

## I. EL DILEMA DE LA CONDUCTA

1. *Cosas que están y cosas que no están bajo nuestro poder.* Era, entre los estoicos, una noción familiarísima la de dividir teóricamente los fenómenos en cosas que están y cosas que no están bajo nuestro poder. Así, en la recopilación de los discursos de Epicteto que debemos a Arriano (fl. 130), lo primero de que se trata es de discernir esta doble categoría, como asunto previo y necesario para poder situar al hombre en medio del universo ético, en medio de los caminos de la conducta. Según aquella filosofía —y podemos asegurar que el derecho romano, en cuya era vivimos, está profundamente impregnado de filosofía estoica—, según aquella doctrina, más inclinada a las orientaciones prácticas, a los problemas del valor moral de la vida que no a las lucubraciones abstractas sobre el ser o el conocer, la naturaleza aparece como dividida en dos partes: contiene una de ellas los fenómenos sustancialmente emancipados de la acción humana; aquellos cuyos efectos padece el hombre, pero cuya aparición no puede evitar; la segunda contiene todo lo que puede, originariamente, ser afectado por la intervención humana; ser, por ella, desviado o suspendido y aun definitivamente anulado; aquello que, por estar interpuesto en las líneas lógicas de nuestra actividad, no puede, de antemano, ser anunciado a través de las vías internas de la previsión. Y concluía el estoico: las cosas que están fuera del poder humano, el hombre tiene que padecerlas sin intentar libertarse de ellas, que sería inútil; las que caen bajo el humano poder debe reducirlas a la orientación de sus propósitos morales. Ante las primeras no hay problema ético; el problema ético sólo con las segundas aparece.

2. *Ilustración: cosas que están dentro y cosas que están fuera del comercio.* En el derecho civil clásico, el reflejo de la anterior doctrina

se traduce por la diferenciación de las cosas que están dentro del comercio y las que están fuera del comercio. Entiéndese aquí por comercio, en el sentido castizo del término, el trato humano, el campo de acción de nuestra actividad, y no solamente, como al pronto pudiera creerse, el campo de lo que puede ser valuado en dinero y cambiado por dinero.

El *delito intentado*. En el derecho penal mismo la concepción de los estoicos puede tener su aplicación; y las figuras teóricas del delito imperfecto —entre los cuales nos da nuestra ley la sutilísima distinción del delito intentado— dan ancho campo a la controversia de lo que está y lo que no está bajo el poder actual del delincuente.

3. *La idea de lo natural y lo artificial en la filosofía del derecho: digresión*. Si interrogamos al sentido común —este último yacimiento de las filosofías, suma de los detritos de todas ellas y forma, a la vez, la más simbólica y vacía de todo criticismo del mundo—, si lo interrogamos sobre la idea estoica de la división de las cosas, notaremos que ella corresponde, aproximadamente, a la noción ordinaria sobre lo natural y lo artificial. Entiéndese generalmente por lo primero lo que, si no sustancialmente emancipado de toda posible intervención humana, se halla, por lo menos, actualmente virgen de ella; entiéndese generalmente por lo segundo lo que ha recibido la marca de la utilización humana y queda, por eso, sujeto a la acción de la voluntad. De donde nace la confusión de concebir todo fenómeno en que el hombre interviene como un caso de artificialidad; de imaginar al hombre como perpetuo rebelde de la naturaleza, que la va domando y corrigiendo a su arbitrio. ¡Como si no fuera, el hombre mismo, uno de tantos agentes de energía natural!

Y siendo así que el hombre se espía sin cesar en el espejo de la conciencia, acaba por juzgar que sus intentos y realizaciones sobre el mundo nacen del dictado de la conciencia. ¡Como si la imagen del espejo fuera otra cosa que un fantasma virtual! Y como por la conciencia percibe sus errores y por los avisos de ellas los rectifica, piensa que la causa animadora, original, de su

acción reside en la conciencia. Y, descendiendo a las interpretaciones de su pasado social, cree adivinar un pacto, una deliberación espontánea, un convenio libre en la agrupación primera de los hombres; parecele verlos discutir y acatar a mayoría de votos las formas y modulaciones de habla primitiva, el primer culto y las primeras instituciones jurídicas.

Como frecuentemente, en el curso de este trabajo, se hablará del hombre y de la naturaleza cual si se tratara de dos órdenes irreductibles, quisimos dejar aclarado el concepto para que se entienda, que al hablar así, queremos hablar de los dos órdenes naturales que el hombre percibe: el externo y el humano, la naturaleza exterior y la humana; ambas, en el fondo, igualmente *naturales* y necesarias.

4. *El mundo teórico y el mundo práctico.* En todo caso, tales confusiones secundarias no enturbian la idea primitiva de los estoicos. Y de ella resulta que, en cuanto a la voluntad humana se refiere, la naturaleza se divide en dos órdenes: que en uno de ellos sólo podemos conocer, y que en el otro podemos obrar. Corresponde al primero la noción de lo teórico; al segundo, la noción de lo práctico. Schopenhauer llamaría al primero *el mundo de la representación*, al segundo lo llamaría *el mundo de la voluntad*. Unos, como Aristóteles, se inclinarán a considerar la razón práctica como una simple aplicación de la razón teórica; otros, como Kant y Fichte, tendrán a ésta por fuente de verdades nuevas y aun la sobrepondrán a la teórica. De lo primero vendrá la tendencia a dar por objetivo de la vida (sin apreciar su valor intrínseco) el descubrimiento de la verdad; de lo segundo, el darle por objetivo la felicidad y el éxito, aun trastornando, como el pragmatismo, la noción de verdad, y esto supone una apreciación optimista de la vida.

5. *Dualidad del mundo práctico: el dilema de la conducta.* Así, pues, en cuanto la voluntad se asoma al mundo, el mundo se le fracciona en dos: el mundo que le está vedado y el mundo que no le está vedado. Pero, todavía, si penetramos en el mundo práctico —que es el propio de la voluntad—, la bifurcación se sigue operando. En efecto: obrar es, esencialmente, escoger, porque las posibilida-

des de la conducta son múltiples, y nuestra historia individual, y aun nuestra personalidad misma, son, bajo su aspecto de voluntad, el resultado de una perpetua y renovada elección. Obrar es, siempre, optar entre el sí y el no de un dilema.

6. *Problema filosófico de la libertad.* Que nuestra elección sea o no libre entre los términos del dilema, o que sea determinada por una relación causal superior a que el hombre está subordinado, es asunto cuya discusión atañe a la filosofía, y a que aquí sólo de pasada nos referiremos. Los estoicos —puesto que de ellos hemos hablado— transforman el universo en un conjunto de causas que determinan, por completo, el destino del hombre; pero admiten que dependa de la decisión personal el reconocer el curso del universo y admitirlo en la íntima convicción, o bien el dejarse arrastrar por él a contra ánimo. Ahora bien: la posibilidad de esta decisión —que es el fondo de la moral estoica— es ya un principio de libertad.

