer claro está, en todo momento.

Estas consideraciones pueden articularse ahora del modo siguiente en el orden crítico de ideas a que había dado ocasión el problema planteado: *la vinculación de los fines humanos* puede tener lugar de un modo *permanente* o bien *para cada caso concreto*. La conexión de causa a efecto sólo consiente la pri-

mera posibilidad, mientras que en el campo de los *finés* cabe también la segunda, de un modo formal y con alcance absoluto. Pero esta vinculación *para cada caso* podrá presentarse, a su vez, tanto por parte de los sujetos vinculados como respecto del querer vinculatorio mismo. En el primer supuesto se tratará de la vinculación de la regla *convencional*, en el segundo de la que es producto de un poder arbitrario: sólo la vinculación *permanente* es la que determina, en un sentido general, entre estos otros dos, el concepto condicionante *del Derecho*.

Derecho es el querer vinculatorio autárquico e inviolable.

El factor conceptual de la *autarquía* es, pues, el que constituye el reverso de la vinculación de fines humanos de un caso para otro, dentro del querer de *aquellos a quienes corresponden los fines vinculados*; el concepto de la *inviolabilidad*, el que condiciona la modalidad *permanente* de vinculación, frente al *querer vinculatorio* que sólo tiene eficacia para cada caso (239).

De donde puede inferirse, como consecuencia práctica, que el contenido de un querer *jurídico*, en cuanto vinculación *permanente*, según su sentido *formal*, deberá ser eliminado antes mediante el contenido de otro querer *jurídico* divergente, para que sea lícito obrar en contra de sus preceptos. Es esta, como queda dicho, una simple *consecuencia práctica* que se sigue de la noción de *inviolabilidad*, ya definida de por sí en su sustantividad lógica (240); pero esta consecuencia abre más de un horizonte interesante a la investigación, según hemos de ver en las siguientes páginas.

88.—De la inviolabilidad meramente condicionada del Derecho

Contra esta determinación conceptual *del Derecho* que sólo mediante el carácter de inviolabilidad *durante su subsistencia* le delimita de los preceptos coactivos arbitrarios, no faltará quien objete, quizá, que, según esto, el concepto mismo del Derecho no ofrece seguridad objetiva alguna frente a transformaciones injustificadas de su regulación.

A lo cual respondo yo que una seguridad tal *no* puede en realidad haberla. Ciertamente que alguna vez se ha intentado mantener mediante normas *jurídicas* una vinculación condicionada y un orden social como inviolable de un modo *absoluto*. Pero, semejantes propósitos son ya irrazonables de por sí, por exigencias de la cosa misma.

En el preámbulo a la Constitución de nuestro Imperio alemán se dice que entre los Estados federados se concluye una

Confederación «eterna». Pero el artículo 78 admite, como se sabe, que la Constitución pueda ser modificada por vías de Derecho, prescribiendo el procedimiento que al efecto habrá de adoptarse. Un límite teórico que pueda interponerse ante la licitud de tales innovaciones no existe. Y como de la Constitución forma parte también en cuanto factor integrante la fórmula introductiva, ésta se halla igualmente a cubierto bajo la garantía de inviolabilidad por el tiempo que rija sin modificarse la Constitución, pero nunca por lo que se refiere a aquella inmutabilidad *a priori* para todos los tiempos, incompatible con la evidente posibilidad de someter a reforma la Constitución imperial. Nadie habrá que afirme que el art. 78 referido sólo pretende aludir a aquella parte de la Constitución que aparece *después* de la palabra «Constitución» en el preámbulo. La «Constitución del Imperio alemán» fué publicada *como un todo*, conforme al orden prescrito, por la ley de 16 de Abril de 1871 y deberá, por tanto, hallarse sujeta *en conjunto* a las reglas jurídicas vigentes sobre la formación de Derecho nuevo, que, como tales, afectarán asimismo, consiguientemente, a las posibilidades de reforma de la misma Constitución. Y, por otra parte, las tres finalidades que el Imperio proclama como decisivas—defensa de los territorios de la Confederación, protección del Derecho vigente en estos territorios y fomento del bienestar público del pueblo alemán.—Sólo pueden entenderse en el sentido de la Constitución, tal como esta misma las expone después de modo más preciso en su articulado. Cuáles sean los territorios de la Confederación es lo que especifica el art. 1.º, modificado, como se sabe, desde la fundación del Imperio, mediante reformas adicionales de la Constitución y en parte restringido también por virtud de los Tratados de regulación de fronteras con Suiza y con Rusia. La protección del Derecho vigente en estos territorios deberá tener lugar, evidentemente, a tenor de la competencia del Imperio, una vez precisada, y sólo adquiere su verdadero sentido, por tanto, mediante algunos artículos de la Constitución, en los cuales no se admite para nada la posibilidad de que su contenido haya de mantenerse en vigor «eternamente». Y por último el fomento del bienestar público del pueblo alemán sólo puede constituir, asimismo, una mira general; de la que no cabrá derivar en modo alguno *normas jurídicas de carácter positivo* vinculatorias para la Justicia y la Administración; mira general que tampoco puede tener una significación y un contenido si no es a base de la competencia del Imperio, sujeta siempre a cambio y transformación, con arreglo a las disposiciones concretas ulteriores que en la Constitución se

contienen. Vemos, pues, que ni por lo que se refiere a la ley fundamental de un pueblo, cabe hablar de una virtud de vigencia inmutable atribuida por todo una eternidad a sus normas; sin excluir, por tanto, las que contiene en su preámbulo la Constitución del Imperio alemán. Que la Confederación que constituye este Imperio se califique de *eterna* en las palabras de introducción citadas sólo puede significar, si se atiende al sentido propio de la Constitución, que se proclama inviolable por todos los tiempos... en tanto que *otro Derecho nuevo* no venga a introducir sobre este punto una modificación. Una pretensión de mayor alcance sería absurda. Pues, la base de qué ley última había de pretenderse afirmar una inmutabilidad e inderogabilidad *absoluta* de la Confederación? Que esta organización puede venirse abajo un día *mediante la fuerza* no puede ser dudoso, desgraciadamente; y que la vinculación al Imperio así organizado por obra de los hombres para sus fines *condicionados*, implique, *con este carácter concreto*, una ley *incondicionada* del *imperativo moral* nadie habrá que lo afirme. No hay una sola ley natural ni cabe discernimiento teórico alguno en materia de percepciones, que pueda vanagloriarse de poseer un valor de verdad absoluto y eterno, e idénticamente, por lo que se refiere a las reglas instituidas por los hombres, producto de condiciones concretas empíricamente dadas y determinadas en su contenido finito por los fines condicionados a cuya consecución se encaminan.

Nos encontramos en este punto con la necesidad de dar expresión aquí a un modo de ver legítimo frente a ensayos doctrinales ya antiguos dentro del campo de la Filosofía del Derecho, modo de ver que es el que ya más arriba (§ 24) se ha formulado y expuesto, al desechar la posibilidad de una norma jurídica que con su contenido positivo, se mantenga incommovible *a priori*. El contenido de todo precepto concreto es siempre algo empíricamente condicionado y sujeto necesariamente a cambio constante. Si este contenido condicionado se analiza mediante su desintegración en materia y forma, para llegar al concepto condicionante del Derecho, se verá que lo único que queda en pie es *un carácter determinado* de estas normas concretas, el que nos permita calificarlas de normas jurídicas. Este carácter es el que les presta *el sentido especial* con que las reglas se dictan. Que las reglas hayan de ser acatadas de modo absoluto por toda una eternidad no habrá poder humano que con claridad de juicio lo exija; basta pensar que se trata de productos históricos que surgen de circunstancias concretas, sujetas como tales necesariamente, a un cambio constante. Lo que sí puede exigir funda-

damente toda norma es el ser acatada *por todo el tiempo que dure su existencia*, la virtud de la inviolabilidad, *en tanto que no deje su puesto a otro Derecho* distinto. Tal es lo que basta para diferenciar un precepto en cuanto precepto jurídico de los que emanan de un mero poder arbitrario que en modo alguno se allana a quedar vinculado a sus propias conminaciones; pretender trasponer estos límites empíricos que las condicionan para declararse inamovibles de un modo absoluto, es una pretensión injustificada e injustificable.

Ni se logrará llegar tampoco a este resultado dando un alcance absoluto a estas cuestiones: ¿cómo puede surgir el Derecho; en qué esferas sociales; por obra de quién? (242). Cuanto en este sentido pueda mostrársenos sólo nos dará base *para generalizar* nuestras observaciones de un modo relativo, para comprobar una serie de datos empíricos concretos *cuantitativamente acumulados*. Pero, todas las normas jurídicas que se consiga reunir comparativamente de este modo no tendrán otra significación que la de preceptos aislados con un determinado contenido, reglas concretas que nos dirán de qué modo y por obra de qué personas el Derecho nuevo puede surgir. La doctrina de las fuentes del Derecho no se distingue en este punto de los demás capítulos que integran un sistema de Derecho histórico. Las normas concretas sobre las que descansa esta doctrina surgen como las demás de situaciones históricas condicionadas y se hallan sujetas con ellas, necesariamente, a un cambio constante. El principio afirmado según el cual no hay una sola norma jurídica que, por lo que afecta a su contenido positivo, pueda proclamarse *a priori* como inmutable, no sufre excepción tampoco ante la doctrina de las fuentes del Derecho.

También dentro del comercio jurídico privado se intenta alguna vez que otra estatuir preceptos *absolutamente inmutables*.

En los estatutos de la *Goethe-Gesellschaft* aparece una expresiva cláusula por la que se dispone que el artículo en que se señala la ciudad de Weimar como domicilio de la asociación no podrá modificarse *nunca*.

En la primavera de 1892 la corona de Prusia cede gratuitamente al municipio de Kreuznach las salinas de Karl-Theodors-hall, adquiridas por el gran duque de Hessen; a cambio de lo cual este municipio se obliga a suministrar, sin retribución alguna y eligiendo la de calidad más fina, la sal de cocina necesaria para el consumo de todos los palacios pertenecientes al patrimonio real.

En casos como estos sobra toda disquisición: aquel adagio

que aconseja no decir nunca jamás y la canción irónica que nos enseña lo raras que son las eternidades debieran bastar para acabar con cláusulas como las que se nos muestran en los contratos privados de estos ejemplos. Claro que, teniéndose por *jurídicos*, a lo que aspiran estos pactos es a regir como inviolables *en tanto que* se hallen en vigor; pero querer exaltar esta virtud hasta atribuirles un alcance absoluto e ilimitado nada hay que lo justifique.

Ni una sola norma jurídica existe, pues, que sea sagrada *incondicionadamente y en absoluto* inviolable; solo de un modo relativo y condicionado podrá estimarse inviolable un precepto. Inviolable *en tanto que* subsista; pero toda norma podrá ser eliminada por otra distinta en la que, como en ella, concurra el carácter que presta la coacción *jurídica*.

89.—Formación originaria de Derecho

Este criterio general determinante del concepto de Derecho, claramente delimitado así de los simples preceptos arbitrarios, puede servirnos para discernir sin sombra de duda un problema que hasta ahora no ha podido encontrar satisfactoria solución: el de explicarse cómo mediante la violación de un Derecho vigente y por obra de actos de poder jurídicamente ilícitos pueden surgir nuevas normas de Derecho.

Por quebrantamiento del Derecho se entiende aquí todo precepto coactivo dictado por poderes sociales sin ajustarse al orden jurídico vigente (243). Tal modo de proceder puede denominarse también arbitrario, si se atribuye a esta palabra una más amplia acepción; pero el poder arbitrario a que se refieren nuestras investigaciones es algo distinto. La arbitrariedad sólo constituye—para nosotros, como necesariamente aparecerá de nuestra exposición—un grupo de preceptos coactivos, aquellos que no adquieren virtud *jurídica* porque no lo quiere así el mismo poder de que emanan. Que esto puede ocurrir se halla fuera de toda duda, históricamente; un acto de poder como ese a que aludimos en las primeras líneas de este apartado, puede reducirse a ser una torpe arbitrariedad, pero puede también engendrar un Derecho que suplante al vigente. Esto último es lo que acontecerá cuando el acto de poder en violación del Derecho dominante se ajusta de lleno al criterio que delimita de modo decisivo la norma *jurídica* frente a la mera *arbitrariedad*.

Hay dos casos en que un acto de poder en quebrantamiento

del Derecho dominante no podrá pasar de ser una simple manifestación del poder *arbitrario*:

1.º Cuando el que desde el poder dicta el precepto tenga la voluntad resuelta de no mantenerse él mismo vinculado a las medidas que su fuerza impone. El general que al frente de las tropas enemigas invade una ciudad, saqueándola y haciendo pesar sobre ella deberes y contribuciones, cuyo sentido no exige en modo alguno que el que los decreta haya de sujetarse también vinculatoriamente a lo decretado, sólo procede mediante la violencia de la arbitrariedad; pero los deberes que su poder imponga serán verdaderos deberes jurídicos si a cambio de las cosas sustraídas a la población se entregan, por ejemplo, cheques que las cajas de guerra hayan de hacer más tarde efectivos.

Este género de arbitrariedad no es sin embargo el mas importante en la Historia, sobre todo por lo que se refiere a estos últimos tiempos; importancia mucho mayor y decisiva es la que corresponde a la segunda clase de poder arbitrario.

2.º Cuando aquel que tiene en sus manos el poder social deja subsistir el Derecho vigente, pero sin sujetarse a sus disposiciones en un caso concreto, sólo porque es libre de hacerlo así.

Pero, en este punto hay que distinguir:

a) Cabe que el Derecho vigente otorgue a ciertos órganos del Estado esta misma facultad de apartarse de las normas del orden jurídico que de un modo general se hallan vigentes. Tal era el caso del pretor romano, que en virtud del *imperium* que se le confería durante el año de su magistratura, gozaba del derecho de no respetar en sus edictos el *ius civile* que regía y seguía rigiendo y que, según la expresión de los juristas romanos, actuaba en sus funciones *iuris civilis adiuvandi vel supplendi vel corrigendi gratia* (244). Y un fenómeno análogo es el que nos ofrece la doctrina de los privilegios, o bien creados por el mismo titular del poder legislativo para un caso concreto, asegurada la subsistencia del Derecho general, o bien otorgados por los órganos inferiores que la ley determina. Cuando, por ejemplo, en una monarquía absoluta el soberano interviene con sus poderes ilimitados en las vías del procedimiento penal para decidir de un caso concreto, nos encontramos, a menos que dentro de la organización del Estado se halle vedada de algún modo semejante intervención, ante un privilegio, que para nada afecta en conjunto al orden jurídico vigente. No es lo mismo que el titular del poder diga: dicto esta ley, pero en un determinado sentido habrá de serme lícito admitir excepciones a lo que disponen sus preceptos, o que declare: ordeno tal y tal, sin vincularme por

mi parte a nada. Si este último fuese realmente el sentido de las normas de un soberano absoluto, la regulación que así se dictase *sobre este punto concreto* no podría calificarse en modo alguno de *jurídica*. Pero, tratándose de privilegios hay siempre un orden jurídico que como tal se halla en vigor y es aplicado: lo que ocurre es que—precisamente a tenor de los preceptos de este mismo orden jurídico—cabe que haya lugar a excepciones concretas (345).

Claro que en la práctica no será muy marcada la diferencia que medie entre ambas posibilidades cuando la persona llamada a dictar las reglas sea una y la misma, como en estos supuestos de soberanía absoluta a que aludimos. Pero no por esto llegarán nunca a confundirse. El sentido del precepto de que se trate será distinto en uno y otro caso. En el caso en que el poder ordenador aparezca desligado de todo deber, ya por lo que afecta al sentido de su precepto y al modo mismo de expresarse—si éste fuese concebible en términos absolutos—sólo nos hallaremos ante un caos de ciegas arbitrariedades. Mientras que en el otro caso el monarca absoluto invoca los preceptos *del orden jurídico existente* que le reconocen el poder de otorgar privilegios en ciertas circunstancias; aquí media ya una regla general, vinculatoria para el mismo soberano y a la que sólo en casos concretos le es lícito introducir determinadas excepciones, no porque así se le antoje como titular del poder por un momento sino porque, *atendiendo a su sentido es la regla misma* vigente la que consiente aquellas excepciones indicadas.

b) Lo contrario es lo que ocurre cuando se dicta alguna norma o se procede de algún modo contra los preceptos del Derecho en vigor sin que este Derecho reconozca especialmente la posibilidad de determinadas excepciones. Si, por ejemplo, el Derecho garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y un propietario cualquiera se ve despojado de su inmueble por imperativo de un poder social, sin que medie el expediente de expropiación e indemnización que la ley señala o si un funcionario inamovible se encuentra privado, no obstante, de su empleo contra lo que el Derecho dispone, subsistiendo en vigor las normas sobre la propiedad privada y la ley de inamovibilidad, estos actos no podrán ser acatados jamás como actos *jurídicos*. Que las víctimas de tal arbitrariedad logren o no hacer valer sus derechos ante los órganos del Estado nada nos importa aquí. Ni podrá forzarse el razonamiento para llegar a un resultado distinto en este punto, intercalando la posibilidad de que el titular autárquico del poder o el ministro que así quebranta el Derecho se vinculen también por sí mismos a

lo ordenado en perjuicio del propietario o funcionario público. Pues sus conminaciones van contra el Derecho reconocido por ellos y mantenido como tal en vigor. Estas conminaciones no podrán tener eficacia, por consiguiente, en cuanto *jurídicas*. Admitir la posibilidad de una norma jurídica nueva en contra de lo dispuesto por otra vigente, sin llegar no obstante a derogarla, implica una flagrante contradicción.