¿Y no hay, en efecto, aun en la concepción más empírica del determinismo, que es la de nuestra época, gran diferencia según que el encadenamiento de las cosas obre sin que tengamos la menor consciencia de él, o según que lo comprendamos y acojamos en nuestra acción?... Lo que está predeterminado no es para el espíritu sino una posibilidad que no se realiza ni toma cuerpo más que por nuestra acción personal. La decisión humana no parece, pues, cosa del todo indiferente.<sup>1</sup>

Y la sola apreciación del dilema de la conducta es ya un modo de libertad. Podemos, figuradamente, decir que el hombre que se halla indeciso o indiferente ante los términos posibles de su acción está respirando la plena atmósfera de la libertad metafísica. Ciertamente, grande parte toca a la necesidad en el desarrollo de nuestra vida; pero no está demostrado que toda ella sea necesidad. La demostración de la libertad o el determinismo, dice Ostwald, supondría necesariamente que la ciencia estuviera completa y hubiera agotado sus problemas. En tanto, creemos,

---

<sup>1</sup> Eucken.

como Schelling, que el contraste entre lo libre y lo necesario es la fragua de la voluntad.

*El libre albedrío como hipótesis del derecho.* Sin embargo, no debe este problema, cualquiera que sea la solución que se adopte, preocupar nuestros ulteriores desarrollos. Bien puede adoptarse la opinión contraria, bien podemos creer que somos ludibrio perpetuo de un determinismo sin cuartel, y que los dioses (como decía Plauto) juegan con los hombres a la pelota. No importa: el derecho no presupone la libertad metafísica; la imputabilidad no la presupone: si fatalidad es el delito, fatalidad es el castigo. Si fatalidad es que la roca sin sostén se derrumbe, es también fatalidad que se parta de golpe contra el suelo. El estoico nos diría que está fuera de nuestro poder evitar que a la infracción sobrevenga una reacción, de cualquiera especie que sea; nos diría que no por ser fatal el delito perjudica menos. Y como prevenirse contra el perjuicio solo puede racionalmente hacerse previniéndose contra el instrumento del perjuicio, a la fuerza nos prevenimos contra el hombre —puesto que no hemos de luchar contra los destinos. Aun admitiendo el determinismo científico, el derecho se justificaría como una terapéutica social. El determinismo en las ciencias biológicas no ha impedido la formación de la medicina: la medicina misma forma parte del determinismo. Puesto que el derecho ha existido, el determinismo tolera que exista el derecho; porque, en la hipótesis del determinismo, todo lo sucedido es necesario. Ciertamente que el fatalista dice: todo está escrito y, pues todo está escrito, eliminaré del mundo mi voluntad; pero en cambio, el determinista piensa que, si todo está escrito, también lo está su intervención, y que ella, dentro del general determinismo, produce, necesariamente, una alteración en los datos de la experiencia. En todo caso, hay que convenir en que, cualquiera que sea la doctrina filosófica adoptada, nuestro sistema de responsabilidades se funda, como toda acción humana, en la hipótesis libre arbitrista. Pero nos da lo mismo considerar al criminal como un lamentable efecto necesario subordinado a causas ajenas a su albedrío, o como un dañino y consciente creador del mal que causa.

7. *Normas técnicas y normas éticas.* Colocados, pues, en el mundo práctico, en el mundo de la conducta, y generalizadores por esencia, establecemos reglas o normas para nuestra acción, que son el resultado de nuestro propósito y de nuestra experiencia. Normas que pueden ser técnicas o éticas. Las normas técnicas se refieren a los propósitos humanos particulares, aislados, fuera de toda relación. Hay tantas normas técnicas cuantos objetos distintos posee la actividad humana. Pero cada hombre no podría realizar todos los objetos posibles de la actividad humana específica, y como las realizaciones particulares pueden obstruirse entre sí y suponen, cada una por su parte, la decisión de un pequeño dilema de la conducta, la opción entre un sí y un no, entre una tesis y una antítesis, resulta que el hombre debe optar, definitivamente, por un grupo de actividades, dentro del conjunto de todas ellas, y que debe, en el grupo elegido, establecer ciertos elementos como principales y otros secundarios; pues que de otro modo no centralizaría la curva de su acción ni daría congruencia al conjunto de sus propósitos. (Y aquí, otra vez, por el contraste entre la actividad o propósito superior y los propósitos subordinados, aquella dualidad fenomenal que parece inherente al ejercicio de toda volición.)

Pero las normas técnicas no podrían indicarnos el valor relativo de los objetos particulares, ni, por consecuencia, darnos la apetecida ley de subordinación, como no puede la regla del carpintero servir para alinear los términos de una sorites o silogismo continuo. Y entonces vienen en nuestro auxilio las normas éticas. Las técnicas son como la materia o sustancia; las éticas, como la armonía o la forma, de donde les viene su mayor universalidad.

Vemos, pues, que la voluntad humana, orientándose por entre las dobles hileras de fenómenos, se va plegando para regirlos a dos órdenes diversos de disciplinas: las normas técnicas —verdaderas reglas artísticas; las que, resumiendo la experiencia humana, enseñan a conservar la salud, a construir un edificio, a pintar un cuadro— y las normas éticas, que relacionan y ordenan a las otras. Las primeras son facultativas: quien no quiere pintar un

cuadro no tiene para qué seguir las de la pintura; quien no quiera alzar una casa no ha de ajustarse a las de la arquitectura; ni es posible, técnicamente hablando, aun cuando éticamente pueda considerarse como un deber, imponer los consejos de la higiene al que, de caso pensado, se ha propuesto morir. Las segundas normas, las éticas, son obligatorias por naturaleza: determinan, de una vez, la situación del hombre en la existencia, en cuanto es éste una unidad de acción. Son obligatorias para él, porque la vida humana es el plano de una actividad racional, y la actividad racional se resuelve siempre en la subordinación de unos fines a otros. Son obligatorias a pesar de él, cuando el propósito social se las impone como superiores a su propósito individual. De las primeras viene el concepto del éxito, del acierto en sí; de las segundas, el del bien. Y como los intereses de la vida humana gravitan enredor de estos dos polos: el hombre y la sociedad, todo sistema de norma éticas determina, necesariamente, la relación entre ambos polos; los armoniza —nueva dualidad fenomenal— y, en casos de perturbación o fricción, establece el sentido de la superioridad, y somete a los rebeldes a ella por medio de la fuerza del Estado.

8. *Dos especies de normas éticas: las morales y las jurídicas.* Para no interrumpir el desarrollo de la exposición, penetremos en el seno mismo de las normas éticas: una nueva dualidad aparece, diferenciada por el grado de la sanción. Porque, en tanto que unas de estas normas no tienen más amparo que la opinión, y abandonan al infractor al castigo de la aversión pública y de la consecuente desgracia personal, las otras, amparadas por el poder del Estado, se resguardan con el aparato de las sanciones jurídicas y, en vez de abandonar al infractor a la pasividad de su suerte, desarrollan contra él un acto positivo de agresión. Las primeras son las normas morales: las segundas, las jurídicas. En efecto: admitimos que la norma jurídica pertenece al grupo de las normas éticas, que implica una subordinación de las normas técnicas, que se propone hacer posible la coexistencia de los propósitos humanos, o sea, la convivencia social.

9. *Problema de la diferenciación entre el derecho y la moral.* Entramos, ahora, a terreno resbaladizo: la diferenciación entre el contenido de las normas morales y el contenido de las normas jurídicas. Es cierto, la continuidad sustancial que la naturaleza parece ofrecernos por toda parte nos permite descubrir zonas de crepúsculo y zonas extremas, pero nunca líneas divisorias. *Natura nihil facit per saltum*. Y, desde luego, no hay noción más impregnada de carácter jurídico que la de delito, y delito —dice Garofalo— es toda violación a los sentimientos medios de piedad y de probidad; o, lo que es lo mismo: de los sentimientos morales. Luego, la noción más jurídica se define por su carácter moral.

Sin embargo, hay algo en que todos estamos acordes, y, para definirlo, pudiéramos decir, usando una expresión que Merkel emplea con propósito diferente, que entre la noción moral y la jurídica hay una diferencia de *plus-valor* de ésta sobre aquélla.

¿En qué consiste el *plus-valor*? Korkounov cree resolver el problema de manera hartamente elemental y esquemática. La moral, dice, cualquiera que sea la teoría que se acepte sobre su fundamento (ya sea un principio de utilidad, ya uno superior e independiente), se propone, siempre, fijar los conceptos de bien y de mal. Ya lo sabíamos nosotros: es un mero aspecto del sí y el no del dilema de la conducta. De manera que, para el autor del libro *Más allá del bien y del mal*, también existen el bien y el mal, sólo que los concibe a su modo; y su libro pudo haberse llamado, de una manera más exacta aunque menos brillante, “Más allá de lo que ciertas gentes entienden por el bien y el mal”. Pero volvamos a Korkounov:

El hombre aislado —dice—, fuera de la vida social, puede subordinar su conducta a reglas morales. Nada, en efecto, le impide establecer una armonía entre los diversos objetos que se propone, una vez que los ha apreciado para declarar su mérito relativo. El bien y el mal representan cierta gradación... Cuando varios propósitos se interceptan en su realización, siempre es posible (para el hombre aislado hipotético) determinar según una medida mo-



ral cuáles deben ser colocados en lo más alto de la escala y, por consecuencia, cuáles deben ser preferidos.

Y continúa, después de haber creído agotar así la descripción del fenómeno moral:

Pero la realidad no nos muestra a los hombres aislados e independientes unos de otros... toda nuestra actividad depende de nuestras relaciones con los hombres; sin esto, la realización de nuestros intereses sería imposible... Así, el hombre está obligado a obrar de acuerdo no sólo con sus personales intereses sino con los de los demás hombres, sin cuya sociedad no podría existir.

En cuanto el hombre se pone en contacto con sus semejantes, sus propios intereses chocan con los de éstos, y entonces

...la adopción de un criterio común, el establecimiento de la armonía requerida, de un orden determinado entre los diferentes intereses que chocan, se hace mucho más difícil. El interés ajeno contra el cual chocan los míos puede ser, para otro, equivalente a los míos. *El criterio moral, en este caso, no puede dar ninguna indicación para resolver el conflicto de los intereses. Las opiniones personales de un hombre no pueden ser obligatorias para otro...* Se deberá, pues, fijar cierta esfera en la cual cada uno de los intereses divergentes pueda realizarse libremente o, en otros términos: la realización simultánea de estos intereses, para ser libre, no puede reproducirse sino cuando su respectivo dominio se haya previamente circunscrito.

Las normas, concluye, que limitan el campo de acción de nuestros intereses particulares son las normas jurídicas. En resumen, “la moral provee el criterio para la apreciación de nuestros intereses (particulares), y el derecho declara los límites en los cuales deben encerrarse dichos intereses”.

O, en otras palabras: la moral es una noción solitaria: el derecho: una noción social.

He aquí, a mi entender, una explicación defectuosa y poco convincente por más que en el curso del libro su autor la corrija a fuerza de explicaciones incidentales. Según esto, el bien y el mal son opiniones personales que el hombre se forja en la soledad y que después, cuando se pone en contacto con sus semejantes, tiene que someter a un criterio superior —que es el derecho— para poder avenirlas con las opiniones personales de los demás hombres. Tal teoría reposa en una doble hipótesis que carece de solidez: 1a. En la existencia del hombre aislado; hipótesis que carece de valor científico desde el momento en que se la usa de un modo meramente simbólico y provisional, sino que se la quiere hacer producir hechos; 2a. Que el hombre aislado tiene noción moral del bien y del mal. Y tal hipótesis tampoco sería tolerable. Hemos llegado a términos en que ya el psicólogo podrá decir muy poco sobre el origen de ciertas nociones fundamentales, si no confronta constantemente, para hacerlo fecundo, el fenómeno individual con el fenómeno social. No: el concepto del bien y del mal no es un concepto de solitario. Paréceme, más bien, que si podemos aplicarlo a nuestra conducta aislada y particular (con la cual ya hacemos una concesión demasiado generosa, como es la de suponer que hay conducta moral aislada o no-social) es por una traslación o verdadera metáfora psicológica de una noción que tiene su arraigo en las realidades sociales, y sólo en ellas. El hombre aislado —admitámosle por un momento— podrá llegar a la noción de lo agradable y lo desagradable, de lo útil y lo dañoso, pero no más allá; pero no a los conceptos verdaderamente morales del bien y el mal; los cuales necesitan, para engendrarse, de la obra social. Tales conceptos son en su origen, precisamente, un desalojamiento de la conciencia del propio yo al yo ajeno; es decir: al otro individuo social: suponen un esfuerzo de descentralización o altruismo. Sólo en las narraciones dialéctico-fabulosas, como el *Autodidacto* o *Robinson metafísico* que escribió, en el siglo XII, el árabe Abén-Tofail, o en el *Criticón* del genial conceptista español Baltasar Gracián, encontramos al hombre solitario provisto del don inhumano de subir a los más altos grados morales

sin el contacto vivificador de las otras *realidades humanas* de sus semejantes.