Cuando se trata de una dispensa o de un privilegio, el que dicta el precepto coactivo lo hace basándose sobre el Derecho existente. La razón de que se dispense (si se pretende atribuir a la dispensa un carácter *jurídico*) es *que así lo admite el Derecho*. Y el precepto que al efecto se dicta es un precepto jurídico porque el poder del que emana se mantiene vinculado a su propia concesión del privilegio o dispensa, sin caer así, por tanto, en conflicto con la ley general que sigue subsistiendo, ya que *esta misma ley consiente excepciones concretas*, como las implantadas, en una determinada situación. Pero, por el contrario, los actos que dejando subsistir el Derecho vigente vayan *contra* él sin acatarlo no podrán, en modo alguno, por esta misma razón, adquirir la virtualidad de actos *jurídicos*: el Derecho que como tal se mantiene en vigor con la condición de inviolable lo impide, haciendo que actos como estos queden reducidos a la categoría de meras *arbitrariedades*.

Pero, cabe también que la violación del Derecho existente mediante el poder logre echar por tierra este Derecho, para suplantarlo por un nuevo orden jurídico, hecho al que deberá encontrarse una explicación mediante el criterio conceptual del Derecho más arriba proclamado, bajo el cual cae también esta posibilidad de que surja una nueva norma en contradicción con el Derecho vigente.

Es este un problema que se plantea ante una serie de hechos históricos innegables. En casos innumerables de la Historia nos encontramos con que el nuevo Derecho surge sencillamente del quebrantamiento por vías de violencia del que se había hallado vigente hasta entonces, por obra de una revolución o de un golpe de Estado, de una sublevación o de una conquista, mediante la concesión y anulación espontánea de la soberanía existente, de tal modo que el orden social que desde este momento empieza a regir en nada puede distinguirse de un orden jurídico ceñido en absoluto, a lo que parece, a vías de legitimidad.

Si se tiene en cuenta nuestra anterior investigación este problema no podría ofrecernos ya dificultad alguna. La identidad que en uno y otro orden jurídico—el que es producto de la violación

del Derecho existente y el que surge dentro de las vías legales— se presupone manifiestamente se halla en el criterio que de un modo general determina el concepto del *Derecho* frente al del mero poder *arbitrario*: en la inviolabilidad de la norma durante su vigencia. Por Derecho se entiende, en el aspecto que aquí nos interesa, un querer vinculatorio que, por el sentido que entraña, es inviolable. Es un precepto social coactivo que aspira a vincular á *ambas* partes, al que lo dicta y a aquellos sobre quienes recae, que por *ambos* deberá ser acatado y llevado a efecto en cuanto al contenido concreto de la norma. Este criterio, siempre que a él se ajuste la norma examinada, es el que nos sirve para distinguir conceptualmente de un modo seguro el querer social que se estudia frente a las medidas de un poder arbitrario, en que un tal criterio no puede concurrir. *Cuál sea la procedencia del contenido del querer así analizado nada nos importa para los efectos de su caracterización conceptual.*

Y del mismo modo es indiferente preguntarse, por lo que se refiere a la posibilidad de constituir un Derecho de modo originario, si se logrará instaurar así un estado jurídico *justo y provechoso*. Savigny reconoce (246) que «el azar y la arbitrariedad pueden influir no poco» en cuanto a la formación de Estados y alude a la posibilidad de que un Estado sea desmembrado y reducido mediante la conquista, aunque añadiendo que semejantes acaecimientos no son sino «anomalías». Estos momentos históricos anormales deberán ser superados y asimilados, dice Savigny, «por la salud moral y la fuerza del pueblo», pues en otro caso conducirían a un «estado patológico». «De este modo se explica como lo que había empezado por ser sólo *fuerza y desafuero* puede ir transformándose gradualmente de tal modo, por virtud de la fuerza de asimilación inherente al *ambiente jurídico*, que *dentro de éste* pase a ser un nuevo factor integrante del *Derecho* vigente.» Pero este modo de ver no puede resolver, en manera alguna, el problema de saber cómo es concebible que *una violación del Derecho* dominante pueda, no obstante, dar lugar a un *Derecho nuevo*. Pues un Derecho «patológico» es ya, un Derecho, a pesar de su anomalía. La conquista y la desmembración y otros actos análogos, modos originarios constitutivos de Derecho, no esperan para dar lugar a un estado de cosas que desde el primer momento existe ya *jurídicamente* a que paulatinamente se consume un proceso interno de asimilación; sino que imponen un nuevo «Derecho» como tal tan pronto como sus normas coactivas se ajustan al concepto *formal* del *Derecho*.

Que este problema no haya logrado resolverse hasta ahora de modo satisfactorio se explicará teniendo en cuenta una cues-

ción metódica de principio, relacionada esencialmente con este punto. Toda la Filosofía del Derecho anterior encamina sus esfuerzos a encontrar *una única* fórmula que pueda darnos la solución para los *tres* problemas del *concepto* del Derecho, justificación de la *coacción jurídica* y *contenido legítimo* de un Derecho. Al determinar esta fórmula es cuando difieren las diversas doctrinas. Pero todas ellas dan por supuesto—implícitamente—que la solución a que se llegue habrá de atender a aquella triple misión. Así, se dice, de que en el plano de la vida social corresponda a la naturaleza humana sociable, o a la noción fundamental de la sociedad, a la idea del *contrat social*, por ejemplo, o al espíritu de un pueblo en cuanto todo orgánico natural, es lo que conceptualmente *constituirá* «el Derecho»—lo que tal podrá servirse legítimamente de la *coacción* y lo que deberá estimarse *justificado* en su contenido.—Una de las doctrinas esenciales de nuestra Filosofía del Derecho, frente a esta manera de ver, es la de mantener aparte cada uno de estos *tres* problemas como objeto de estudio especial. Tal, sobre todo, por lo que se refiere al problema del *concepto* «del» Derecho y lo que afecta al de la legitimidad del contenido de un Derecho dado, problemas que deberán estudiarse separados a toda costa. Pues puede darse también un *Derecho injusto*, como son aquellas reglas sociales que aun ajustándose en un todo a las condiciones formales por que *el concepto del Derecho* se determina no se acomodan sin embargo a las otras condiciones formales que deciden de la *legitimidad* de un Derecho. Esclarecer y exponer sistemáticamente estas dos categorías sistemáticas de condiciones formales deberá ser, por tanto, objeto de estudio en dos capítulos distintos de la Filosofía del Derecho (247). Por el momento, es el primer problema mencionado el que hemos de investigar aquí en algunos de sus particulares.

Ya más arriba se ha hecho notar que la violación del Derecho por los medios de la fuerza y del poder no constituye la única posibilidad de que un nuevo Derecho surja sin descansar para nada sobre los preceptos del orden jurídico vigente. Cuidando de no repetir aquí ejemplos ya mencionados nos bastará hacer referencia ahora al jurista *Binding*, el cual ha demostrado incontrovertiblemente que la fundación de la Confederación alemana del Norte primero y luego la del Imperio alemán no pueden concebirse en modo alguno como actuación del Derecho por entonces vigentes dentro de cada Estado particular soberano. Pues mediante estos actos a lo que se llega es a erigir una fuente de Derecho nueva por sobre la competencia de los distintos Estados miembros de la Confederación, fuente de De-

recho que a partir de este momento se traduce, según la única interpretación fundada de nuestra Constitución imperial, en un poder legislativo soberano y en una jurisdicción central superiores a los poderes de todos los Estados particulares reunidos (248). Se trata de una creación *ex novo*, no de un simple efecto a que condujese la legislación de los Estados alemanes vigente hasta entonces; así puede *Binding*, con razón, objetar a la opinión contraria con la expresión de «vicio de legalidad». Pero, la explicación que ofrece este autor al hecho así admitido, un fenómeno de formación originaria de Derecho, no puede bastar para dar por resuelto nuestro problema. Estos actos, dice *Binding*, pudieron hacer surgir un Derecho *ex novo* por que el pueblo de la Alemania del Norte y sus gobiernos pactan en este sentido, con la intención de ajustarse, el uno y los otros, a partir de un día determinado, a la ley obra de su común voluntad (249). Pero este fenómeno concreto sólo puede ser explicable satisfactoriamente mediante una tal concepción, si en él se ve la aplicación a este caso de una ley general que rige toda formación posible de Derecho. ¿Con arreglo a qué pauta *de alcance absoluto*—debemos preguntarnos, por consiguiente—podía este pacto concreto a que se alude hacer surgir un Derecho *ex novo*?

Todas las observaciones que nos hagan ver cómo las normas jurídicas pueden manifestarse en el seno la vida social por diferentes caminos y sobre todo sin atender a las reglas que el mismo orden jurídico prescribe para la formación del Derecho nuevo, nos llevarán, en último término, a este problema general: ¿*en qué cabe reconocer de una vez para todas cuándo una norma es o no Derecho?* Para esto deberá existir necesariamente, un criterio *de alcance absoluto*.

En este sentido habíamos llegado a afirmar en páginas anteriores aquel criterio que es el único que nos permite distinguir de un modo general dos clases de normas coactivas, trazando un confín conceptual seguro entre el Derecho y el poder arbitrario. Este criterio de la *inviolabilidad* es también el que puede responder cumplidamente a la pregunta formulada; con lo cual desaparecerá toda duda en cuanto a la posibilidad de que una violación del Derecho vigente conduzca de modo originario a la constitución de otro Derecho: así llegamos a la conclusión de que la vía por que surjan es en absoluto indiferente desde un punto de vista formal, respecto de las normas *jurídicas*, debiendo atenderse exclusivamente, para atribuirles este carácter de jurídicas, al *sentido condicionante* de la vinculación.

Por lo que se refiere a la formación originaria de Derecho hemos de distinguir ahora *dos* posibilidades: la de que el que ins-

tituya la regla y los que han de resultar vinculados por ella se pongan *de acuerdo* y la de que sea el titular del poder *de por sí* el que la proclame contra la voluntad de los sometidos a su imperio.

En el primer caso, la aplicación de nuestro criterio absoluto, determinante del concepto del Derecho no puede ser dudosa, teniendo en cuenta lo que queda expuesto. a) Una norma jurídica así pactada se distingue claramente de una simple regla convencional por el hecho de que la norma nueva que se instituye se sobrepone desde este momento a la voluntad de los que hasta ahora eran libres, en el sentido de una vinculación coactiva, de tal modo que la eficacia de sus dictados no se mantiene dentro de los límites trazados a su antojo por los sometidos a ella sino del modo y con la energía que, formalmente, exige la regla jurídica vigente desde ahora. b) Y de este mismo modo la norma jurídica se distingue también inequívocadamente del mero poder arbitrario, puesto que el hecho del pacto no puede por menos de ajustarse conceptualmente al momento que separa de un modo absoluto la regulación jurídica y las medidas arbitrarias: el momento de la inviolabilidad. En este sentido, el titular del poder y los súbditos, al pactar, se someten de acuerdo a la nueva norma, vinculándose a la vez a sí mismos y a la parte contraria. Así se nos manifiesta el criterio de la *recíproca vinculación*, atendiendo al sentido y a la significación de la regla que surge y con él el de la *vinculación autárquica inviolable*.

Por el contrario, cuando se trate de una formación originaria de Derecho *por obra del titular* del poder exclusivamente deberá necesariamente concurrir una *conminación coactiva*. Si un particular cualquiera resolviese por su cuenta promulgar un Código o dictar una orden desde aquí al emperador de la China, estos hechos no nos plantearían problema social alguno. De lo que aquí se trata es de ver cómo *mediante la fuerza y el poder* pueden hacerse surgir nuevas normas jurídicas sin necesidad de ajustarse a los preceptos dictados a este efecto por el Derecho vigente (250).

Un Derecho *se mantiene* en vigor en tanto que no se le elimine *mediante un nuevo Derecho*, bien por medio de los dictados de un poder que descansa *sobre* los preceptos del Derecho hasta entonces dominante o bien por obra de un Derecho nuevo en forma de un acto de poder *contra* el Derecho anterior, aunque siempre ajustándose *al mismo* criterio (vinculación del mismo titular del poder a sus propios dictados) que sirve para delimitar *todo* Derecho de un modo formal y absoluto como una categoría propia e independiente de preceptos coactivos. En estas circunstancias un acto de poder semejante podrá transformarse en *De-*

recho como queda dicho, porque *en esto* es en lo que todo Derecho consiste (delimitado conceptualmente en este aspecto).

Si, pues, en caso de revolución o de guerra civil o cuando un caudillo cualquiera se levante en armas frente al legítimo soberano y en supuestos semejantes el partido de la rebelión contra la ley no ha logrado aún triunfar el Derecho antiguo no podrá darse por eliminado *en tanto que* así sea. Y, por el contrario *tan pronto como* en alguna parte de la nación los dictados del nuevo poder hayan llegado a imponerse en violación del Derecho hasta entonces vigente, como preceptos coactivos vinculatorios de modo inviolable, deberemos dar por descartado mediante la fuerza el Derecho anterior.

Cierto que cuanto se refiere a la *vigencia* de un Derecho dado implica una consideración de orden *psicológico*, la de la posibilidad de su implantación. La limitación *conceptual* entre *Derecho* y *poder* arbitrario puede llevarse a efecto hasta sus últimos residuos mediante un método exacto; se trata de una investigación que tiene lugar en el plano *crítico del conocer* y que nos conduce al criterio de la *inviolabilidad* como nota de una *vinculación permanente*. Pero que una ordenación caracterizada así como *Derecho* goce o no de *vigencia* realmente, eso no cabe afirmarlo siempre con la misma seguridad, si bien de ordinario, en circunstancias normales, no será difícil llegar a una conclusión cierta sobre este punto (251).

90.—Instancia competente para juzgar de las violaciones del Derecho

Quizá el político fiel a la Constitución hubiera deseado, vagamente, que nuestra investigación crítica para determinar el concepto del Derecho condujese a un resultado distinto. Al menos, en el campo de la política puede entereverse no pocas veces la concepción del Derecho y la Constitución dominantes como una base inmovible *a priori* a la que se reconoce *absoluta* inviolabilidad. Pero tal modo de ver es algo confuso que no responde a razón alguna.

¿Cómo demostrar a modo de un *hecho* la fijeza *incondicionada* de la Constitución y las leyes del Estado?

Por lo que se refiere al *contenido* de una norma jurídica esto será imposible: pues aparece evidente desde el primer momento que *toda* norma jurídica vigente sin excepción puede muy bien experimentar una modificación cualquiera por vías de Derecho; no hay una sola regla jurídica de la que pueda afirmarse una absoluta inmutabilidad a través de los tiempos.

Pero tampoco respecto de la *forma* cabe admitir una inviolabilidad absoluta como *hecho necesario de la experiencia*: nadie podrá dudar que la transformación de un Derecho no siempre tiene lugar por las vías que a este efecto marca el orden jurídico hasta entonces vigente. Los Estados actuales son en su mayor parte producto del poder mediante la guerra y la conquista, una vez aniquilado violentamente el Derecho vigente hasta entonces en las provincias y territorios anexionados; y a través de la Historia de todos los países sin excepción se desenvuelve una larga cadena de reformas y transformaciones jurídicas que en modo alguno podrán hacerse descansar sobre el Derecho precedente, que más bien son, por el contrario, obra de una violación del Derecho y de un poder ilegítimo, rigiendo no obstante como *Derecho a partir* de este instante. Ni se trata tampoco *simplemente* de ver, como antes se ha notado, si es que los fenómenos que se manifiestan son plausibles o son deplorables: nuestro Imperio alemán, por ejemplo, no podría existir ni nos hallaríamos tampoco en disposición de ir construyendo el moderno Derecho internacional, si nos hubiésemos limitado a reconocer exclusivamente, de un modo absoluto, los estados jurídicos nuevos emanados del Derecho precedente. ¿Y de que nos servirá, en último término, obstinarnos en ver en el Derecho históricamente consolidado algo plenamente inquebrantable si se nos pregunta en qué se habrá basado pues *este Derecho originariamente para surgir*?