Y siapuráramos la teoría que venimos discutiendo, tendríamos que convenir, por una parte, en que la noción jurídica supone el encuentro social (lo cual es cierto, desde luego); y, por otra, en que no existe la noción de bien social —lo cual ya no es cierto. Sin embargo, así lo declara Korkounov a la letra: “El criterio moral no puede en este caso dar la menor indicación para resolver el conflicto de los intereses”. Luego, no hay moral social, no hay bien social, sólo derecho social. Es decir (en el aspecto negativo de la cuestión), que todo lo que se juzga mal social debe tener sanción jurídica: ¡y ya sabemos que, por el contrario, los errores políticos, que son, en nuestras sociedades, la fuente por excelencia del mal social, no tienen necesariamente sanción jurídica, sino que suelen quedar reducidos al mero castigo de la opinión! Y eso que los errores políticos tienen mayor gravedad que los privados; porque, como dicen Funck Brentano y Sorel, el hombre descarriado puede no tener vida suficiente para recibir las consecuencias de todos sus vicios, pero en el Estado, que vive siempre, la consecuencia de un error tiene que llegar necesariamente. No podemos, pues, aceptar la doctrina de Korkounov, que es la de muchos. Él mismo acusa del defecto interno de su doctrina cuando dice, hablando del conflicto sociomoral: “Las opiniones personales de un hombre no pueden ser obligatorias para otro.” ¿Luego, la noción de la moral es mera opinión personal? Sí, en la absurda hipótesis del hombre solitario; no, en la realidad humana. Porque en la realidad, la moral, originariamente, viene más bien de una especie de opinión social, la cual, más tarde, y en virtud de aquella metáfora psicológica a que he aludido, se traslada a lo individual y se refracta en las opiniones morales personales. Y, desde luego, si se quiere, a bulto, descubrir la llaga de la discutida doctrina, baste considerar que, según ella, para poder diferenciar lo moral de lo jurídico hay que aceptar, por una parte, que lo moral es noción individual —y para aceptarlo hay que aceptar al *hombre natural* de las descaecidas filosofías del siglo

XVIII— y, por otra parte, hay que convenir en que lo jurídico es el pacto social, contrato social, por medio del cual los hombres, al encontrarse juntos, declaran los límites de sus actividades individuales. Y el pacto social, ya se sabe, sólo es admisible como hipótesis filosófica interpretativa, mas no como realidad histórica. El verdadero valor de la hipótesis del pacto social se revela cuando se le aplica como criterio de justicia; es decir, como decía Kant: una ley es perfectamente justa cuando, en la hipótesis del pacto social primitivo, los hombres la hubieran acatado por unánime consentimiento.

10. *Continuidad de los fenómenos moral y jurídico.* Otra es la diferenciación que se impone. Pero antes, para afirmar el terreno andado, recapitulemos: a) Para el ejercicio de la voluntad humana, las cosas parecen divididas en dos órdenes: cosas que están y cosas que no están bajo nuestro poder. b) Estos dos órdenes corresponden al orden práctico y al orden teórico del mundo. La voluntad se refiere al orden práctico. c) En el orden práctico, nuestra actividad se rige por normas; las normas se dividen en técnicas y éticas. d) Las normas éticas se dividen en morales y jurídicas. Es decir: que hemos procurado deducir el fenómeno jurídico desde su primera fuente espiritual, y sólo nos falta, para precisarlo, definir su situación ante la moral.

Una cosa debemos aceptar desde luego, y es que entre la moral y el derecho hay una íntima relación. En los siglos XVII y XVIII, sin embargo, el extremo individualismo llegó a negarlo. Thomasius (1713) pretendía distinguir ambos terrenos por el contraste entre lo afirmativo y lo negativo, y razonaba así: el derecho ordena: no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan; la moral ordena: haz contigo mismo lo que quieras que los demás hagan consigo mismos. Para Kant, la fórmula de la ley moral es: obra según una máxima de los fines que pueda ser tenida por cada cual como ley universal; y la fórmula del derecho: obra de manera que tu libertad pueda coexistir con la de los demás. La distinción entre uno y otro concepto traía la ventaja de impedir las intervenciones del Estado en el fuero interno de

los individuos. Pero trae, en cambio, la desventaja de hacer de la ley algo amoral: con tal de no estorbar la libertad de los demás —diría el derecho—, puedes obrar inmoralmemente. Y por eso Fichte, que comenzó pensando como Kant (1796), acabó reaccionando (1812).

Nosotros creemos, con Hegel, que el derecho y la moral son momentos sucesivos en el desarrollo dialéctico de la libertad. Creemos, con Jellineck, que el derecho es un mínimo ético indispensable para la existencia social. Creemos que la moral y el derecho son dos instantes, o mejor aún, dos fases de un mismo desarrollo, cuyo fin es la coexistencia social. En cuanto al criterio de lo *indispensable*, que determina el *mínimum* ético-jurídico, nos parece que es variable y relativo con los tiempos y con las sociedades: ahí está la historia humana para comprobarlo. El espartano lisiado entregaba a su esposa al esclavo fuerte para que diera hijos a la patria. En otro momento de la humanidad, el castigo será inminente para la adúltera, y en nuestro siglo no se la podrá castigar si no lo reclama el ofendido. He aquí diversos grados de sanción aplicables al mismo hecho. Y es porque el fenómeno ético, en su totalidad, está sometido a evoluciones, a desarrollos, a rectificaciones perennes, tanto en su aspecto moral como en su aspecto jurídico. Podemos imaginar que el contorno de lo ético vacila constantemente, trasladándose sobre la masa fenomenal, y que, dentro de él, los dos contornos circunscritos del derecho y de la moral vacilan a su vez.

II. *Examen de objeciones.* Examinemos las principales objeciones que se oponen a esta doctrina:

*Ia.*: si el concepto de lo ético se corrige y refunde constantemente, y dentro de él la moral y el derecho constantemente vacilan y se rectifican, ¿qué sentido, qué realidad, qué universalidad pueden tener la ética, la moral ni el derecho? ¿Lo que se corrige no acusa su error? Trátese, pues, de un perpetuo engaño de los hombres, de una tela de Penélope tejida de día y deshilada de noche.

Como desde luego se aprecia, no es ésta una verdadera objeción, puesto que no destruye la teoría que afirmamos: con sólo

aceptar, en efecto, que el derecho y la moral con otras tantas sandeces connaturales al género humano, podríamos seguir adelante afirmando que, de todos modos, son dos fases de un mismo fenómeno. Pero queremos dejar saneado el camino y, como de la teoría que venimos manteniendo podría inferirse el corolario que ahora pasamos a discutir, conviene que de una vez lo rechacemos. No: un concepto que se corrige no acusa su falsedad esencial. Como que puede ser, sencillamente, un concepto que se perfecciona. Platón diría que es un concepto que progresa y asciende aspirando a su arquetipo o paradigma ideal. Nosotros no necesitamos la hipótesis del arquetipo, ni mucho menos vamos a creer que hay un progreso necesario con la marcha de los tiempos, y que lo que hoy se llama moral es más exactamente moral que lo que ayer llamaron moral. No necesitamos argumentar, como Newman lo hace con el cristianismo, que la moral y el derecho son dogmas que se desenvuelven desde su germen a su futuro, pasando por ocasionales pero inevitables desviaciones. No: la realidad, la eficiencia de todas las doctrinas, de todos los hábitos morales y jurídicos que nos ofrece la historia, por opuestos que ellos aparezcan, y aunque en el campo de las contiendas veamos, como decía Chillingworth, “Papas contra Papas y Concilios contra Concilios”, no están en la forma transitoria que revisten, en el andar del tiempo, tales hábitos y doctrinas, sino en la aspiración interior que ellos nos descubren, en la verdad del anhelo de que son fugaces testimonios, anhelo, interrogación o esperanza que son la trama de nuestra vida y el fondo mismos de la historia humana.