Así el político que sostenga tal opinión no negará que de hecho *el Derecho ha surgido* no pocas veces de la violación del Derecho dominante o bien de un pacto originario, como en los Tratados de Versalles constitutivos del Imperio alemán; lo que afirmará será que esto *no debería acaecer*. Toda transformación necesaria, se pensará, cuando se trate de introducir nuevas normas de Derecho debiera tener lugar del modo determinado por el Derecho mismo.

Pero *sobre este extremo* nada nos dicen aún nuestras investigaciones. Ni nada pueden decirnos, reducidas a estudiar y resolver el problema especial que se les propone. Se equivocará el que crea que del simple discernimiento formal del concepto del Derecho puede deducirse argumento alguno en cuanto al postulado político que se afirma.

Nuestra investigación sólo nos hace ver la legitimidad lógica que justifica una distinción entre el Derecho y el poder arbitrario. Distinción que se establece acudiendo a un criterio de alcance absoluto mediante el cual cabe desintegrar *las normas sociales coactivas* en dos grupos marcadamente delimitados. La diferencia que separa el Derecho del poder arbitrario, como

no ha dejado de manifestarse un momento en la experiencia histórica de la vida social, pero sólo confusamente discernida hasta ahora, logra determinarse así de un modo exacto y queda legitimada científicamente. Atendiendo a este criterio será ya posible poner a contribución la antítesis mencionada con claridad científica y determinada desde un punto de vista objetivo.

Más que esto no puede ofrecerlo por ahora el *mero esclarecimiento conceptual del Derecho*.

No pocos de los encuentros desgraciados a que la Filosofía del Derecho ha tenido que hacer frente en la Historia de las luchas del espíritu hubieran podido tomar un giro mejor si no se hubiese pretendido deducir *del concepto del Derecho* conclusión alguna en cuanto a su fuerza vinculatoria y una pauta para juzgar de la legitimidad de su contenido. Pero, lejos de esto, se aspira a llegar a un axioma en cuanto a la *intangibilidad* del Derecho acogido o, de modo inverso, a una doctrina general que permita ver cuando el quebrantamiento y la subversión de un orden jurídico pueden hallarse *legitimados*. Problemas estos respecto de los que es imposible llegar a conclusión alguna, si se parte del mero *análisis lógico del concepto del Derecho*.

Las tan debatidas cuestiones sobre si los sujetos al orden jurídico pueden tener en ciertas circunstancias un derecho a la revolución o a una resistencia pasiva o sobre si el monarca o el pueblo soberano pueden incurrir o no en desafuero no podrán resolverse en sentido alguno si nos limitamos a determinar *el concepto del Derecho* mediante una fórmula de alcance absoluto. A base de una tal investigación *solamente* no cabrá determinar quién es el titular de la soberanía dentro de una comunidad humana condicionada empíricamente ni qué personas concretas son las llamadas a decidir en último término qué normas son las que como Derecho han de regir. Más aún, ni la legitimidad de la coacción jurídica misma, aplicada en ningún sentido, será posible demostrar mediante la fórmula que el concepto del Derecho ofrece, con mucha menos razón cabrá, pues, razonar a base de este concepto para llegar a afirmar mediante *tal* argumentación un acatamiento incondicionado del orden jurídico.

Para todas estas cuestiones y otras afines el concepto del Derecho lógicamente esclarecido, es el que constituye el *prius* evidente, si es que han de plantearse del modo debido y llegar a una definitiva solución: pero, para encontrar esta solución, sin dejar de pasar conscientemente por la fase conceptual como *labor previa*, tendremos que trasladarnos necesariamente a un campo *muy distinto* de investigación. Y lo que sobre todo no podrá resolver el concepto del Derecho examinado *desde un simple*

punto de vista lógico es el problema de saber si y hasta qué punto debe legítimamente *hacerse uso* del modo *originario* como constitutivo de Derecho.

El esclarecimiento conceptual de la distinción que media entre el Derecho y el poder arbitrario sólo nos permite—si no acudimos a puntos de vista diferentes—concebir científicamente el hecho de que de un quebrantamiento del orden jurídico por vías de violencia pueda surgir un Derecho nuevo. El hecho mismo hacía ya mucho tiempo que no era dudoso. Pero a explicarlo científicamente sólo podía llegarse poniendo de manifiesto la estrecha conexión que media entre el Derecho y el poder arbitrario, ramas uno y otro del mismo tronco de los preceptos sociales coactivos y no condicionados fundamentalmente dentro de sus respectivas esferas formales de acción por el reconocimiento de los sometidos a la regla, distinguiéndose sólo mediante el momento *de la inviolabilidad* inherente al sentido que la norma jurídica entraña. Pero *el concepto lógico* del Derecho nada encierra de una imposibilidad *absoluta* que sustraiga estas reglas humanas a las modificaciones que la misma mano del hombre pueda introducir en ellas—por vías legítimas o mediante la violación del Derecho vigente—y que les imprima en el terreno de la práctica, un sello de vigencia por toda una eternidad.

La posibilidad de que el Derecho surja mediante el poder en violación del orden jurídico existente no puede discutirse, por tanto, con remitirse *al concepto del Derecho mismo*. El que pretenda poner diques a la violación del Derecho y resistir legítimamente sus ataques deberá recurrir a *otra instancia* que la *determinación formal* del concepto del Derecho.

El que a tal aspire deberá tener presente, si le interesa, que para combatir debidamente las violaciones del Derecho la lucha ha de plantearse en los términos siguientes: «No deberá quebrantarse la Constitución para suplantarla por otra que sea obra del poder, pues *proceder así es condenable*»; pero no decir: *pues mediante estos actos no puede surgir en modo alguno un nuevo Derecho*.

El primer modo de ver podrá sostenerse basándose en razones tomadas del campo de los fines objetivamente legítimos; mientras que la segunda concepción—la que desecha la posibilidad de que por esta vía surja un nuevo Derecho—es fundamentalmente falsa.

La demostración de esto es la siguiente:

Hecho. Un golpe de Estado o una revolución, un pacto originario o un acaecimiento análogo cualquiera quebranta el Derecho vigente o no lo acata, erigiendo un poder coactivo con imperio social inviolable por el tiempo que rijan.

Cuestión.—¿Puede crearse de este modo un nuevo estado jurídico?

Supuesta solución.—No; pues este estado de cosas no se ajusta, para surgir, a los dictados del Derecho hasta entonces vigente; de donde aparece bien claro que para responder así se parte ya, como tesis condicionante, de esta determinación conceptual: *Derecho* es aquel orden social coactivo que descansa sobre el Derecho precedente, cayéndose así en la falta de un chico de la escuela, la de hacer entrar el definido en la definición.

El concepto del *Derecho* debe determinarse mediante un criterio especial que pueda distinguirlo de la norma *arbitraria*. Y este criterio especial no es otro que el de la *inviolabilidad*, en el sentido de una modalidad permanente de la vinculación de fines humanos; pero esta inviolabilidad puede ser atribuida del mismo modo al contenido de un nuevo querer vinculatorio autárquico mediante el acto que quebranta y elimina el Derecho vigente.

Un acto de poder que vaya contra el Derecho existente para descartarlo puede crear a su vez un orden jurídico *nuevo*, en ciertas circunstancias, a saber, cuando el titular del poder que dicta el precepto se proponga quedar vinculado por sí mismo a él, en tanto que otro Derecho no venga a modificarlo. Entre estos preceptos jurídicos así dictados desde el poder y una ley proclamada por las vías constitucionales no hay, *atendiendo simplemente al concepto formal que sólo sirve para distinguirlos del poder arbitrario*, diferencia alguna. Uno y otro género de normas caen idénticamente bajo el criterio esencial que determina el concepto del Derecho: la inviolabilidad de la norma, mientras que ésta no sea suplantada por otro precepto coactivo también relativamente inviolable. Y es este un criterio esencial porque *sólo mediante él* cabe distinguir formalmente de un modo absoluto entre dos clases de normas sociales coactivas. Una de estas dos clases es la de los preceptos *jurídicos*. Y de ella forman parte *todas* las normas que rigen como inviolable durante su existencia. Si concurre este criterio de inviolabilidad relativa el precepto coactivo que por su sentido se ajuste a él será siempre un precepto *jurídico*.

Que cabe distinguir entre Derechos legítimos e ilegítimos no es dudoso ni se discute. Pero, *aunque ilegítimo el Derecho que surja en ciertas condiciones será, no obstante, Derecho*. Lo cual no podrá llegar, en modo alguno, a explicarse sino mediante un criterio común de alcance absoluto que nos permita reconocer qué es lo que ha de calificarse de *Derecho* en todo caso.

Y esto nada prejuzgará en cuanto a la legitimidad intrínseca

de una violación de Derecho. Lo decisivo, por lo que se refiere a esta legitimidad, es la doctrina consagrada a estudiar cuándo un querer es justo. Deberá distinguirse, pues, en este punto, entre el *concepto* del Derecho y su *idea*.

91.—Litigios de vecindad entre el Derecho y el poder arbitrario

Cuando, hace ya muchos años, la tercera República francesa pensó en consolidarse, encontrándose con el hecho, nada agradable para los que se hallaban en el poder, de que los funcionarios de la judicatura, legalmente inamovibles, eran monárquicos en su mayoría se resolvió derogar la inamovilidad de los jueces mediante una ley especial; el ministro de Justicia, conforme a los deseos del gobierno, llevó a cabo algunos cambios de personal en la organización de los tribunales, y, consumada esta reforma, la inamovilidad de la magistratura judicial volvió a ser sancionada en una nueva ley.

Este hecho histórico ha querido ponerse en ridículo más de una vez, en su tiempo. Pero, sin razón alguna. La destitución de un juez monárquico *por las autoridades administrativas* no hubiera pasado de ser una medida de poder arbitraria; un desafuero como una bofetada contra el único concepto de Derecho posible. La suspensión y restauración subsiguiente de la inamovilidad judicial *por obra de los poderes legislativos*, dejaban a salvo la forma y el concepto del Derecho. Y este ejemplo nos muestra también que más que lo que aquí se exige—inviolabilidad de la regla *durante el tiempo que se halla en vigor*—no puede pedirse al concepto formal del Derecho; por donde se comprueba que el criterio mencionado se acomoda plenamente al concepto del Derecho en la realidad.

Más confusamente que en los Estados modernos, con su separación de las funciones legislativas y gubernamentales, aparecen los dos conceptos que aquí se distinguen en los Estados bajo el régimen de absolutismo. Dentro de estos Estados en que la voluntad del soberano es la decisiva, tanto para marcar el curso de la Administración como para dictar la ley e introducir Derecho nuevo, la posibilidad de distinguir claramente el Derecho frente al poder arbitrario aparecerá rodeada de no pocas dificultades en el caso concreto. Pero, atendiendo a su sentido, esta distinción no podrá por menos de mostrarse también aquí, en cuantas disposiciones se dicten, y todos los soberanos absolutos de juicio claro, por fuerte que fuese su inclinación a empuñar las riendas del poder, no han dejado de tener en cuenta sin em-

bargo qué era lo que con toda seguridad podía calificarse de Derecho.

Como ejemplo del hecho de que aun dentro de las monarquías absolutas aquel criterio fundamental del Derecho que más arriba hemos determinado conceptualmente puede llegar a imponer su influjo de modo intuitivo, no sabría yo citar aquí otro mejor que aquella excelente máxima de los emperadores bizantinos:

Digna vox maiestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri (252).

Que la Glosa encuentre dificultades por lo que se refiere a esta norma, en cuanto que los textos jurídicos romanos parten de un modo general de la tesis según la cual «*princeps legibus solutus est*» (253) podría dar lugar a falsedades de interpretación. Las investigaciones de Historia del Derecho han demostrado que, esta última tesis sólo significaba, todavía en tiempo de los Severos que el emperador se hallaba dispensado de ciertos preceptos de forma, en caso de adopciones y manumisiones y singularmente de la legislación de Augusto sobre el matrimonio y de las restricciones de la *lex Papia Poppaea* (254). Pero aun cuando, dentro ya de la época bizantina, se extiende considerablemente esta posición privilegiada del soberano, llegando a afectar casi a todas las materias del Derecho, esta exención implicaba, sin embargo algo distinto que la facultad, a que venimos refiriéndonos, de apartarse arbitrariamente de una ley dictada, en tanto que esta se mantiene en vigor. La vinculación que exige el carácter de jurídica en una norma, por oposición al de una medida cualquiera *arbitraria*, es el deber formal de no quebrantar la ley mientras ésta subsista, cualquiera que sea su contenido. Pero que el príncipe con su propio patrimonio y dentro del campo de las relaciones personales se halle sometido también *al contenido concreto* de los preceptos jurídicos vigentes o que aparezca exceptuado mediante un privilegio *de esta* subordinación es una cuestión que para nada afecta a aquel criterio formal.

Muy expresiva es también, en este respecto, la disposición de Federico el Grande al proyectar la redacción de un Código general para Prusia, que según los propósitos del rey había de basarse «solamente sobre la razón y la constitución del país»: cuantos rescriptos reales fuesen contra este Derecho nacional prusiano, sin que el rey, al dictarlos, lo hubiese advertido, no gozarían, según esta disposición de fuerza jurídica alguna (255). Lo que el soberano absoluto ordena rige como ley; o era una certera intuición la que en aquella disposición de Federico II se manifestaba: la de que aun bajo un régimen absoluto debe distinguirse claramente entre el Derecho y el poder arbitrario. No basta sen-

cillamente el hecho de que el monarca dicte u ordene algo en contradicción con la ley anteriormente decretada; es necesario, además, que esto se haga con la intención de dejar sin efecto y eliminar aquel Derecho precedente. Si, por el contrario, el soberano no ha advertido que su prescripto es incompatible con la ley dictada antes por él en funciones de legislador, esta segunda disposición que cree moverse dentro de las vías de *aquel Derecho* no posee fuerza de obligar.

Estos casos históricos concretos no pueden servir, evidentemente, para demostrar la exactitud de nuestra doctrina en cuanto a la determinación conceptual del Derecho que aquí se proclama ni pueden tampoco suplir a una exposición según el método establecido. Únicamente *ad colorandum* podrán ser útiles, y para que se vea cómo aún en aquellos Estados regidos autocráticamente la distinción entre Derecho y poder arbitrario puede mantenerse como algo vivo y de trascendencia práctica, manifestándose involuntariamente en más de un aspecto.

Ni habrá razón tampoco, según esta doctrina, para desterrar el régimen despótico, sin más, del campo *jurídico*.

Por *despotismo*, en la plena manifestación de este concepto, deberá entenderse un orden jurídico *reducido a un precepto único preestablecido de un modo general*: el de que todas las relaciones jurídicas entre los individuos sometidos a este régimen solamente habrán de juzgarse y llevarse a efecto según las disposiciones concretas del titular del poder en cada caso.

El *absolutismo*, por el contrario, es una organización jurídica dentro de la cual las relaciones de Derecho planteadas entre los súbditos son reguladas con sujeción a normas preestablecidas que únicamente puede modificarse y completar la voluntad de un solo hombre.

Entre uno y otro sistema de gobierno sólo media, pues, una distinción en cuanto al contenido y a la extensión elaborada del orden jurídico vigente, pero ambas son, de por sí, organizaciones *jurídicas*. Tampoco bajo el régimen despótico deja de subsistir una norma jurídica, aquella norma general a que hemos hecho referencia y que según el sentido que entraña rige como precepto inviolable mientras se mantiene en vigor. No se trata simplemente de un poder que surja *fortuitamente* para cada caso; pues si, en efecto, fuese así este régimen sólo podría descansar sobre la corpulencia hercúlea del déspota o sobre el influjo psicológico con que en cada situación concreta lograrse imponerse. Pero el sentido que implica una comunidad regida despóticamente exige que los diferentes actos de la vida social se acomoden a aquella norma jurídica única que citábamos; y la ejecución

de las órdenes del déspota por sus órganos y servidores tendrá, por tanto, lugar por vías de *Derecho*.

Por esta razón cabe muy bien que en un régimen despótico se ejerciten *poderes ilícitos*. También bajo el despotismo pueden surgir revoluciones y destronamientos *en violación del Derecho* vigente, no menos que en una monarquía absoluta o constitucional; y habrá también lugar a la rebelión o a la guerra civil, a actos arbitrarios que habrán de distinguirse, atendiendo a su sentido, del ejercicio del poder soberano ilimitado de que goza el déspota y no eliminado aún por norma concreta alguna, siempre mediante el criterio decisivo que determina el poder *jurídico*. Y, aun dentro de la marcha normal de las cosas, en un régimen despótico deberá distinguirse si el precepto que dicta el déspota lo dicta en cuanto *soberano*, con el carácter de *jurídico*, mediante una disposición no sujeta hasta entonces a limitación intrínseca alguna, o si en sus actos procede *como hombre*, asesinando a sus enemigos o violando doncellas.