*2a. objeción:* siendo así que el derecho contiene ciertas reglas que, precisamente, se proponen asegurar la libertad moral, el derecho no es la moral; que, de ser así, daría cánones morales en vez de tolerar la controversia.

*Respuesta:* cuando los legisladores fijan el derecho, lo hacen ateniéndose al saldo de las controversias morales contemporáneas, a los sentimientos de moral media; a las ideas, en fin, que han dejado de ser reyerta de escuelas para transformarse en vida

popular. Dentro de este limitado cuadro, escogen el mínimo indispensable para la coexistencia social, que es la *ultima ratio* del derecho. Mínimo indispensable que tiene que variar con los tiempos, puesto que con los tiempos varían las condiciones sociales, las capacidades de subsistencia y, con ello, el riesgo de las amenazas. Así, cuando un error moral, a fuerza de repetido, amenazara la subsistencia social, daría lugar a una prohibición jurídica. Y podemos, como ejemplo, suponer que, en Francia, mañana diera lugar a una prohibición jurídica el mantenerse en soltería para todo hombre de tal edad, de tal fortuna y de tales condiciones generales. A la inversa, el precepto jurídico se distiende y afloja, y vuelve al campo de la pura moral, cuando el legislador se convence de que la prohibición en él contenida se refiere a hechos cuya realización no dañaría la existencia social. Como ejemplo podemos imaginar que, en México, un nuevo código estableciera el divorcio absoluto, convencidos como lo estamos muchos de que esto no traería la ruina social.

Pero todo aquello que sale del mínimo moral indispensable es indiferente al derecho y, en ello, mal podría el derecho estorbar la controversia, cuando que es el derecho un simple auxiliar de la moral, un subordinado de la moral. Adonde el juez aún no ha resuelto la controversia, el amanuense no tiene sentencia que escribir. Adonde la moral no decide, sino que discute, el derecho no tiene precepto que fijar. Y el derecho, como un reconocimiento expreso de su papel subordinado, y para dejar plena libertad a la moral de que deriva, se obliga a respetar las controversias de ésta —que no le atañen—, atando las manos de los gobernantes irrespetuosos.

Además, las leyes se dictan de una vez para muchos años; y, como no se puede prever el movimiento moral que ha de producirse en un largo lapso de tiempo, se deja siempre margen a lo imprevisto. Así, toda controversia moral que, encarnada en hechos públicos, perturbara gravemente el orden o la existencia sociales, caería, bajo prohibición jurídica, dentro de la clase general de las perturbaciones graves al orden o las amenazas a la existencia social.

*3a. objeción:* gran parte el contenido del derecho es *amoral*, es decir: nada tiene que ver con la moral; ejemplo: las reglas del procedimiento en su mayor parte.

*Respuesta:* se ha dicho ya que la mayor fuente de los errores humanos está en la transgresión de los medios a los fines. El hombre se propone un fin; para alcanzarlo, busca un medio; siempre con la mira de su fin, estudia cuidadosamente su medio; lo pule y perfecciona; lo examina por todos lados, se encariña con él: al cabo descubre que, en fuerza de atender al medio, lo ha convertido en un fin por sí mismo; que se ha olvidado de su fin original, que ya no le importa el realizarlo, con tal de acabar el pulimiento teórico del medio. Así, podemos suponer (mero supuesto ilustrativo) que la moral, en su forma más elemental, es el arte de la felicidad. Su fin no está en sí misma, sino en la felicidad. Pero, al cabo, hipertrofiada, obstruye el camino de los propósitos humanos, y toma el carácter de fin en sí. Y entonces, el apóstol y sus convencidos se dedican al cultivo de su moral, aunque ello les cueste lágrimas y sangre, olvidados de que, originariamente, se habían propuesto vivir para la felicidad.

Así, también, consideremos que el derecho no es más que un medio para impedir la infracción de las normas morales elementales que cierta sociedad considera indispensables. Pero el medio crece, el órgano se desarrolla al ejercitarse, le brotan apéndices por todas partes, y busca un nuevo ejercicio para cada apéndice. Es como un enorme pólipo que derrama tentáculos por los intersticios de la masa social. Y entonces el derecho se vuela un fin en sí, cobra ánimos de independencia, se alimenta de sí propio: asistimos a la apoteosis del derecho por el derecho.

Junto a esta razón general, hay muchas circunstancias particulares que pueden explicarnos el amoralismo parcial del derecho. Una de ellas es la obra natural de los gobiernos que, como toda institución, tienden de suyo a persistir. Y como al gobierno se confía la superior vigilancia de la administración del derecho, el gobierno pugna por ir obteniendo del legislador preceptos que no tienen ya más propósito que la conservación del gobierno,



aun cuando puedan salirse de la moral. Ejemplo: el delito político puro.

Otra razón más: comenzada la hipertrofia del derecho, creada la profesión artificial del jurisconsulto, este órgano de la hipertrofia tiende a producir necesidades técnicas propias, y la sola existencia del jurisconsulto reacciona sobre la ley, intrincándola y complicándola al extremo. Que tales parasitismos del derecho pugnen contra su naturaleza, no hay ni que demostrarlo por evidente. La corruptela que introduce en la ley el supuesto de que hay intérpretes profesionales de ella es uno de los más grandes males de nuestras instituciones jurídicas. Por ello se complican los preceptos y las públicas administraciones; las leyes se multiplican, los trámites se fraccionan y subfraccionan con pantanosa fecundidad. Y, consecuentemente, cunde, ante la manipulación de los obstáculos, la correlativa morosidad para el logro de los derechos, que es una de las causas mayores en la decadencia de los pueblos. Tal morosidad invade a veces el cuerpo mismo de los profesionales de la ley; casi no hay ya cliente que no nos diga, al fiarnos su negocio, que dos o tres abogados lo han tenido en sus manos dos o tres años sin dar un paso. Tal complicación del derecho procesal, que a los mismos abogados hace perezosos, viene, en origen, de la institución de la abogacía —la cual se inclina a crear complicaciones técnicas, inútiles para la vida—. Problema es éste que debiera preocupar ya a los legisladores. Dorado Montero aseguraba que el legislador que suprima la abogacía prestará un servicio incalculable a su país.