Con la estructura típica que aquí describimos hipotéticamente no se presenta jamás el despotismo. Ni los gobiernos despóticos de Asia, ya de antiguo conocidos, ni los Estados despóticos de negros en el Centro de Africa, de que no se ha sabido hasta tiempos recientes (256) responden plenamente a este esquema de organización, en que el déspota crea el Derecho para cada caso sin que con la norma que determina la competencia ilimitada del jefe se hallen en vigor otras reglas jurídicas cualesquiera de alcance general. En todos los casos conocidos nos encontramos con la existencia de grupos sacerdotales poderosos y fuertemente organizados que la mayor parte de las veces gozan en la práctica de un gran influjo aun sobre la misma persona del déspota; y al lado del sacerdocio se nos muestra siempre una aristocracia, ligada íntimamente al soberano mediante los múltiples vínculos de parentesco a que da lugar la poligamia. Y no pocas veces, la comunidad despóticamente regida se halla integrada por diversas tribus o pueblos, cada uno de los cuales tiene su orden jurídico propio. Y en estas comunidades no dejan nunca de hallarse en vigor una serie de normas sobre la propiedad, sobre el comercio y el tráfico, sobre la distribución del botín, que tienden a regir como normas jurídicas entre los miembros de la tribu; reglas que el déspota podrá quebrantar arbitrariamente en uno que otro caso pero que en general dejará subsistir como tales normas jurídicas.

Pero aun cuando se descartasen mentalmente todos estos hechos, el jefe despótico no tendrá más remedio que rodearse de un cierto número de individuos rendidos como instrumentos a su

voluntad—«las gentes del rey», como se denominan en Dahoma, la tribu más despótica de Africa—y que, mediante el espionaje sobre todo, mantienen en pie el orden dominante, siendo también los llamados a poner en ejecución las órdenes todas del soberano. Así se nos muestra también bajo la forma más pura de despotismo concebible que toda ordenación y regulación social debe necesariamente emanar de hombres sobre hombres; ya exista de antemano una pauta segura, establecida por otros órganos del Estado o por el mismo titular del poder ordenador, o ya falten tales reglas generales previas a las que la comunidad haya de acomodarse. Y tan pronto como nos encontremos frente a preceptos sociales con carácter coactivo se nos mostrará siempre aquella doble posibilidad ya examinada, según que se trate de simples disposiciones *si voluerim* o de normas a las que el titular mismo del poder se somete como vinculado *en tanto que no sean eliminadas* por otras. Si la conminación se dicta como precepto *permanente*, estableciéndose recompensas para premiar su buena ejecución mientras que para el caso de su transgresión se amenaza infligir algún castigo, al prometer estos premios y señalar estas penalidades el déspota dará a entender que *también él mismo se estima vinculado* por su propio precepto. Claro que será muy dueño de dejarlo sin efecto cuando se le antoje, del mismo modo que los poderes legislativos de los Estados modernos pueden llegar en sus facultades de reforma del Derecho vigente hasta modificar la Constitución; y nada habrá tampoco que le impida faltar de hecho a su promesa de un modo arbitrario como también puede ocurrir en las más libres comunidades modernas organizadas democráticamente; pero el sentido de un tal precepto en el momento de ser emitido siempre será, con todo, el de una vinculación que afecta también al mismo soberano. Al enviar un esclavo con una determinada instrucción, amenazando con imponerle un castigo si no acierta a seguirla estrictamente, el déspota hace ver que reconoce viable su propia orden, vinculándose por sí mismo a ella. No se trará, pues, si se atiende al sentido de la norma, de una simple manifestación arbitraria sin trascendencia social alguna de otro género; sino que aun en aquellos casos en que el déspota impera bajo un régimen de terror se nos mostrará, no obstante, la noción de un vínculo y de una promesa vinculatoria, cuando este déspota ofrezca a las personas de que se sirve como instrumentos alguna recompensa para premiar su buen comportamiento o haga pesar sobre ellos la amenaza de un mal, en caso contrario. Pues este simple hecho inspira ya a la conminación dictada un sentido que, objetivamente considerado, la distingue de los simples caprichos de la arbitrariedad.

Por esto, el despotismo, régimen social mísero y reprobado no deja de ser, a pesar de todo, un régimen jurídico: porque comunidad despóticamente regida se concibe en conjunto con una convivencia regulada de modo permanente. Aún en su encarnación más acabada y más brutal el despotismo implica siempre, según su noción, el hecho vinculatorio mediante el cual el jefe se encarga del poder soberano; y el déspota si lo es en realidad no podrá por menos de confirmar este hecho mediante conminaciones dictadas a sus súbditos, cuyo sentido implica necesariamente su propia vinculación a los preceptos comandados, en tanto que estos preceptos subsistan. Que en fin de cuentas esta vinculación le ofrezca al súbdito las mismas garantías que si en realidad no existiese, es lo que hace del régimen despótico, como queda mencionado, el sistema de gobierno más lamentable y degradado, perverso y reprobable por su contenido; pero no por esto deberá dejar de verse en él una regulación *jurídica* de la convivencia humana. Pues para los efectos de nuestra doctrina sólo se trata aquí de distinguir entre dos posibilidades de preceptos sociales coactivos, con arreglo a un criterio formal de alcance absoluto. Y afirmado como único criterio a este efecto posible el de la vinculación del que ordena a sus propias órdenes en tanto que las deje subsistir, se sigue de aquí la posibilidad de concebir una comunidad despótica en cuanto tal como organización jurídica.

Claro que si hipotéticamente pensamos en un estado de cosas tal que un solo hombre, con la fuerza de sus músculos o mediante recursos físicos formidables—gracias a una maquinaria misteriosa de la que sólo él posea el secreto, si queremos expresarnos fantásticamente—consiguiese reducir unos cien hombres como cosas al servicio de sus deseos, gobernándolos según los caprichos del instante, con ello se habría aventado hasta el último residuo de organización jurídica, quedando en pie solamente un tropel de actos arbitrarios, imposibles de agrupar para formar unidad social alguna.

Pero entre hombres debe mediar una regulación jurídica necesariamente; aunque dentro de esta regulación ocurra que los jurídicamente vinculados puedan tratar a otros semejantes como simples cosas. El perro amaestrado al que se envía a husmear algún objeto perdido no se halla ligado, sin duda, por ninguna relación social con su dueño. Pero el déspota ante el que se rinden los esclavos de su corte, sus soldados y los encargados de guardar sus siervos se hallará sujeto inexcusablemente a una organización jurídica con estos servidores de sus servidores; organización jurídica por cuanto vincula al mismo soberano. En la pro-

mesa que Polifemo le hace a Odiseus de reservarle para devorarle en último lugar no puede verse norma jurídica alguna; pero el precepto que dicta Gessler si se ajusta al concepto del Derecho, no obstante su ignominioso contenido, del mismo modo que el artículo aquel contra el que acometía el Antimaquiavelo: «Todos mis súbditos, sin excepción, deberán despojarse diariamente del sombrero a las 12 en punto del día, tirándose con la mano derecha de la oreja izquierda a la misma hora» (257).

El sentido formal que entraña la vinculación del soberano absoluto o despótico a sus propios preceptos en tanto que éstos se mantengan en pie en nada se diferencia de aquel momento de la inviolabilidad que atribuimos a las leyes de los Estados modernos y a nuestros documentos constitucionales. Lo que ocurre es que esta identidad aparece velada bajo el ropaje exterior que en los últimos casos cubre a lo decretado de disposiciones jurídicas. Pero todas estas disposiciones sólo tienden en realidad a garantizar en cada caso, con la mayor seguridad posible, y en interés del Derecho los límites que conceptualmente le separan en todo momento del poder arbitrario. Esta es la razón de que se separen hoy los órganos legislativos de aquellos a quienes se confía la ejecución del Derecho, diferenciando estos últimos, a su vez, según las funciones de la Administración y de la Justicia. Y esta es la finalidad que se persigue también al elevar ciertos preceptos jurídicos al rango de normas constitucionales, una especie de nobleza entre las normas jurídicas, viéndose en ellas, según la opinión de los fundadores de esta aristocracia, las llamadas a dirigir y dar la pauta al resto del derecho, pero sin considerarlas como una casta cerrada rigurosamente, porque alguna que otra vez se presentan advenedizos que logran hallar acogida entre los que forman la rancia estirpe de los grandes.

Pero no se exigirían tantas cautelas para poner a salvo el orden jurídico frente al poder arbitrario si los confines que la teoría puede trazar siempre con toda precisión no se confundiesen fácilmente en la actuación concreta de la práctica, por razón de los finos matices de esta distinción conceptual.

Sin este fácil trastrocamiento de Derecho y arbitrariedad, sin la tendencia constante que en la práctica se manifiesta a atentar contra la inviolabilidad del Derecho mientras se mantiene en vigor y a desacatar la vinculación del titular mismo del poder que esta inviolabilidad exige, no se hubiera ensalzado nunca la Justicia en el curso de la Historia como una especial virtud, celebrándose legitimamente como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

La inviolabilidad del Derecho vigente no sólo deberá impo-

nerse en todo momento, aunque choque contra el interés personal y el deseo de quien se halla en el poder, conduciendo a sanciones jurídicas con la ejemplaridad de que es testimonio Brutus «sin atender para nada a la persona», sino que misión de la administración de justicia es también la de castigar toda violación del Derecho dominante, aun en aquellos casos en que el acto reprobado por el orden jurídico sólo procure beneficios a los miembros de la comunidad o venga a evitar un mal que hubiera alcanzado a todos de haberse llevado a efecto el Derecho vigente.

Pero donde los esfuerzos y las dificultades para poner en práctica el Derecho depurándolo de toda posible arbitrariedad hallan expresión más marcada es en las luchas contra la buena voluntad y las nobles aspiraciones, cuando éstas no puedan conciliarse con los preceptos que el Derecho dicta. Líbrese esta batalla frente al Derecho dominante tomando por apoyo el Derecho divino, y sus preceptos o sea el destino trágico de Antígona el que venga a agitar nuestra mente y nuestro corazón, moviéndonos a reflexión el mandamiento de obedecer a Dios antes que a los hombres o porque la doctrina terrena de un querer social justo sea la que no logre adaptarse, en un caso concreto, a los preceptos del Derecho positivo: siempre, en todos estos y otros casos, habremos de pensar que si es que ha de darse un orden *jurídico* claramente delimitado frente a los preceptos de la arbitrariedad será necesario también que esta regulación se afirme como *inviolable durante el tiempo que rija*, a menos que quiera perder todo crédito y estimación.

Al jurista, como técnico, frente a su misión concreta y precisa que es la de poner en práctica un orden jurídico determinado no le quedará sino proceder conforme este Derecho dicte; pero el jurista como hombre en cuyo espíritu alientan preocupaciones filosóficas no podrá por menos de formularse esta pregunta: ¿es que este precepto, tal como al presente se nos impone, tal y como existe, debería realmente existir? Y siendo *la cualidad de norma jurídica* la que debe concurrir necesariamente en todo precepto de Derecho, antes de que este precepto concreto se nos muestre con su contenido determinado, cualidad que en sí y de por sí es la que provoca aquellos conflictos a que aludíamos y que en cuanto *pretensión de regir como regla coactiva* aglutina a los preceptos jurídicos en un grupo de normas sociales con las que sólo son un mero dictado de la arbitrariedad, de la cual habrán de discernirse después atendiendo a un especial criterio, vendremos a parar de nuevo al problema planteado, el más profundo y apremiante que en este punto puede ofrecerse: el de saber si este concepto, tan difícil de aquilatar por la finura de sus

matices y que tanto esfuerzo cuesta en más de un caso poner en ejecución, se distingue en algo como *poder jurídico* del que sólo descansa sobre la arbitrariedad subjetiva.

Pues, ¿por qué ha de existir, en rigor, esta zona intermedia entre las *libres reglas convencionales* y la *acción arbitraria*? ¿Por qué razón ha de existir *coacción jurídica* de ningún género?

CAPITULO SEGUNDO.

LEGITIMACIÓN DE LA COACCIÓN JURIDICA

92.—Legitimación: «*quoad formalia, quoad materialia*»

Cuando el antiguo procedimiento del Derecho común se hallaba en vigor, tan pronto como ante los tribunales superiores se planteaba un litigio lo primero que se hacía era encargar a uno de los jueces de la redacción de un dictamen detallado sobre el *status causae et controversiae* con una posición de sentencia razonada. Era este un sistema procesal poco expedito, lento y nada flexible. Pero, a cambio de estas desventajas poseía el mérito de dar lugar a un estudio fundamental de las cuestiones y a un discernimiento claro de los extremos litigiosos, aunque muchas veces esto sólo se lograra por medio de esquemas pedantes y estereotipados. A ningún jurista culto de aquellos tiempos se le hubiera ocurrido confundir las dos cuestiones en que fundamentalmente se descomponía el proceso ni pasar indiferente ante este punto; ¿goza el demandante del derecho formal de acudir a este foro con su pretensión?; y, resuelto este extremo afirmativamente, ¿es justificada su pretensión, por lo que se refiere ya al caso litigioso mismo? El arte de plantear los términos de la cuestión, tal como en su formación profesional lo habían aprendido, les prescribía ya, a estos juristas, la disposición de su dictamen: examen de la demanda interpuesta *quoad formalia, quoad materialia*.

Los juristas como filósofos del Derecho no han sabido jamás aprovecharse debidamente de esta enseñanza. Constantemente aparecen confundidos en sus doctrinas el problema que plantea la legitimación de la coacción jurídica y el que se refiere al contenido deseable y a la mira intrínseca del orden social. Y rara vez nos encontramos con un investigador social que sepa decirnos de un modo expreso a cuál de estos dos problemas es al que quiere aludir. Un rasgo esencial común a toda la Filosofía del Derecho anterior es el de simultanear estos dos problemas, y el de ponerse

directamente, de ordinario, a investigar una pauta de juicio en cuanto al contenido justo de un Derecho, pensando que por el hecho de ajustarse a su mira todo Derecho debe estimarse fundamentado también en un sentido formal.

Es lo mismo que si un tribunal empezase por llegar a una conclusión sobre el derecho del demandante en cuanto al contenido de sus pretensiones, para entrar luego a examinar la legitimidad formal de la demanda.

El problema prejudicial fundamental de la Filosofía del Derecho no es el de saber si un orden jurídico debe estimarse legítimo porque por él hayan votado la mayoría de los súbditos varones y adultos que gozan del derecho de sufragio; o porque hayan sido consultados todos los miembros de la comunidad sin excepción; o porque ese orden jurídico corresponda al espíritu nacional del pueblo, etc. Pues todas estas maneras de concebir dan ya por supuesta la existencia formal de la coacción jurídica. La doctrina de las fuentes del Derecho, dentro de un Derecho positivo, no puede ofrecernos evidentemente otra cosa que normas *jurídicas* de contenido condicionado, dejando, pues, a un lado, como algo previo, el problema de la coacción jurídica. Si se regula qué personas son, de modo general, las llamadas a elaborar las reglas jurídicas es que de la existencia formal de estas reglas jurídicas se parte ya, como de una base incontestable.

Lo que falta aquí es una fundamentación científica.

Lo primero que deberemos discutir y resolver como una cuestión aparte es si el Derecho posee título alguno para comparecer ante el foro de la Filosofía social; para lo cual no habrá de hacerse referencia ninguna a lo que el Derecho pueda disponer dentro de la realidad histórica ni a la mira determinada que se proponga su contenido.

Es mucho más lo que tenemos que ahondar aquí, si queremos llegar a un cimiento sólido sobre el que la Filosofía del Derecho pueda descansar. Cuanto de algún modo se refiere *al contenido* de un Derecho dado, *todo* deberá descartarse incondicionalmente y sin excepción. En nuestra mente sólo deberá quedar lo que afecta a *la mera forma* de *todo* posible orden *jurídico*. Esta forma, en lo que la caracterice, según los criterios que en su lugar se han establecido, es lo que hemos de someter a consideración, hasta llegar al factor de la coacción jurídica como modo de ser formal de ciertos preceptos humanos, para examinarlo críticamente y ver si su existencia responde a fundamento alguno.

De lo que se trata, en este litigio, es de emitir un fallo sobre la legitimidad de un Derecho dado o de las aspiraciones concre-

tas que tiendan a transformar un Derecho existente o a crearlo de nuevo, tomando por pauta una ley última que rija la vida social; pero la parte adversaria, el excéptico anarquismo, exceptiona de incompetencia formal contra la demanda. El Derecho, afirma, no puede comparecer a demostrar que su contenido se ajusta *in concreto* a la ley suprema de la vida social porque es *en absoluto* un medio inadecuado para la consecución de una sociedad humana legítima. Pues el Derecho lleva siempre consigo necesariamente el momento de la coacción y de la violencia, lo que *ya de por sí* le incapacita para presentarse a solicitar el juicio de la *Filosofía social*, cualesquiera que sean la mira y el contenido que se le atribuyan.