Otra circunstancia, y es la que más explica la corrupción del derecho, su hipertrofia o amoralismo parcial, viene de que, siendo el derecho, en su raíz, un aspecto de la moral, cosa ideológica o meramente psíquica, significa, además, una derivación práctica de la moral; puesto que justamente se diferencia de ella en ser moral sometida a la sanción externa del poder público. Si así es, el ejercicio de esta sanción supone organización administrativa de tribunales, graduación de funcionarios, y reglamentación de las relaciones de éstos con el público. De donde nacen la admi-

nistración de justicia y el procedimiento judicial. Naturalmente que administración y procedimiento no se deducen, en sus minucias, de ningún criterio moral, sino de criterios empíricos de la acción, absolutamente ajenos a las superiores nociones del bien y del mal.

Todas estas fuerzas, obrando de consuno, determinan el amoralismo parcial del derecho. Corrupción que, prácticamente, es inevitable, pero que nada quita a la esencia del derecho. Creer, pues, que el derecho es amoral, es creer que el río es una corriente de arenas y musgos sólo porque los arrastra en su seno. El que, partidario de la doctrina de que el derecho es una cristalización práctica de la moral, se confunde al considerar que aparentemente nada tiene que ver con la moral la norma jurídica que dice: “Cumplido tal plazo no se aceptarán más pruebas en tal juicio”, podemos decir que se ahoga en un vaso de agua. Tal disposición del procedimiento deriva de la naturaleza empírica de toda acción material (y el derecho es acción material en cuanto mantiene funcionarios que deben abrir sus oficinas a cierta hora y despachar al público en términos especiales). Trátase de una corrupción impuesta al derecho por su contacto con los empirismos de la acción y, superiormente hablando, por la hipertrofia que viene de haberse convertido el derecho, a los ojos de la sociedad, en un fin en sí, cuando sólo es un medio para conservar la moral mínima. De manera que lo ideal sería, por ejemplo, que las pruebas pertinentes se percibieran en todo tiempo: el atraso de un tren nada quita a una buena causa. Pero, junto al ideal, hay la necesidad práctica de acabar algún día el despacho de los negocios. Y la fuerza del derecho padece ante la hipertrofia de su organismo.

Y, en general, si consideramos que el derecho positivo está, por naturaleza, atrasado con relación a la moral (¡puesto que las leyes duran tantos años en los pueblos!), entenderemos todas estas anormalidades prácticas, que en nada debieran perturbar la pureza de las nociones. Tenemos en México un Código Civil qui-

zá adecuado para su tiempo, pero que ya es fundamentalmente incompatible con las nociones y necesidades modernas.

Mucho se podría decir aquí de lo que dijeron los enemigos de la codificación, sobre que ella mata la vitalidad de las leyes y les impide el irse plegando a las necesidades actuales; que la ley, sombra de la costumbre, debe abandonarse a la plástica de la costumbre. La célebre controversia que brotó en Alemania, a principios de la pasada centuria, con la aparición del Código Civil francés, y que se ilustra con el grande nombre de Savigny, podría servir como un comentario de lo que sucede con todo cuerpo de derecho si se le compara con la moral del grupo a quien rige.

De todo lo cual inferimos que el derecho es una forma imperfecta de la moral. Y ya decía, en el siglo XVI, el filósofo valenciano Juan Luis Vives, recordando a Platón y a Isócrates, que donde los hombres han hecho del amor al bien y del odio al mal una segunda naturaleza no hacen falta las leyes para vivir recta y ordenadamente; y donde, por el contrario, tales hábitos faltan, las leyes no los suplen por muy perfectas y numerosas que sean.

Pero con lo dicho basta: quedamos en que el derecho y la moral son, en sustancia, un mismo fenómeno, aun cuando el funcionamiento o vida del derecho suponga un conjunto de normas meramente técnicas. Dentro de la moral hay un mínimo indispensable, y el hombre lo diferencia o destaca del núcleo por la gradación de sanción. Lo que en la moral es opinión se hace, en el derecho, prohibición. Quien dude aún sobre esta manera de entender el problema, considere la ruina a que el legislador nos conduciría si, por un momento, se olvidara de que es servidor de la moral.

## II. LA SANCIÓN Y LA CONFIANZA

1. *Recapitulación.* Expuesto ya, en los párrafos anteriores, nuestro concepto del derecho, prosigamos el análisis del funcionamiento

de la voluntad en el orden práctico del mundo. Decíamos que obrar es siempre escoger entre los dos términos de un dilema. Y decíamos también que lo característico de las normas técnicas es buscar el éxito de un objeto particular de la actividad, así como lo propio de las normas éticas es elegir, armonizar y subordinar los varios propósitos.

2. *Las normas técnicas, las leyes naturales y la confianza.* Las acciones humanas, por otra parte, como toda acción, atraen reacciones, que, en el mundo de la conducta, solemos llamar consecuencias. Y es justamente en vista de las consecuencias como los hombres resuelven el dilema de la conducta y optan por el sí o por el no. Pero ¿cómo es posible esta previsión de las consecuencias? La previsión de las consecuencias se funda en que las cosas suceden de cierto modo en determinadas circunstancias; es decir: en que hay uniformidades en los procesos naturales; o dicho de otra manera, en que hay leyes naturales. Y efectivamente, si examinamos el fondo de las normas técnicas, notaremos que todas se basan en el reconocimiento de alguna ley natural, de la ley natural. Las normas técnicas no expresan más que la relación entre ciertas acciones y ciertas reacciones; son una previsión hecha precepto y brotada de la experiencia. Son una fórmula de confianza. El hombre, en cada uno de sus propósitos particulares, se decide a obrar porque tiene confianza en la previsión de las consecuencias, y esta confianza se mantiene sobre el postulado de la ley natural. Tal elemento de confianza es absolutamente indispensable para que el hombre se resuelva a optar en el dilema de la conducta; es decir: para que se resuelva a obrar; es decir: para que admita vivir. Sin la confianza, el hombre no daría un paso sobre la tierra, temeroso de que ella le faltara bajo las plantas.