Así informan, con palabras elocuentes, los abogados de la parte contraria. Con ello se especifica claramente la primera cuestión que debe plantearse y resolver sin lugar a duda el que en este litigio pretenda emitir un fallo imparcial: ¿cómo puede el Derecho, si es que en efecto puede, dado el *imperativo formal de vigencia* que le caracteriza, es decir como *precepto coactivo*, encajar bajo los dictados de la ley última que rige la vida social?

¿No es todo esfuerzo para dar al Derecho un *contenido* mejor y más perfecto ya vano *de por sí*, puesto que siempre aparecerá en el fondo *la coacción jurídica*, reprobable *en cuanto tal*?

De estas preguntas así formuladas aparece de un modo notorio que el problema fundamental es el que se plantea al negar *la legitimidad de la coacción jurídica en absoluto*; y sólo una vez resuelto este problema afirmativamente puede tener un sentido y una significación ponerse a investigar cuándo es *justo el contenido* de un Derecho determinado.

Y siendo así, cabrá también someter a consideración de por sí, como algo aparte, la coacción jurídica en cuanto característica formal de las reglas sociales, planteando y resolviendo mediante una especial investigación el problema de saber si la coacción jurídica responde, en efecto, a una necesidad.

El problema fundamental para todo juicio crítico en materias sociales deberá, por tanto, plantearse en primer término esta pregunta: ¿cuál de los dos medios formales—las normas que contienen una coacción jurídica o las que sólo vinculan mediante la libre convención—es el que ha de aplicarse necesariamente en *toda* vida social; cuál de ellos es el que *en sí y de por sí* debe estimarse legítimo fundadamente? Sólo después de resuelto este problema podrá plantearse este otro: ¿*qué contenido* es el que corresponde, bajo condiciones históricas empíricamente dadas y según la ley última que rige la vida social a esta forma de regulación ya demostrada como la legítima?

De estas dos posibilidades que quedan expuestas y precisamente estudiadas, la de las normas jurídicas y la de las reglas convencionales, son las primeras precisamente las que exigen una demostración desde un punto de vista formal.

La regla convencional no plantea dificultad alguna por lo que se refiere al aspecto formal de su vigencia, ya que *sólo* aspira a regir cuando el mismo sometido a la regla asienta por propia voluntad a sus preceptos.

Pero la cosa cambia tratándose de la coacción jurídica. Ni en cuanto a su concepto ni en cuanto a la fuerza vinculatoria de sus dictados podrá hacerse descansar el Derecho sobre el consentimiento y la adhesión de los que a él se hallan sometidos. Como razón bastará alegar el hecho de que el imperativo de vigencia con que el Derecho se nos muestra en realidad, su aspiración a regir sin atender para nada a los deseos ni a la voluntad de los individuos sujetos a sus dictados no siempre va aparejado con el momento del asentimiento y la adhesión. *¿Con qué derecho pretende someternos a sus reglas el titular del poder jurídico?* Tal es la pregunta inevitable que acude precipitadamente a nuestros labios, dejando a un lado en absoluto, por ahora, la cuestión de saber si lo ordenado es o no plausible *por su contenido*.

En el Derecho no debe verse tampoco un medio de protección de individuos vinculados *convencionalmente* contra ataques de lo exterior; ni aun concibiéndolo como un simple dique defensivo de que se valiesen los socialmente vinculados frente a cuantos pretendiesen perturbar su organización o aprovecharse de sus instituciones comunes sin formar parte de la comunidad. No es así, ni mucho menos, cómo ha de plantearse el problema de la coacción jurídica. Lo que la coacción jurídica se propone no es garantizar las comodidades convencionales o hasta la mayoría que en el seno de éstas se manifieste. Este problema se halla más bien en el hecho de que las normas jurídicas someten a su imperio a los hombres aun cuando la voluntad de éstos se resista a acatarlas. La coacción jurídica, tal como senos muestra en la realidad de la Historia y tal como subsiste hoy en todos lados tiene eficacia *ofensiva*. Las normas jurídicas no esperan a que sobrevenga un ataque de lo exterior que las obligue a ponerse en guardia. Son ellas las que toman la iniciativa, forzando a los hombres a someterse a sus dictados, aunque los propósitos de éstos no puedan ser más pacíficos, sin que hubiesen pensado para nada en quebrantar la paz del Derecho ni en ponerla en peligro.

«¿Con qué títulos me sometéis a *vuestro* Derecho, no queriendo yo tener nada en absoluto que ver con vosotros?» —tal es lo que se pregunta el anarquista. «Dejadme plena libertad para asociarme

y entenderme con quien me convenga, con otros sujetos iguales a mí, con los que tengan un modo de pensar idéntico y dejadme en paz en tanto que yo no me meta para nada con vosotros).

«¡No!», responde a esto nuestro orden jurídico. «Quien pertenece a los míos y se halla bajo mis dictados soy yo el llamado a decidirlo. Y *mi* voluntad, *no la libre* voluntad de los individuos es también la que determina quienes pueden agruparse con otros formando asociaciones y de qué modo es esto lícito. Que te pongas o no venir a quebrantar la paz a mis dominios o que te resuelvas acaso a emigrar sobre mis fronteras abandonando para siempre esta comunidad nada me importa *en sí y de por sí: mis* reglas determinan que, quieras o no, tú te hallas sometido a mí. Y no te quedará otro remedio que rendirte y esperar a que *yo te permita si así lo quiero* abandonar la comunidad como separado de ella, pues en otro caso tendré que acudir a la violencia contra tu conducta.»

Tal es el sentido de la coacción jurídica; y tales los propósitos con que el Derecho aspira a regir como los hechos históricos nos demuestran.

¿Es que puede *este* imperativo de vigencia ser legitimado de un modo absoluto? ¿Y cómo demostrar su necesidad?

Ante este problema no puede cruzar indiferente ninguna doctrina que pretenda construir una teoría críticamente cimentada de la vida social. Haberlo hecho así es, sin embargo, el error fatal de toda la Filosofía del Derecho anterior; son dos las observaciones que de una vez para todas deberán tenerse presentes frente a las conclusiones de estas doctrinas: en primer término, que el problema que afecta a *la modalidad de la forma* por que se rige la vida social debe distinguirse del que se refiere al *contenido de las reglas*, dejando este último para tratarlo como prejudicial, resuelto aquel, estudiándolo y fundamentándolo mediante una investigación especial; y en segundo término que habrán de mantenerse separadas cuidadosamente los dos géneros de posibilidades formales que pueden ofrecerse para la regulación de la vida social: *las normas jurídicas coactivas y las reglas convencionales libremente pactadas*.

Por lo que se refiere a la antítesis fundamental que media entre las dos formas que en la vida social pueden manifestarse no debe conducirnos a error la observación de que entre estas dos formas distintas pueden mostrarse analogías muy estrechas en algún caso concreto de la práctica. Que en ciertas circunstancias la regla convencional puede ejercitar una presión extraordinaria y tal vez más poderosa que una conminación jurídica, quizá hasta llegando a dirigirse abiertamente contra ésta es cosa

cierta y bien sabida. Pero que este hecho deja en pie la distinción conceptual *en cuanto al sentido* que entraña el imperativo de vigencia de uno y otro género de normas, no es necesario más que aludirlo. Pero quizá no falta quien piense como algo *necesario y con alcance absoluto* que la presión que puede manifestarse en las comunidades regidas convencionalmente se hace sentir *de un modo enteramente idéntico* que la coacción jurídica.

Esta concepción vendría a acoger la posibilidad de una organización social mediante reglas convencionales *exclusivamente*, admitiendo que el precepto meramente hipotético de las normas convencionales debería identificarse necesariamente, en esencia, con los de la ordenación jurídica que al presente rige. El que *no* se someta, habría de argumentar el que tal admitiese, queda excluido de la comunidad convencional; tratándose de los reducidos grupos convencionales dentro de un orden jurídico poco importaría esto, porque para nada afectaría a la existencia del individuo. Pero en una organización anarquista perfecta excluir a un individuo de la asociación convencional sería tanto como excluirlo de la sociedad humana; el individuo expulsado se vería despojado así de toda posibilidad de existencia, con lo cual el principio de la expulsión, inherente a las reglas convencionales vendría a tener la eficacia de la coacción jurídica.

Pero estas referencias de posibilidades prácticas no pueden eliminar por inútil, sin embargo, nuestra distinción fundamental entre los dos grupos de formas sociales.

Siguiendo ahora el orden de ideas de aquella concepción vemos que no es en modo alguno necesario como algo *a priori* que la expulsión de una comunidad convencional, aunque sólo existan tales comunidades exclusivamente, anule y destruya por completo las condiciones de existencia de un individuo: no habrá por qué excluir *de un modo absoluto* la posibilidad de que este individuo entre a formar parte de otro grupo constitucional cualquiera ni hay tampoco razón para sostener la absoluta imposibilidad de que el individuo expulsado se reduzca a una vida de aislamiento. Sólo bajo ciertas condiciones *empíricas* podrá, por tanto, una simple regla convencional ejercitar una presión poderosa, amenazando con privar al individuo sobre quien recae de toda base de existencia. La *posibilidad* de que la regla convencional se muestre análoga o hasta llegue a ser idéntica al precepto jurídico *en sus efectos* no puede negarse; que *necesariamente* haya de ser así es lo que no se ve.

Imposible, pues, afirmar de antemano, *de un modo absoluto*, que ambas modalidades de regulación social hayan de ser idénticas en un caso concreto, por lo que se refiere a su eficacia prác-

tica. Puede muy bien ocurrir, repito, que en una cierta situación la presión de la regla convencional se haga sentir al individuo con eficacia igual que si se tratase del imperio de una norma de Derecho como precepto coactivo. Pero esta identidad de efectos será siempre algo *fortuito* y no necesario. Los efectos podrán volver a ser distintos, conforme a lo que queda dicho, en todo momento; porque así lo exige como inevitable la divergencia *fundamental en cuanto al sentido de su imperativo de vigencia* en uno y otro género de normas.

Y en cuanto quepa hacer hipotéticamente alguna afirmación por lo que se refiere a un futuro empírico probable, la verosimilitud no habla ni mucho menos en favor de una identidad concreta ordinaria en cuanto al carácter formal de las normas sociales. Aun prescindiendo de la posibilidad de incorporarse libremente a otra comunidad convencional cualquiera, como decíamos —*no mediante concesión* del orden jurídico al que el individuo hubiese estado sometido hasta entonces, sino por resolución de su propia voluntad—, el carácter sinalagmático de la vinculación en asociaciones simplemente convencionales se halla bajo garantías muy diferentes de las que ofrece la coacción jurídica, ejercitada siempre, necesariamente, por unos individuos sobre otros, y la posibilidad de oponer una presión concreta en contrario está mucho más al alcance de cada uno de los miembros de aquellas asociaciones que lo que puede permitirlo el Derecho coactivo vigente.

A estas consideraciones no puedo dar yo, naturalmente, importancia ninguna fundamental. Querer ver proféticamente en el futuro, mediante un cálculo de probabilidades sobre los diferentes efectos posibles que habrán de sobrevenir es labor demasiado incierta y aventurada para que pueda darle acogida en sus planes una teoría de la vida social que aspira a establecer sólo doctrinas necesarias de alcance absoluto. Pero personas de sentido profundo que habían estudiado la distinción entre el Derecho y las reglas convencionales tal como aquí se formula hacían valer contra mí esta objeción examinada; y yo no podía pasar por alto, sin más, el orden de ideas a que da ocasión.

La teoría de la ciencia social no podrá por menos de distinguir conceptualmente en principio entre las dos modalidades que son posibles por lo que se refiere a la forma de la vida social humana; sosteniendo fundamentalmente esta distinción como algo fijo sí podrá y deberá reconocerse que cabe que en el caso concreto y de modo *fortuito* los efectos de ambas clases de reglas sobre el individuo coincidan, pero sin dejar de negar en absoluto la *necesidad* de que así ocurra.

Anticipado esto, pasaremos ahora a desenvolver dentro de un campo especial e independiente, esta investigación, cuidando de que no se la confunda, sin más, con la que se refiere al fin último, pauta para juzgar *del contenido* de toda regulación social. Es la coacción jurídica en cuanto tal, el carácter especial de todo orden jurídico, de que hemos tratado con toda precisión al determinar el Derecho conceptualmente, lo que ha de demostrarse aquí en cuanto a la *necesidad formal* que lo legitima, porque si no lo conseguimos tendrán razón los que afirman que *todo* Derecho es de por sí igualmente reprochable, sin que quepa llegar a resultado alguno feliz mediante sus vínculos, ya se estrechen o se aflojen, en tanto que se mantenga en pie la coacción jurídica y no sacudamos sin excepción cuantas vinculaciones nos impone el Derecho.

Si, por tanto, la coacción jurídica ha de ser concebible, investigada en el aspecto de su legitimidad, no bastará decir con la Filosofía del Derecho dominante: el Derecho se propone esta o aquella mira; sus fines son fines legítimos, legítima será, pues, también, en consecuencia, la coacción que nos impone el orden jurídico. Lo que en este punto puede decidir no es la *idoneidad ni la utilidad* del medio sino solamente el hecho de que este medio sea *inevitable* para la consecución de una mira necesaria. No porque el Derecho pueda alcanzar los fines legítimos de la cooperación humana deberá estimarse justificado de un modo absoluto; a esta conclusión sólo deberá llegarse cuando se nos muestre *imprescindible* para este efecto. Si por medio de las reglas convencionales pudiera alcanzarse idéntico resultado que mediante la aplicación del poder jurídico, a aquellas debería darse la preferencia, evidentemente. Pues las reglas de este género no contienen, en el sentido en que aspiran a regir, nada de cuanto significa poder autárquico ejercido por un individuo sobre otro. Mientras que el Derecho no se diferencia en nada, en cuanto al carácter coactivo de sus preceptos, de todas las demás disposiciones que son obra del poder y conminaciones basadas en la fuerza; y siendo este momento tan poco grato un factor integrante del Derecho, con que éste se presenta siempre en la regulación de la vida social, la necesidad que le impone deberá sobrepujar en algo a la de las reglas convencionales, si es que ha de llegar a triunfar en el litigio que el anarquismo le plantea.

El orden jurídico existente se halla rodeado de enemigos. El patrimonio de que goza se considera como usurpado. Los medios personales de legítima defensa frente a cada caso no pueden bastar, a la larga, para restaurar la paz y la seguridad amenazadas tan de continuo, ni bastará tampoco el recurso de un jui-

cio posesorio provisional. El Derecho, acosado, acude a hacer valer sus derechos ante el supremo tribunal que puede entender de estos litigios; ante el foro de la Filosofía social.

Encargándonos del asunto, haremos valer aquí el derecho que asiste al Derecho.

Y recordando lo que empezábamos diciendo, en el dictamen que al efecto hemos de emitir ante el alto tribunal de la Filosofía del Derecho que conoce de este litigio, dividiremos nuestra exposición en dos partes. Comencemos, pues, ahora con la primera.

QUOAD FORMALIA

93.—Teorías dinámicas

La desdichada manera de ver, usual en no pocos publicistas modernos, que por *ley última* no entienden *unidad fundamental* alguna sino una necesidad causal exclusivamente, ha venido a traer la confusión también a este problema de la coacción jurídica y su legitimación. Dado el estado actual de esta cuestión en la ciencia nos vemos obligados también en este punto a empezar por algunas aclaraciones de orden metódico.

Desintegrada la forma de la vida social de su materia, la Economía social, y demostrado que sólo en aquélla podremos encontrar la ley última por que la vida social se rige, no debemos perder de vista ahora la distinción entre coacción jurídica y libre convención, como las dos posibilidades antitéticas que se le ofrecen al orden social. El análisis del concepto del Derecho nos lleva a distinguirla, con alcance absoluto, de los meros preceptos arbitrarios, caracterizando de un modo definitivo la coacción jurídica que aquí se trata ahora de legitimar.

Si damos, pues, un paso más, para preguntarnos si la coacción jurídica es realmente *necesaria*, tenemos que empezar por saber claramente *en qué sentido* se habla aquí de *necesidad*.

¿Ha de tratarse de una necesidad en el sentido de la *ley de causalidad* o de una necesidad *teleológica*? Ambos puntos de vista aparecen en efecto sostenidos en los ensayos anteriores de Filosofía del Derecho. Cabrá, pues, distinguir:

I.º Aquellas doctrinas que parten de una necesidad de la coacción jurídica en el sentido de lo que *causalmente* es inevitable. Con diversas variantes, en el imperativo de vigencia del Derecho se vé aquí algo que de un modo necesario como natural

se desprende del curso de la existencia humana. Todas estas doctrinas son las que yo resumiré a continuación bajo el nombre de *teorías dinámicas*, estudiándolas en primer término.

2.º Las doctrinas que se proponen demostrar la coacción jurídica como el *medio único* para la consecución de *fines necesarios*. Son éstas las que denominaremos *teorías teleológicas*. Las cuales se manifiestan, hasta ahora, en dos sentidos diferentes, según que el Derecho se conciba:

a) como medio para la conservación *física* del género humano, o

b) como medio que haga posible su *moralidad*.