3. *Las normas éticas, la desconfianza, la sanción.* Si volvemos ahora la mirada a las normas éticas, notaremos que lo característico en ellas es referirse, no ya al orden de la naturaleza, sino a la conciencia que tenemos de los valores de las cosas, de su bondad o de su maldad espiritualmente concebidas. De seguro que nuestra conciencia de los valores se funda también, en último análisis, en

leyes de la naturaleza; pero nosotros no lo sentimos así. Porque toda ley de la naturaleza que usa como agente la conciencia humana se tiñe, real o aparentemente, de libertad. Nos parece que nuestra ley ética es un sistema de subordinaciones espirituales, brotado todo del fondo del alma, y que se asoma al mundo para realizarse en el orden externo, apoyado en las leyes naturales que las normas técnicas postulan. Pero, en todo caso, concebimos que nuestra ley ética pudiera ser de otro modo, pudiera cambiar con el tiempo; y creemos estar seguros, porque sentimos la voluntad libre, de que todos los hombres que nos rodean pueden alterar de un momento a otro —y siquiera temporalmente— su concepto ético del mundo, su conciencia de las subordinaciones. También concebimos la ley natural, que pudiera haber sido distinta, pero no creemos que cambiará: tenemos confianza en la continuidad de las uniformidades naturales. Luego, ante las normas éticas estamos como desconfiados, porque las tenemos por absolutamente libres. Luego, la necesidad de confianza aquí también se experimenta, ¡como que aquí también se ofrece el dilema de la conducta, la necesidad de escoger, la necesidad, pues, de prever las reacciones o consecuencias! Y si en cuanto la norma ética es mera moral no nos alarma su probable infracción, en cuanto se vuelve *moral mínima necesaria para la convivencia social*; es decir, en cuanto se vuelve norma jurídica necesitamos saber que no se infringirá. Pero la naturaleza nos dice que puede ser infringida, que en el mundo ético, para el hombre al menos, las reacciones no pueden preverse con la seguridad de la ley natural; que un hombre puede, por ejemplo, vengarse y otro no: que uno puede optar por el sí y otro por el no. Entonces, como una surgente natural, como un apremio de la necesidad de confianza, damos reacciones artificiales a las acciones que infringen la moral mínima necesaria, creamos la ley jurídica, e inventamos, para resguardarla, la sanción. Entonces habremos llegado al apetecido término de confianza. Entonces tendremos, por una parte, el mundo técnico resguardado por la ley natural y, por otra, el mundo ético resguardado por la ley jurídica.

4. *Explicación.* Expuesta así, a grandes rasgos, la teoría de la sanción, necesitamos acudir a la infinidad de problemas que ella suscita, para lo cual no encontramos forma mejor que el exponerla bajo diversas perspectivas. Cada explicación parcial recibirá luz del conjunto; cada una aislada será pálida e incompleta. Todas juntas, sin pretender agotar el cuadro de las comprobaciones, agotarán al menos el cuadro de las comprobaciones fundamentales: con buena voluntad lógica, cada quien podrá prolongar para sí las líneas derivadas.

5. *La ley natural y la ley jurídica.* Es frecuente, en los tratados de derecho, comenzar hablando de la ley natural para llegar al concepto de ley jurídica. Aun cuando generalmente haya sido un mero arrastre de homónimos al acercar ambas nociones, parecemos que nunca como hoy admiten ellas el verdadero conferimiento filosófico.

6. *Evoluciones del concepto de ley natural.* Recordemos un poco la historia de los conceptos. El término *ley natural* comenzó por aplicarse, no al mundo exterior, sino a la naturaleza humana. Leyes naturales, se decía, son las leyes de la acción humana que no están escritas en los cuerpos jurídicos, sino en el corazón de los hombres. De aquí a pensar que tales leyes son divinas no hay más que un paso. Y, efectivamente, Zeller nos dice que el concepto de leyes divinas condujo al concepto de leyes naturales. En la filosofía griega, la idea de ley natural (que no aparece en Aristóteles) ha debido introducirse posteriormente, a través de la astronomía y la medicina. Con los estoicos, para quienes la divinidad era como una razón interior del mundo, la ley natural comenzó ya a significar el orden mismo de las cosas. En Lucrecio, el término aparece usado como una descripción de un proceso regular de fenómenos, ligados por una necesidad interior. El concepto alcanza, en fin, su forma propia entre los modernos (tras de pasar por el sentido religioso y moral que le dio la Edad Media), en cuanto se aplica, sobre todo, al dominio de la naturaleza inorgánica. Mas la lucha por el concepto de ley entre los modernos, de que Eucken nos habla, se define precisamente por la ampliación

de éste al dominio de todas las ciencias y, especialmente, de las sociales. Y entonces aparece el problema de si la ley jurídica, fruto de la voluntad humana, es o no una ley social; es decir, una ley natural de la sociedad humana.

7. *Teorías sobre la formación del derecho.* El individualismo extremo, que cree que la ley, y el orden jurídico en general, son un producto de la reflexión humana, para nada tiene en cuenta la acción mecánica, sorda y profunda del medio natural —que tanto ponderó Montesquieu—. Los excesos de la escuela histórica, por el contrario, acaban por hacer de la formación del derecho un automatismo natural, y del legislador una máquina inconsciente que se limita a declarar las reglas jurídicas que el mundo le da ya hechas. Pero la verdad está en el término medio: porque si ciertamente la ley comienza por ser costumbre, por ser modalidad sociológica natural, no todas las costumbres ascienden a la categoría de leyes, sino que, a veces, se dictan leyes contra ciertas costumbres; junto al cultivo de la costumbre, hay la terapéutica de la costumbre. Lo que nos hace comprender que el legislador interroga el medio social, ausculta, ciertamente, el corazón del pueblo, pero no se limita a auxiliar las inclinaciones naturales dándoles el apoyo de la fuerza pública, sino que las corrige y conduce con un propósito eminentemente finalista, cuya finalidad sólo en la norma moral puede encontrarse, sólo en las normas éticas.

En todo caso, cualquiera que sea la solución que se adopte en este argumento, lo que por ahora buscamos no es describir el proceso legal de la formación del derecho, sino proponer una explicación teórica de su funcionamiento lógico en el ejercicio de la voluntad.

Para esto, nada mejor que descender a la psicología individual y preguntarnos qué sentimientos, qué hábitos mentales provocan en nosotros el reconocimiento de una uniformidad natural (ley de la naturaleza) y el reconocimiento de una uniformidad jurídica emanada del legislador.

8. *Últimas evoluciones y sentido pragmático de la ley natural.* Dicho esto, continuemos el análisis del concepto de ley natural. La idea

de causalidad, de relación íntima y necesaria de un antecedente a un consecuente —idea que dominaba ayer el sentido de ley natural—, combatida desde el tiempo de Hume, cede el puesto a la idea de una mera uniformidad lógica de sucesiones fenomenales. Ya la ley no se entiende como causa de los procesos naturales. La ley natural no es metafísicamente necesaria. Humildemente se reduce a ser un mero símbolo o significación verbal de ciertas armonías que el hombre descubre, empíricamente, en la naturaleza.