Las diversas variantes doctrinales en que estas dos tendencias se descomponen serán mencionadas en las páginas siguientes.

Un tercer género de necesidad, además de la dinámica y la teleológica, no puede ofrecerse a consideración, por lo que se refiere a nuestro problema.

Concretándonos ya especialmente a las teorías dinámicas, si queremos comprender debidamente este modo de legitimar la coacción jurídica hemos de empezar por distinguir otras dos posibilidades que dentro de esta corriente pueden manifestarse y que, en efecto, se han manifestado en diversos autores:

a) se ha intentado explicar la coacción jurídica buscándole una relación de causalidad a la noción que mueve al hombre *necesariamente a acatar determinados preceptos*. Frente a ciertas normas, el hombre tiene la sensación de que no puede por menos de ajustarse a ellas, sin que le sea lícito substraerse a sus dictados. Esta sensación surge en nosotros, se dice, como producto de un proceso causal necesario. Y esto es lo que legitima la vigencia coactiva del Derecho.

Cuáles sean estas ciertas normas a que se alude y cómo haya de concebirse, más precisamente, de modo exacto, el proceso que se afirma, con su condicionalidad causal, claro que nadie ha podido explicárnoslo hasta ahora. Este modo de ver no pasa de ser, pues, un mero programa.

La concepción, fundamental en este punto, del materialismo histórico, aunque sea más bien algo que va implícito en esta teoría de modo inconsciente, sin que se le dé clara y manifiesta expresión, tiende a ver en el hombre un animal social impulsado por instintivos que le llevan a someterse a la norma, con el fin de poder liberar mejor, bajo una dirección común, la lucha por la existencia. Semejante instinto natural, si lográsemos despojarlo plenamente de toda condicionalidad histórica empírica, sólo podríamos concebirlo como el *instinto de sociabilidad*. Tal era el sentido del de *Aristóteles* y del *appetitus societatis*, de *Grocio*.

Pero este instinto podría encontrar cumplida satisfacción en las *reglas convencionales*; imposible hacer descansar la *coacción jurídica*, en lo que le es peculiar, sobre los instintos naturales del hombre exclusivamente. Para explicarnos *in concreto* el influjo efectivo que sobre el hombre pesa, haciéndole someterse sin replicar a la coacción jurídica, tendremos que acudir necesariamente a la experiencia histórica.

Nadie podrá negar el poder de coacción que *la existencia del Derecho históricamente* consolidado ejercita sobre los sometidos a él en cada una de las nuevas normas jurídicas que surgen. Una ley goza de una eficacia práctica propia que no puede poseer, por ejemplo, una simple afirmación doctrinal, aunque tenga de su parte «lo opinión pública». El mero hecho de que algo se establezca públicamente *como ley*, el hecho de que habría de chocar contra una resistencia *invencible* el que pretendiese substraerse a un precepto jurídico, dictado influye sobre los sometidos al Derecho de un modo más o menos acentuado. Son dos los aspectos que pueden distinguirse en cuanto a esta eficacia:

a) un aspecto inmediato, que obra de por sí exclusivamente como una «fuerza de inercia» fisiológica: el individuo no procederá en contravención de la regla; a menos que a ello le muevan otros impulsos más poderosos.

b) De modo más bien mediato, «ideal», es decir por obra del *espíritu*: que haya de obrarse con arreglo a lo que la ley jurídica dispone es para lo sucesivo un punto fijo en el sistema de las resoluciones de nuestra voluntad y actuará además sobre otros extremos, según que el mecanismo mental intervenga para coadyuvar o como una resistencia, en el caso concreto.

Así, la experiencia nos enseña que una ley, si es ajustada a los tiempos y oportuna en su contenido, no tarda en arraigar, sobreponiéndose, pasado un año, a toda oposición, aunque sólo a través de grandes luchas y gracias quizá a una mayoría escasa hubiera sido aprobada en el parlamento; no simplemente por el hecho de que sea ya *ley* y tenga como tal un *poder* (mecánico) a su servicio, sino también porque viene a consolidar más aún la trama de las conexiones espirituales dentro de la cual se articula. Y el hecho de su existencia facilitará a su vez no poco, en lo sucesivo, la introducción de todas las demás leyes que se muevan en sentido idéntico.

Si bien esta observación puede comprobarse, de ordinario, a propósito de cuantas nuevas leyes surgen en la experiencia, a lo que afecta en mayor extensión es al aspecto jurídico en general, y a la coacción jurídica. La mera existencia de un estado legal en sentido jurídico, por reprobable que pueda parecernos in-

trínsecamente, es ya en sí un poder inmenso, casi insuperable; y este hecho, consolidado a través de una costumbre constante, es lo que constituye la premisa a que de ordinario se atiende para reconocer como necesaria la *coacción jurídica* de un orden social.

En este respecto, pudiéramos llegar a no pocas conclusiones concretas interesantes, mediante la observación empírica y las experiencias comparativas que nos ofrece la Historia. Así, podríamos ver, en gran extensión, cómo esta noción de una sujeción inexcusable, tanto por lo que se refiere a una ley determinada como respecto de todo orden social en conjunto, tomando por base la existencia y los avances continuados de un orden jurídico tradicional, va desenvólviéndose en el individuo y provocando nuevos efectos ulteriores una vez que se ha desarrollado. A esta tendencia empírica de adaptación y al poder psicológico que entraña es a lo que quiere aludirse, como a algo apriorísticamente dado, cuando con lamentable vaguedad se habla de una «conciencia jurídica» o de una «idea innata del Derecho».

Pero hablar de una idea *innata* del Derecho es un absurdo inconcebible. La idea del Derecho debe ser adquirida empíricamente. Y una vez adquirida, se tratará siempre de ver si la noción que entraña de una necesaria sumisión a los preceptos jurídicos es por su contenido objetivamente legítima. La evidente circunstancia de que la *génesis* de los fenómenos concretos de nuestra conciencia se halle sólo sujeta a una condicionalidad causal y sólo mediante los métodos de las ciencias naturales pueda encontrar explicación no nos sirve de nada en este ni en ningún otro caso, cuanto se aspira a discernir si el *contenido* de estos fenómenos se ajusta a una *ley última*, a saber si lo que así surge corresponde realmente a las normas de la verdad, del bien o de la belleza: por esto, para demostrar como legítima la conciencia que al hombre le mueve a someterse a la coacción jurídica como a algo necesario, habrá de acudirse a una investigación *sistemática*.

Pero si lo que hacemos es atender a los sometidos al Derecho en conjunto, pretendiendo legitimar la coacción jurídica según la concepción que queda expuesta, por el hecho de que estos individuos se ajusten efectivamente al orden jurídico y lo acaten, sin poder apartarse para nada de sus preceptos dentro de las condiciones en que se hallan, no lograremos llegar a demostrar en modo alguno la coacción jurídica, que es lo que se desea.

Que el Derecho, por lo que se refiere a sus normas concretas no se impone como algo causalmente inevitable es un hecho elemental de la experiencia, que viene a confirmar una y otra vez cada nueva violación del Derecho, dentro de un campo cualquiera del orden jurídico; y que cabe desechar *in abstracto* como injusti-

ficada, la coacción jurídica lo demuestran las doctrinas del anarquismo, contra las que nada hay que decir por lo que afecta a la mera posibilidad lógico-formal. Una resistencia frente al Derecho, tanto frente a sus preceptos determinados como en conjunto puede darse, pues, y se ha dado siempre, en realidad. Que esta resistencia pueda llegar a *atenuarse* mediante un Derecho mejor por su contenido, nada nos importa aquí ya que lo que no logrará demostrarse será la eliminación incondicional de esta resistencia como hecho evidente.

Toda resistencia contra el Derecho tiende a *derribarlo*. El que no se somete a los preceptos del orden jurídico no se substraerá a él, liberándose de sus dictados, sino que es reducido a sumisión mediante la fuerza. El sentido de la coacción jurídica es, como veíamos, el de que el Derecho aspira a imperar, formalmente, de por sí, sin atender para nada al asentimiento de aquellos sobre quienes dispone. ¿Cómo justificar *esta* pretensión del Derecho, afirmando que el individuo sometido no puede por menos de asentir en la práctica a estos dictados?

Como se vé, todos los intentos para razonar la coacción jurídica dinámicamente por parte de los sometidos, van a parar a una especial explicación genética de un hecho que es indiferente en cuanto a la naturaleza esencial de la coacción jurídica.

b) En segundo término, las teorías dinámicas respecto del problema que se estudia pueden decir relación *al que instituye el Derecho*.

Lo que querrá decirse, por parte de los que sostengan tales doctrinas es que el llamado a dictar los preceptos sociales se ve movido causalmente por influjos irresistibles a atribuir a sus dictados precisamente el carácter de normas *jurídicas*. Claro que esto, si de ello quiere hacerse una doctrina científica, no deberá afirmarse como resultado de una mera suma de observaciones concretas aisladas sino como una teoría de alcance absoluto. No podrá decirse solamente: según lo que hasta el presente hemos visto, tales y cuales circunstancias concretas han hecho surgir reglas sociales con el carácter de normas jurídicas; lo que deberá sostenerse es que los llamados a dictar reglas sociales se ven forzados siempre por una inevitable necesidad a erigir estas reglas como *preceptos jurídicos*.

Repetidas veces se intenta, de un modo vago, referirse sin más a unas cuantas experiencias históricas. Y entre las más vulgares argumentaciones de este género está la de que ya toda la Historia conocida nos demuestra la necesidad de una coacción jurídica, sin que nos sea posible imaginar que esta coacción dejase de existir un día dentro de la experiencia.

Pero remitirse simplemente a algunos datos históricos concretos, sin reducirlos a una síntesis ni desentrañar la ley última que los gobierna, no puede bastar, como se comprende. Por esto se suele recurrir, cuando se defiende este modo de ver que examinamos, a la afirmación de una necesidad inapelable impuesta por la naturaleza humana. Es la fragilidad de la naturaleza humana, se dice, la que hace inevitable una coacción jurídica.

Esta explicación no puede ofrecernos, en modo alguno, la solución del problema que investigamos.

Difícilmente se concibe, es verdad, que de la experiencia social lleguen a desaparecer un día todo género de robos, asesinatos y estupros, que los celos y la venganza del hombre lleguen a aplacarse por siempre sin exigir víctima alguna, que cese toda ofensa y todo abuso, que no se cometa ya ni la más ligera mala acción; pero, ¿es que *por esta razón*, por que se reconozca inevitable la existencia de tales hechos en la experiencia humana han de estimarse éstos *legitimados*?

He aquí el vicio en que no pueden por menos de caer, de modo implícito, cuantas doctrinas intentan fundamentar *dinámicamente* la coacción jurídica: el de limitarse a una simple explicación causal de fenómenos que sólo dentro del campo de los *fines* pueden tener un sentido intrínseco y una significación.

Todo dictado del Derecho se propone necesariamente una regulación de la convivencia humana. La razón de que un precepto jurídico se dicte es que lo que este precepto aspira a ver realizado en la vida social no podría discernirse científicamente como algo que por modo necesario ha de sobrevenir sin la intervención de esta regla jurídica. Si el resultado a que se tiende se reconociese ya con seguridad plena como algo que causalmente no puede por menos de acaecer, no tendría sentido dictar una norma jurídica especial destinada a *alcanzar* este resultado causalmente inevitable. Sería irracional emitir un precepto en que se ordenase que todo ciudadano habría de rendirse un día a la muerte.

Toda regulación jurídica tiene, pues, presente, un estado de cosas que tal como el Derecho lo dispone, no hay razón alguna para darlo por inevitable causalmente de modo indiscutible. En cuanto tal regulación, su contenido será siempre algo que haya de *alcanzarse*. No podrá tratarse sino de un *medio* para la consecución de *fines* humanos.

Hacernos ver cómo el llamado a emitir la norma se haya visto forzado, causalmente, a dar a sus preceptos el carácter de dictados *jurídicos* no puede, en modo alguno, servir para legitimar la coacción jurídica a que se acude, como cualidad atri-

buída a estos preceptos, viendo en ella un medio justificado en el terreno de lo absoluto.

Si pretendemos demostrar como legítimo un medio para la consecución de fines humanos no nos bastará afirmar que alguien se ha visto impulsado por una coacción psicológica a poner en práctica este medio. Pues *con esto no* sabemos si el medio de que se trata es realmente bueno y justo.

Claro que cada cual es libre de decir: a mí me basta que la coacción jurídica no haya dejado de presentarse en la Historia al lado de otros géneros de normas sociales—, sin que yo alcance a ver la posibilidad de que esta institución llegue a desaparecer del campo de la experiencia. Una tal afirmación sin más pretensiones sólo afectará personalmente al que la sostenga, como algo de que los demás no tendrán por qué preocuparse, pero con la que tampoco podrá venir a importunarnos.

Y esto es lo que hará—traspasando de este modo los límites que, satisfecho con ello, se había trazado a sí propio—en cuanto pretenda ofrecernos su modo de ver como fundamentación científica *objetiva* de la coacción con que impera el Derecho. En modo alguno debe admitirse semejante explicación, pues lo que se propone la coacción jurídica es instaurar ciertos estados sociales. La coacción jurídica no tendría sentido alguno si a ella no se acudiese como a un medio para la consecución de ciertas miras. La explicación causal de su génesis nada tiene que ver con la noción de algo que *de este modo* ha de alcanzarse, noción que la coacción jurídica lleva consigo necesariamente. En esta noción que la hace surgir y con la que desaparece es donde debe buscarse lo que la legitime. Lo cual sólo podrá conseguirse desde el punto de vista *teleológico*.

El hecho de que no sea posible concebir una experiencia social que renuncie en absoluto a valerse de este medio no altera tampoco en nada la verdad de nuestra doctrina. Pues de lo que se trata, como queda dicho, es de legítimar la coacción jurídica como aquél género de orden social al que *deberá* acudir como a un medio adecuado. Legitimación independiente, necesariamente, de lo que pueda ocurrir en la realidad; si bien los resultados a que la investigación llegue en este punto serán de la mayor trascendencia práctica.

Supongamos que nuestra investigación nos llevase como resultado a dar por teóricamente injustificable en el plano objetivo la aplicación de la coacción jurídica; a admitir en conclusión que sólo por razón de las debilidades humanas, llevados de su propio interés subjetivo por ejemplo, se resolvían los titulares del poder a hacer uso de esta posibilidad. Si así fuese, en efecto,

habríamos de concluir consecuentemente, que la aplicación de este medio *en sí ilegítimo* debiera limitarse en todo lo posible.

Si realmente hubiésemos de aceptar el anarquismo como *ideal social*, aunque la fragilidad y la maldad humanas nos impidiesen desterrar de raíz la coacción jurídica, este ideal, según fuese ganando terreno en la conciencia de los hombres, vendría a alterar no poco las disposiciones concretas de una regulación jurídica coactiva, ofreciéndonos desde luego la pauta determinante para juzgar de las aspiraciones sociales científicamente encauzadas.

No se ha presentado todavía sobre la faz de la tierra la persona que pudiera considerarse como un ser perfecto en sus virtudes ni nos es tan fácil imaginarnos qué condiciones habría de reunir una tal persona. ¿Es que *por eso* hemos de desechar como una quimera de nuestra mente el concepto del deber y la noción de una voluntad pura?

Que el anarquismo pueda presentarse o no algún día dentro de la experiencia y que a nosotros nos sea dado concluir que la coacción jurídica llegue alguna vez a desaparecer de la realidad es, por el momento, de todo punto indiferente. De lo que se trata es de saber si dentro de una vida social que se ajuste a una ley suprema puede considerarse el anarquismo como el único régimen legítimo teóricamente y como el ideal a que ha de acomodarse la forma de la regulación social; y si, en efecto, es así la doctrina anarquista no perderá nunca su valor ni su influjo poderoso como noción fundamental y punto de orientación para la organización de toda sociedad humana.

El problema no es el de descubrir si casualmente la coacción jurídica podrá llegar a desaparecer por completo en lo futuro o si, por el contrario, ha de perdurar por siempre; a lo que se aspira es a saber si esta coacción jurídica constituye o no el único medio formal que se ajusta a la idea de una vida social conforme a la ley suprema por que toda sociedad se rige. Para lo cual deberán tenernos sin cuidado su necesidad causal y cuanto se refiere a su realización histórica. Su legitimidad teleológica es lo que ha de decidir.

94.—*Bellium omnium contra omnes*

Pasando así al problema de una fundamentación *teleológica* de la coacción con que el Derecho rige, no dejaremos de dar lugar a una falsa inteligencia si de antemano decimos que de lo que aquí se trata no es de demostrar lo que legitima *la vida social* en general. La necesidad de una vida social se sigue ya de la doc-

trina misma del *querer vinculatorio*. Partiendo de la noción del *querer* como de algo dado y desenvolviendo nuestros razonamientos consecuentemente no podemos por menos de poner en relación recíproca los fines de distintos hombres. Y este problema, así debidamente planteado, es el que nos lleva necesariamente al concepto de la *sociedad* (§ 19).

No hay para qué referirse aquí, pues, a la antítesis que media entre el *estado de naturaleza y la vida social*; sino que nos reduciremos a esta última exclusivamente, en sus dos manifestaciones posibles: la *comunidad jurídica* y la *asociación convencional*.

No habiéndose consagrado hasta ahora la atención debida a la distinción entre la norma jurídica y la regla convencional ni determinado con precisión la divergencia conceptual que separa estas dos clases de preceptos, era explicable que llegasen a contraponerse como términos de una antítesis el *estado de naturaleza* y el *orden jurídico*. Aquel régimen de vida social que se presentaba desde luego a la observación, destacando poderosamente y muy especialmente necesitado de una justificación dadas las pretensiones imperiosas con que se imponía, se tomaba, sin más, como el representativo de toda vida social posible. Y al alegar los fundamentos en demostración de la necesidad de una vida social se creía sin asomo de duda que con ello quedaba justificada también la necesidad de un *orden jurídico*, sin ver que realmente el orden jurídico no es sino una de las manifestaciones posibles de la vida social y que una justificación de ésta no podía, por tanto, llevar consigo necesariamente *la de esta* simple manifestación.

A este primer error, el de identificar de modo inadmisiblemente el orden jurídico con el social, se añadía además la costumbre abusiva de hablar «del Derecho» como de algo exterior al hombre mismo y llamado a mantener el orden dentro de la sociedad. *Schopenhauer* tiene en una ocasión la grata ocurrencia de comparar el Derecho a una gran jaula donde se encierran las bestias humanas para que no puedan causarse daños las unas a las otras. No se echa de ver que es inexacta esta hipótesis del Derecho atribuyéndole una existencia sustantiva. Si quisiéramos desenvolver el paralelo así iniciado con el enérgico lenguaje del pesimista debiéramos decir: una parte de estas bestias humanas dicta conminaciones coactivas contra las demás, y las mantiene bajo el imperio de estos dictados aun contra su voluntad, sin que de ellos puedan liberarse de otro modo que mediante las mismas disposiciones del que ordena; y estos dictados procederán bien de los titulares de un poder ordenador, bien de otros factores cualesquiera, cualitativa o cuantitativamente determinados. *El Derecho* no es, pues, sino, prescindiendo ya de toda imagen, un con-

junto de medidas coactivas dictadas por unos hombres sobre otros, dando lugar así a uno de los modos posibles de vida social.

El problema que se aspira a resolver aquí, positivamente precisado, puede formularse, según esto, del modo siguiente: ¿a cuál de los dos modos de vida social que son posibles debe darse la preferencia sobre el otro *de manera absoluta*?

La carga de la prueba pesa aquí sobre el orden *jurídico*. La comunidad convencional es evidente de por sí y fácilmente concebible por lo que se refiere a las pretensiones de vigencia de sus preceptos. Pero el Derecho, por el sentido que entraña, quiere imperar *como regla coactiva: en sus pretensiones* de vigencia no se preocupa para nada de que los sometidos a él asientan o no a sus dictados y los reconozcan; y él es el que dispone soberanamente quiénes y quiénes no han de hallarse sujetos a sus normas y en qué circunstancias les será lícito abandonar la comunidad jurídica.

Esta peculiaridad de la coacción jurídica es la que distingue esencialmente al Derecho de la regla convencional, pero no es algo que aparezca desde luego evidente ni claro en sí mismo, sino que necesita de una justificación especial.

Si no se logra demostrar que el Derecho goza, en este sentido, de una legitimidad superior a la de las comunidades organizadas convencionalmente será a este último género de vida social al que deberá reconocerse la preferencia. No sería, pues, el orden jurídico coactivo, sino la mera asociación convencional la que constituiría el único medio legítimo para la consecución de la vida social humana a que debe aspirarse.

Si queremos fundamentar la coacción jurídica de un modo definitivo deberemos buscar, por tanto, en el Derecho, una característica condicionante que le distinga con ventaja, no del estado de salvajismo o estado de naturaleza sino de un orden social regido por reglas convencionales exclusivamente; de tal modo que el orden jurídico aparezca como el único medio legítimo para una existencia social humana que deba constituir la mira de nuestras aspiraciones, no por oposición a una masa confusa y caótica de individuos que se conciben aislados sino frente a una comunidad convencional de hombres libres.

De aquí se deduce que no basta aludir al peligro de una guerra *de todos contra todos*, como en la doctrina que *Hobbes* desenvuelve con diafanidad no superada. Pues un tal estado de guerra sólo podría concebirse como el reverso de toda vida social. Que una de las dos posibilidades de vida social, la regulación de la convivencia humana que prescinde de lo que caracteriza a las normas jurídicas coactivas, la cooperación organizada mediante libres

comunidades convencionales, haya de conducir necesariamente a un estado de guerra constante no hay razón ninguna para afirmarlo, como tampoco es exacto, por otra parte, que la coacción jurídica venga a desterrar realmente toda manifestación de guerra entre los hombres, asegurando con su especial modo de ser una paz ininterrumpida.

Lo que caracteriza a una regla como precepto jurídico coactivo no basta *en sí y de por sí* para garantizar la seguridad exterior de los que se hallan sometidos a ella: para esto importará no poco saber además cuál es *el contenido* de esta norma. Y puede muy bien ocurrir—la Historia nos ofrece bastantes casos de estos—que precisamente sea la más severa organización a base de preceptos jurídicos la que ponga a los súbditos a merced de los encargados del poder, en un estado de gran inseguridad. También la esclavitud se basaba «sobre el Derecho» sin que bajo este régimen los hombres así degradados a simples objetos gozasen de protección jurídica alguna en cuanto a su vida, a su familia o a su propiedad; y nadie dejará de traer a su memoria un montón de ejemplos históricos donde se ve que aun entre personas libres y dentro de comunidades *jurídicamente* organizadas impera no pocas veces el poder y la arbitrariedad, sin que aparezcan por parte alguna las garantías de los individuos en cuanto a aquellos bienes mencionados.

¡Y cuán deplorable sería también en este punto nuestra situación, bajo las circunstancias de los tiempos modernos, si sólo nos hallásemos confiados a la eficacia de la norma jurídica! La frase de *Eurípides* no ha perdido todavía su actualidad. No es, ni mucho menos, el miedo a los castigos que el Estado pudiera infligir la palanca más poderosa que nos mueve a someternos a los preceptos dominantes. Ni se ve por qué la fuerte tendencia del hombre a una ordenación regulada, tendencia que las normas convencionales de los tiempos presentes hacen surgir, como sabemos por experiencia, no ha de bastar para mantener en pie una organización sujeta a preceptos y por qué la intensa presión que se observa en el seno de las comunidades convencionales dentro de un orden jurídico no podría garantizar de un modo *general*, enfocada hacia lo exterior, una convivencia pacífica y segura entre los hombres.

Y no se diga que así organizada la sociedad, los diferentes grupos y corporaciones libremente formados chocarían fácilmente los unos contra los otros, sucediendo así a la guerra de todos contra todos entre individuos la que se desataría entre las comunidades formadas por estos. Pues con la guerra no ha logrado acabar tampoco la coacción jurídica en ningún tiempo, ni aun hoy

mismo; la fatal *ultima ratio regum* sigue subsistiendo como siempre; y una «instancia suprema» que pudiera echarse de menos en una organización de la humanidad mediante sociedades libremente constituídas no es tampoco el Derecho el que ha conseguido hasta ahora instaurarla ni la perspectiva de que haya de llegar a hacerlo algún día parece por hoy muy cercana. Por el contrario, la experiencia de la Historia nos enseña que cuanto más fuertes y severos son los vínculos que mantienen a un Estado bajo la dirección de un poder central tanto mayores son la facilidad y la eficacia con que este Estado puede conducir una guerra, mientras que las comunidades más libres y descentralizadas suelen ser las menos adecuadas para alcanzar los laureles bélicos.

El Derecho no ha desterrado la guerra entre los hombres; de lo más de que puede gloriarse frente al hipotético *estado de naturaleza* es de haber venido a reducir y amortiguar el *bellum omnium contra omnes*, a transfigurar la coacción subjetiva en una coacción regulada y a imponer—en cierto modo—una *specificatio* del régimen de guerra en el seno de la sociedad humana. Pero, que esto no hubiera podido lograrse de la misma manera mediante comunidades convencionales, que para esto fuese necesaria, imprescindible, la coacción peculiar del Derecho, su imperio autárquico sobre los sometidos y su facultad para retenerlos bajo sus dictados aun contra su propia voluntad y su deseo de substraerse pacíficamente a los vínculos del orden jurídico, que precisamente *esto que constituye la coacción jurídica* fuese inevitable para llegar a la consecución de aquel resultado, no habrá posibilidad de demostrarlo *a priori*. Por lo menos, deberemos abstenernos de fallar sobre este punto porque «no ha lugar» a ello.

Pero, si en realidad es así será el Derecho el que resulte condenado. La presunción declara en contra suya. La carga de la prueba para demostrar que él, el Derecho, es en efecto el único medio adecuado de toda regulación social es sobre el orden jurídico mismo sobre el que pesa y sobre su cercano pariente el precepto arbitrario. Sus abogados harán pues mejor en no recurrir como medio de prueba decisivo a éste *bellum omnium contra omnes* como si el orden jurídico y sólo él pudiera evitarlo, porque *por lo menos lo mismo* que mediante el Derecho y sus preceptos coactivos puede alcanzarse en este punto cabe lograrlo valiéndose de una libre asociación convencional.

Y no cabe decir que la coacción jurídica es la que se halla poseyendo y la que por tanto deberá consolidarse en la posesión, en caso de duda. Pues lo que aquí se discute no es plan práctico

alguno de reforma. Recordemos que de lo que al presente se trata es de ver teóricamente cuál de los medios examinados es realmente el único legítimo para la consecución de la debida existencia social. Que los factores concretos del orden social se resuelvan luego o hayan de resolverse necesariamente a poner en práctica la conclusión teórica a que se llegue, nada nos importa aquí. Sólo cuando los que se discutan sean los preceptos que tienden a ordenar en la práctica la conducta, de un modo inmediato, podrá alegarse el hecho de la existencia efectiva, el hecho de la existencia de la coacción jurídica por ejemplo, como fundamento decisivo. Por lo que se refiere al problema teórico de descubrir de qué lado se muestra una preferencia *absoluta* entre las dos posibilidades formales que se le ofrecen a una regulación social, la circunstancia de que sea una de ellas la que al presente se halle en vigor nada significa.

Ni necesitamos entrar a examinar aquí tampoco, por extenso, que la aspiración a alentar el progreso humano en el terreno de la técnica, por lo que se refiere a la producción y cambio de bienes materiales, como por lo que afecta a la inteligencia, a la ciencia y al arte, no es precisamente lo que puede justificar y fundamentar, en modo alguno, el carácter específico de la coacción jurídica.

El que tal discuta no hará sino contraponer, como siempre, el estado de naturaleza en que el hombre aparece aislado y la agrupación social, con su cooperación regulada. Que estas miras concretas de progreso sólo pueden proponerse eficazmente y llegar a realizarse dentro de la vida social no es dudoso; pero que para esto sea necesario, inexcusablemente, acudir al recurso peculiar de la coacción jurídica jamás podrá demostrarse *a priori*. Nada habrá que nos impida concebir la consecución de estos fines en el seno de una vida social organizada de tal modo que cada cual sea libre de substraerse cuando se le antoje a los vínculos de la comunidad en que se halla para incorporarse a otra, dentro de un orden social en que *el individuo* pueda, por tanto, decidir cuál es la comunidad determinada de que ha de formar parte sin hallarse vinculado en este punto a un poder jurídico coactivo que disponga por él imperativamente.

Por este camino no lograremos llegar a conclusión alguna. Ni por lo que afecta a la seguridad exterior del individuo ni por lo que se refiere al avance de la cultura humana puede una de las dos modalidades de regulación social, la organizada a base de la coacción jurídica, demostrar una tal superioridad frente a la otra posibilidad, la de un orden social bajo simples reglas convencionales, que quede demostrada así de modo absoluto como

el único medio formal legítimo para la consecución de la vida social a que debe aspirarse.

En lo que respecta a la seguridad y al fomento de la cultura exterior, ambas posibilidades de regulación social pueden equipararse en principio; y todo lo más a que puede aspirar el Derecho en este concurso abierto para demostrar su superioridad frente a las reglas convencionales respecto de las miras indicadas es que no llegue a emitirse fallo ninguno. Con lo cual el orden jurídico perdería la partida en favor de las comunidades convencionales libremente organizadas, por las razones que se han apuntado.

95.—El Derecho como condición de la moralidad

También el segundo intento de fundamentación teleológica de la coacción jurídica, entre los dos que hasta ahora se han manifestado, el que se propone legitimar el Derecho como condición necesaria *para hacer posible la moralidad*, empieza por incurrir en una confusión y equiparación inadmisibles del orden *jurídico* y el orden *social*.

Fácil es demostrar, indudablemente, que sin un régimen de vida social, sin una cooperación regulada de un modo cualquiera, sin la existencia de un lenguaje común y de conceptos coincidentes sería de todo punto inconcebible una vida humana que se distinguiese en algo de la mera existencia animal. Pero de esta antítesis que media entre el estado de naturaleza y la vida social para nada se habla aquí. Lo que, como siempre, debemos más bien preguntarnos es si es exacto que una de las dos modalidades de vida social, la que se halla sujeta a la regulación coactiva del Derecho se nos muestra como una necesidad inevitable por lo que se refiere a la moralidad humana, gozando en este sentido de una preferencia absoluta frente a las comunidades de carácter convencional.

Esta preferencia no podrá demostrarse de modo alguno.

Lo que caracteriza esencialmente al Derecho, distinguiéndole de un orden social instaurado mediante reglas convencionales es, como repetidamente se ha dicho, el factor de la coacción jurídica, el que somete al individuo sobre quien la norma rige a los dictados de una comunidad social, sin atender para nada a lo que su propia voluntad disponga. Ni en la *comunidad jurídica* más libre podrá dejar de ocurrir esto; no en el sentido de una gran presión que sobre el individuo pueda ejercer en la práctica el imperio de una mayoría, despótica en la mayor parte de los casos.

sino de un modo necesario, atendiendo sencillamente *al sentido* de la organización jurídica, que podrá hacer escaso uso, o hasta ninguno en ocasiones, de aquel poder autárquico de decisión sobre los sometidos a ella, pero que nunca lo depondrá en favor de los individuos afectados, en cuanto tales individuos.

Lo que esencialmente caracteriza a la *moral* es la ordenación de la *vida interior* del hombre. Esta vida interior deberá moldearse con arreglo a ciertas normas. Los deseos del hombre habrán de orientarse en el sentido que marca la idea del *querer puro*: tomando por punto de mira un querer depurado de toda mera subjetividad en los motivos que le impulsan, libre de cuanto sólo pueda afectar personalmente a las aspiraciones del propio individuo.

¿Por qué ha de hallarse subordinada esta misión ética a la existencia formal de una coacción jurídica? ¿Por qué razón para que un hombre aspire a la idea del bien y a verse animado sólo por sentimientos objetivamente legítimos ha de deponer en un poder superior la facultad de decidir de qué comunidad social humana forma parte, en lugar de ser su voluntad misma la que lo determine, independientemente de todo imperio jurídico?

Cierto que el hombre necesita ser educado para llegar a ajustarse a las normas de la moralidad. La noción del *deber*, como punto de vista armónico de toda voluntad, al que ha de acudir también para reducir a una ley y a una unidad suprema, legitimándolo objetivamente, el mundo de los deseos (§ 65) es algo que hay que adquirir. Qué camino haya recorrido genéticamente la Humanidad antes de que fuese posible de algún modo una tal noción, no hay para qué mencionarlo aquí. El cumplimiento de esta misión apenas podrá concebirse prescindiendo de *toda* vida social. Pero de esto no se sigue conclusión alguna en cuanto a una legitimación absoluta del orden *jurídico* con exclusión de las comunidades *convencionales*. La educación del hombre que le capacite para la moralidad y las influencias que le muevan a obrar en este sentido podrán ofrecerse dentro de una comunidad convencional tan cumplidamente como en cualquier sociedad organizada a base de la coacción jurídica, cuyas reglas aspiren, por tanto, a regir, de un modo formal, sin atender para nada a la aquiescencia de los sometidos a sus dictados.

Quizá podrá pensarse que tratándose de reglas convencionales simplemente, aquellas personas a quienes las influencias morales de una comunidad convencional de hondas preocupaciones no les conviniesen por sus intereses subjetivos, se substraerían sin vacilación a estos influjos, viéndose entonces la comunidad social obligada a acudir a la coacción para retener en su seno a tales personas.

Semejante objeción se vale de un razonamiento subrepticio condenable, que es el de atribuir al orden jurídico coactivo *ya en general* un cierto influjo a favor de la conducta moral del hombre, susceptible a todo lo más de algunas excepciones. Pero que el orden jurídico sea, de ordinario, el único que puede contribuir a la moralidad, legitimándose así el imperio coactivo con que somete al individuo a sus dictados, es cosa que no cabe derivar ya del concepto mismo de la coacción jurídica y de la característica esencial del Derecho con sus pretensiones autárquicas de vigencia. Dependerá esto *del contenido* de las normas jurídicas, contenido históricamente fortuito y sujeto a cambio constante, y del modo cómo estas normas regulen la misión pedagógica de educar al hombre como ser moral, descartando cuantos obstáculos puedan interponerse en el caso concreto ante la pureza ética de sus deseos y de su voluntad. Que un tal contenido, plenamente satisfactorio en este respecto, sea el caso usual dentro de los órdenes jurídicos difícilmente podrá afirmarse; pero lo que desde luego será imposible demostrar con seguridad absoluta es que este resultado sólo pueda alcanzarse mediante la coacción de las *reglas jurídicas*, o que pueda lograrse mediante éstas con preferencia a las simples *normas convencionales*, como si estas últimas careciesen de ordinario y esencialmente de un tal contenido.

Y siendo así, aparecerá en extremo dudosa aquella objeción a que nos referíamos antes, en defensa de la coacción jurídica y de su absoluta legitimidad. Pues si la legitimidad de la coacción jurídica quiere basarse en el hecho de que ella sea la llamada a mantener por la fuerza en el seno de la comunidad moralizadora los hombres de espíritu banal, que de otro modo podrían sustraerse a ella libremente, claro está que el derecho de la coacción jurídica sólo prevalecerá en la medida en que el orden jurídico concreto se nos muestre en la realidad con un contenido legítimo de la índole de aquel a que aludíamos. Admitido esto, deberíamos pues ir fiscalizando la coacción jurídica *en cada caso concreto*, atendiendo al contenido de las normas jurídicas correspondientes. Lo cual contradice a la noción del Derecho como querer vinculatorio autárquico. El imperativo con que el Derecho se erige ante nosotros, en cuanto autárquico, es siempre idéntico formalmente, sea cualquiera en cada caso el contenido de las distintas normas jurídicas concretas. La legitimidad *formal* de la coacción jurídica *en sí y de por sí* no logrará demostrarse con referencia a un *contenido* que el Derecho *pueda* encerrar.

El que se obstine en acudir al contenido de determinados preceptos perderá toda base segura para diferenciarlos formalmente y para justificarlos en cuanto a la cualidad formal que los carac-

terice. También el más rudo poder arbitrario y una violación cualquiera del Derecho, factores ajenos al orden jurídico, podrán traducirse, *bajo ciertas circunstancias* en efectos benéficos para la formación ética del individuo. Pero, nadie pretenderá hacer base de este hecho para justificar *de un modo absoluto* estos preceptos arbitrarios, distintos del Derecho y de las reglas convencionales. ¿Por qué proceder de otro modo con el Derecho mismo?

Será de todo punto imposible afirmar *a priori*, demostrándolo, satisfactoriamente, en qué proporción habrán de manifestarse un día los sentimientos éticos de nuestros descendientes y el influjo educativo que en cuanto a la moralidad haya de ejercer sobre ellos la sociedad, según que impere la coacción jurídica con sus pretensiones autárquicas de vigencia o una organización cualquiera de comunidades convencionales libremente formadas. La moralidad y la inmoralidad podrán existir igualmente bajo ambas formas de vida social humana, tanto bajo el orden jurídico como dentro de una simple organización convencional.

La coacción *jurídica* es una manifestación paralela al poder coactivo *arbitrario* de unos hombres sobre otros, diferenciada formalmente de este poder mediante la noción de la *inviolabilidad* que al Derecho es inherente. La terminología usual, que habla del *poder* del Estado y de la *coacción* jurídica sabe reflejar perfectamente el pensamiento exacto. La regla *convencional* no necesita legitimarse para nada en cuanto a su imperativo de vigencia; pero la *coacción jurídica* no puede prescindir de una tal justificación. El que pretenda sostener la defensa del Derecho como medio legítimo para una vida social tal como deberá ser necesita demostrar que la coacción jurídica entraña una especial virtud que le da una preferencia *formal de alcance absoluto* ante la regla convencional, aunque ésta nos parezca a primera vista la más justificada.

¿Cuál es esta virtud?

La de ofrecernos base para una mayor seguridad física de los individuos y para el progreso de la cultura exterior o la moralidad humana no es desde luego.

El carácter formal de una regla social, lo que le atribuye una fuerza autárquica de vigencia aun contra la voluntad de cuantos a ella se hallan sometidos no contribuye en nada especialmente a estas miras, que serían igualmente asequibles dentro de una comunidad convencional. Para encontrar una preferencia formal de alcance absoluto que pueda sobreponer la coacción jurídica a las reglas convencionales, deberemos prescindir por completo de todo contenido, en uno u otro género de normas.

Anticipado esto, hora es ya de que exponamos la solución del problema.

96.—El Derecho como condición para ajustar la sociedad a su ley última

El lector recordará que el principio de la ley última social que aquí se afirma consiste en descubrir la unidad de un punto de vista supremo para toda vida social. Y la legitimidad de una sociedad humana está en ajustarse dentro de cada caso concreto a las orientaciones de este punto de vista.

Lo que de este modo puede mostrárenos como legítimo, en cuanto se armonice con esta ley última, es *la modalidad* de la cooperación humana que entre los hombres se constituya para la satisfacción de sus necesidades; modalidad determinada por la regulación a que la cooperación, la Economía social, se halle sometida.

Legítimo en este sentido será, pues, un cierto régimen de vida social, cuando su regulación se desenvuelva bajo la unidad del punto de vista supremo que rige toda existencia social humana. Dejando para páginas ulteriores el concepto preciso y la exacta formulación de este punto de vista armónico, lo que nos interesa, por el momento, es el problema de fundamentar formalmente la coacción jurídica. Lo que se pregunta es si el querer *jurídico*, en cuanto a la esencia conceptual que le caracteriza, goza de preferencia general alguna con relación a las otras categorías de normas sociales, la de las reglas convencionales singularmente.

La solución de este problema deberá ser afirmativa.

El Derecho se distingue, como sabemos, de la mera invitación *convencional* por su carácter de *autarquía*, del poder *arbitrario* por el momento de la *inviolabilidad*: el orden jurídico impera sobre la vida social de un modo *meramente*, mientras que estos otros dos factores, *según su concepto*, sólo rigen *para cada caso*. De este modo, la regla convencional o el precepto arbitrario confían a la voluntad *subjetiva* del vinculado o del que vincula el decidir si ha de tener lugar o no una cooperación social. Estas clases de preceptos no podrán, por tanto, garantizar *la existencia* de la vida social *en cuanto tal*, de un modo *absoluto*. Alcanzando sólo a vincular según los deseos personales de aquel sobre quien recae o del que los dicta, sin trascender nunca del caso concreto, bajo ellos el querer social quedará confiado a los *simples* deseos *subjetivos*, a merced del *azar*.

Pero, antes de que pueda pasar a examinarse si el contenido

concreto de una vida social se ajusta en su estructura a una ley suprema, la existencia de esta vida social deberá hallarse asegurada *en si y de por sí*. Y una seguridad en este punto sólo puede ofrecerla el querer *jurídico*, porque sólo sus preceptos son los que alcanzan a vincular constantemente los fines de los hombres de un modo *meramente*, en sentido *formal*. Asentada esta modalidad *jurídica* de vinculación el contenido de la regulación puede cambiar cuanto se le antoje: la *conexión* establecida entre diversos fines subsistirá siempre en absoluto, como algo seguro e incontrovertible. He aquí por qué el querer *jurídico* es el único medio para garantizar la existencia de la vida social de tal modo que ésta pueda siempre orientarse hacia la ley incondicionada de todo querer, velando por que su contenido concreto, en cada caso, sea el objetivamente justo.

Pero, aun cuando admitiésemos por un momento la existencia efectiva de una vida social gobernada por reglas *convencionales exclusivamente*, esta regulación sería siempre, no obstante, un medio inadecuado para *ajustar a una ley última* la vida social de que se tratase.

Pues a lo que se tiende, cuando se exige que la vida social se ajuste a una *ley última*, es a asentar una mira suprema común a la forma de *toda* cooperación social *concebible*. Una vida social *legítima* en este sentido sólo podrá, pues, llegar a alcanzarse mediante el género de regulación que gracias a su carácter formal puede regir una cooperación social sin dejarse llevar por lo que sólo es inherente en concreto y empíricamente a las personas y a los factores materiales de la cooperación regulada. Para poder ajustarse a un punto de vista armónico que afecte a toda convivencia humana concebible será necesario que el medio formal que a este efecto se utilice se halle constituido por una regulación apta para regir incondicionadamente toda posible cooperación humana, cuándo, dónde y como quiera.

Otro límite que el de una convivencia *humana* no se ve, en el campo de lo absoluto. Cuanto en nuestras nociones diga relación de algún modo a una convivencia *humana* deberá traerse a consideración aquí. Basta este límite, pero siempre que sea estrictamente observado, pues una distinción y clasificación de alcance absoluto dentro del concepto *de humanidad* no podrá ofrecerse jamás como verdad apriorística.

Lo que caracteriza esencialmente a la ley suprema de la vida social es el constituir la unidad fundamental incondicionada en que cabe sintetizar armónicamente cuantas sociedades humanas son posibles. Toda sociedad humana que aspire, pues, a ajustarse a esta ley última no deberá adoptar una forma que en cuanto

forma no se extienda ya necesariamente a todas las asociaciones humanas concebibles. O, con otras palabras, si se propone seguir las orientaciones de esta ley última *no condicionada* por experiencia concreta alguna, no elegirá como medio formal determinante uno que *solo* tenga un carácter *empíricamente condicionado*, sin implicar esencialmente una aplicación incondicionada de alcance absoluto.

Es esta exigencia a la que no se acomodan las reglas convencionales.

Este género de reglas ofrece la base para comunidades libremente formadas, dentro de las que cada cual puede determinar por sí mismo a qué comunidad ha de pertenecer y cómo y durante qué tiempo. El individuo se somete libremente a los vínculos de la convención para sustraerse de nuevo a ellos cuando se le antoje: lo que le sirve de norma de conducta aquí, en tanto que la vinculación subsiste, es el acuerdo contractual al que, para que sea eficaz, debe empezar por asentir y que podrá quedar sin vigor en todo momento, tan pronto como su voluntad se exteriorice en este sentido, sin que a ello se oponga limitación incondicionada alguna.

No es, pues, dudoso que las comunidades convencionales, como forma de vida social, sólo permiten la constitución de una sociedad entre aquellos individuos que de hecho gozan de capacidad, para asociarse convencionalmente con otros. Una organización *exclusivamente* convencional de la sociedad sólo haría ésta accesible a ciertos hombres de condiciones empíricas determinadas, cerrando el paso a todos los demás en quienes estas cualidades no concurren.

Las reglas convencionales no se prestan, por tanto, para abarcar *toda* convivencia humana concebible. Por exigencias de su sentido, este género de reglas lo pueden conducir a una sociedad accesible a los individuos aptos para someterse a un precepto por su propia voluntad.

Por esto, la organización *exclusiva* de la sociedad humana mediante reglas convencionales no podría traducirse nunca en una vida social *ajustada a la ley suprema* de toda sociedad ni tampoco aspirar a ello, según el sentido que entrañan.

Aun cuando una comunidad social concreta se esforzase por orientar hacia la mira última armónica de la vida social, el contenido de sus normas hipotéticas, mediante el consentimiento unánime de todos los asociados, su pretensión de regir la vida social como forma *exclusiva* se hallaría siempre afectada por un vicio incurable, que es el de proclamar como la única legítima una modalidad formal de la vida social que sólo puede apli-

carce bajo ciertas condiciones empíricas, pero no bajo otras, el de afirmar como la única forma social *de alcance absoluto* una forma que *solo* puede regir comunidades *de un género determinado*, las formadas por individuos capaces de convención, siendo ineficaz para someter a regulación otras comunidades humanas empíricamente existentes y posibles en todo momento.

No cabe decir que se aspira a un punto de vista supremo de alcance *para todos* los grupos humanos *concebibles* y al mismo tiempo afirmar que la *única* forma *legítima* es aquella que *solo* puede regir una categoría de asociaciones de *condiciones especiales*, sin caer en una contradicción absurda.

Mediante *comunidades convencionales exclusivamente* será imposible hacer que la sociedad se ajuste a una ley última.

Al contrario de lo que ocurre tratándose de las *comunidades jurídicas*. Las reglas jurídicas determinan por sí mismas con autarquía soberana quién se halla sometido a sus dictados y a la comunidad social que por ellas se rige. Para nada entran aquí en juego, por consiguiente, unas u otras cualidades empíricas de los sujetos asociados. El precepto jurídico coactivo abarca, pues, de por sí, según su noción esencial condicionante *cuantas* asociaciones humanas son *concebibles*. Y esto es lo que le legitima.

Si ha de conseguirse que la vida social se ajuste a una ley última es necesario ante todo que se dé una posibilidad formal mediante la que pueda seguirse la noción de un punto de vista armónico para todos los grupos humanos concebibles. Desechar radicalmente esta posibilidad valdrá tanto como desechar la misma ley última social que ha de perseguirse. Pues una mira que haya de regir *cuantas* asociaciones reguladas *nos imaginemos* no pueden proponérsela lógicamente aquellos que no se hallan dispuestos a reconocer un medio formal que, por su sentido y esencia, es el único apto para abarcar las más diversas comunidades que puedan presentarse en la experiencia.

Este medio es la coacción jurídica. Sólo el Derecho, como modalidad *autárquica* de vinculación, es el que puede prescindir de todo factor subjetivo concreto en la persona del vinculado o en la del que vincula, al determinar la posibilidad formal de tomar parte de la asociación regida por sus normas; el Derecho exige, por el sentido especial que le caracteriza, que sus preceptos rijan sin excepción alguna.

Las conminaciones de un poder arbitrario son, por esencia, inadecuadas como medio para la consecución de una vida social legítima; estos preceptos no vinculan para nada al que ordena ni pueden, por tanto, constituir ordenación general alguna de una convivencia humana ni aspirar de ningún modo a que su

alcance sea absoluto ni a que su contenido se ajuste a una ley suprema. La regla convencional sí puede bastar, como hemos visto, para regir alguna comunidad humana, encauzando el sentido de las normas que, por asentimiento unánime, vinculan dentro de estas asociaciones a los dictados de una ley última; pero como medio formal *absoluto* nada hay que justifique las comunidades convencionales en cuanto recurso para acomodar la convivencia humana a la ley última que rige toda vida social.

La organización *exclusiva* de comunidades convencionales no puede dejar a salvo la noción de una unidad última de alcance absoluto para *cuantos* grupos humanos *sean posibles*, porque toda asociación convencional sólo es eficaz respecto de individuos que reúnan determinadas cualidades y, por tanto, bajo condiciones subjetivas concretas, nunca de un modo general para todas las asociaciones humanas concebibles.

Y otra posibilidad de reglas sociales, además de éstas no existe. Por esto la coacción jurídica es indispensable y legítima de un modo formal y absoluto, como único medio apto para que la sociedad pueda ajustarse a su ley última.

Por esta razón no puede dejarse a merced del individuo, de una manera general e incondicionada, que éste determine *de por sí de modo originario* si quiere o no formar parte de una comunidad social. Sino que es el Derecho el que objetivamente deberá decidir en principio sobre este punto. Lo que legitima *formalmente* las pretensiones de vigencia coactiva del Derecho es que a él hay que acudir necesariamente como al único medio posible para hacer que la sociedad se ajuste a su mira suprema.

Así como lo que legitima formalmente el concepto de la gravedad es el permitirnos reducir a una unidad y a una ley última la multiplicidad de los más variados fenómenos, lo que, análogamente, justifica de un modo absoluto la coacción jurídica, como característica de un cierto género de reglas sociales, es venir a ofrecernos la posibilidad de dirigir y encauzar la vida social en el sentido de una suprema mira.

No podemos reconocer como determinante un punto de vista armónico para *toda* vida social *posible*, pretendiendo ajustarnos a sus orientaciones, si dejamos a un lado, al mismo tiempo, una vida social cualquiera que *pueda darse* en el plano de lo *concreto*, es decir sustrayendo esta vida social concreta a aquella ley última *de alcance absoluto*.

Sólo la aplicación de la coacción jurídica es la que, en sí y de por sí, puede evitar esto. El Derecho es la única condición formal a la que cabe reducir *toda* vida social que sea posible dentro de la experiencia, dirigiéndola por los cauces que marca una