Pero aún faltaba un paso que dar: faltaba que la psicología hiciera cuerpo en la filosofía y le sirviera como de sustento y raíz. No bastaba el criticismo del conocimiento, era menester el psicologismo del conocimiento. El primero, que es como una previa higiene mental, nos hizo huir del orgulloso concepto de la causalidad: no, nada sabemos de la vida íntima del fenómeno, nos dijo. La ley no lo determina ni lo rige superiormente. Simplemente, el fenómeno acontece de determinada manera, y a eso llamamos ley natural. Así, el criticismo del conocimiento depura la percepción, la disgrega de todo elemento no percibido. Pero el psicologismo da un paso más: penetra en la sustancia psicológica de la percepción y trata de decir en qué consiste esa percepción. De manera que, merced a él, el concepto de la ley natural se resuelve en el concepto de la percepción psicológica que determina, en el individuo, una uniformidad exterior. Los psicólogos-filósofos contemporáneos estaban llamados a dar este último toque plástico a la idea de ley natural. William James adelanta su pragmatismo hasta soldar, en el nexo de la verdad psicológica, todas las explicaciones del mundo, por opuestas que sean, y la ley natural viene al fin a ser —según la admirable fórmula que nos da Mach— *una restricción que imponemos a nuestra espera de los fenómenos: ¡nada más!*

Y es verdad: mucho podrá discutirse aún sobre si hay o no hay, en la cosa en sí, una verdadera fuerza íntima de causalidad, si los fenómenos que se suceden son los unos hijos de los otros, o simplemente concomitantes, o si son apéndices o auxiliares; y



mucho, en cada proceso particular, podrá debatirse para averiguar si el sentido de la causalidad supuesta es de B a C o si es de C a B. En medio de la ruina de todas las filosofías, esta verdad permanecerá incólume, porque es inherente a la naturaleza humana: que, cualquiera que sea la razón externa de esas uniformidades a que llamamos leyes de la naturaleza, ellas repercutirán siempre, en la mente del espectador, bajo la forma de una restricción impuesta a la espera de las posibilidades externas.

9. *La ley jurídica.* Pues ¿qué otra cosa, si la miramos desde adentro del individuo, o sea psicológicamente, es la ley jurídica? Restringe ella nuestra espera de los fenómenos, porque crea, en el caos de las realidades sociales, ciertas uniformidades de la acción. Restringe ella —ya brote del seno étnico de la vida de un pueblo, ya sea la tiránica imposición de un déspota— nuestra espera de las posibilidades sociales, porque crea un mecanismo artificial de correspondencia entre la infracción y el castigo; y, todavía más, norma y limita los caminos de la conducta lícita, para que pueda ser socialmente eficaz y repose en la confianza del respeto común. Las leyes, acertadas o no, son restricciones. La libertad lógica consiste en la posibilidad de todas las elecciones, simultáneas o individuales, y aun en la posibilidad de abstención. La ley jurídica diferencia la masa común de estas posibilidades, las divide en zonas, y engendra una continuidad artificial entre los efectos de la acción humana.

El concepto de la prohibición se reduce, pues, en último análisis, al concepto de ley. Y la misma ley moral, de que la jurídica viene a ser un modo de cristalización, puede ser definida como una restricción positiva, como una restricción, no a nuestra espera, sino a nuestra intervención en los fenómenos. Pero lo que para mí es, considerado como ser activo, restricción positiva, viene a ser, considerado como espectador, una restricción negativa, una restricción —lo mismo que en la ley natural— a la espera de los fenómenos.

10. *Naturaleza espiritual de la confianza. La ciencia.* Si queremos investigar la razón interna de esta lucha por la confianza, in-

terroguemos los datos de nuestra vida espiritual. La conciencia misma tiende a transformarse en un sistema de confianzas. Ella exige, como punto existencial de partida, un centro orientador de confianza adonde reposar de sus exploraciones a través de lo desconocido y al cual ir refiriendo sus nuevas adquisiciones. Los psicólogos nos dicen, efectivamente, que en el progreso del conocimiento vamos siempre de lo conocido a lo desconocido. Nos desconcierta un nuevo pensamiento o una nueva percepción mientras no los atamos, siquiera sea artificialmente, al núcleo de nuestras percepciones familiares. Mientras no podemos prever o esperar el fenómeno, el fenómeno pertenece a la superstición o a la magia, pero no a la ciencia. La ley natural, la restricción a la espera de los fenómenos, nos lo hace científico. Mientras el salvaje no encuentra en su conciencia elementos para explicarse, siquiera sea equivocadamente, el movimiento del sol, el sol es un ser caprichoso y sobrenatural: hay que implorarlo, hay que invocarlo: no se le tiene aún confianza: hay que rogarle que amanezca todos los días: hay que atemorizarse, por la noche, ante la amenaza de su desaparición definitiva. El día en que la conciencia, funcionando por su propio impulso, tratando de avenir aquel raro ser al sistema de sus confianzas —que forman su fondo sustancial—, da al hombre elementos para explicarse el movimiento del sol, y le permite imaginarlo como subordinado a una necesidad superior e ineludible, ese día —aun cuando sea falsa la explicación— el sol deja de ser sagrado. Ya no hay que adorarle ni suplicarle que persista en volver al mundo. Se tiene confianza en que vendrá: ha nacido ya la restricción a la ESPERA de los fenómenos. Ha comenzado la ciencia. La ciencia no es, necesariamente, la verdad, porque sus explicaciones pueden ser falsas. La ciencia no es más que la confianza en la continuidad fenomenal. Creer que el sol gira en redor de la tierra, decimos hoy que es un error: no por eso deja de ser una explicación de carácter absolutamente científico.

11. *La vida social fundada en la confianza.* La vida social, por otra parte, se funda también en la confianza. Confianza que viene, al

mismo tiempo, de leyes naturales y de leyes jurídicas. En cuanto el hombre se siente gobernado por la naturaleza, se entrega a la confianza que las leyes naturales le inspiran: en cuanto se siente individuo social, ser libre, su confianza reposa, completamente, en la fuerza de las sanciones jurídicas. Quien no tiene confianza en ellas no desarrolla actos jurídicos. ¡Cuántos hombres hay que al saber, por ejemplo, que la única manera de pleitear sus derechos es la vía civil, prefieren renunciar a ellos, porque sólo les inspira confianza la vía penal!

12. *La sanción sólo tiene realidad moral.* La ley natural no puede ser violada. La sanción que la resguarda (para trasladar el término jurídico) es precisamente la ineficacia de la infracción intentada. ¿Cuál es, en cambio, el efecto de la violación ante la ley jurídica? Teóricamente hablando, la violación al precepto jurídico, que es violación a la moral mínima necesaria, tiene por reacción natural un enflaquecimiento de la vitalidad social. Si la sociedad abandonara pues a la reacción natural las acciones violatorias, el resultado sería su propio aniquilamiento. Para impedirlo, interpone, levanta, por decirlo así, en mitad del camino, una reacción artificial, que es la sanción jurídica —cuyo cuadro abarca desde la nulidad o la inasistencia jurídica del acto hasta la muerte del infractor—. Pero ¿cuál es la verdadera fuerza de esta reacción artificial?, ¿cuál es la verdadera fuerza de la sanción?, ¿impide ella que, en el fondo, suceda el enflaquecimiento de vitalidad social consiguiente a la violación? No por cierto: el daño hecho no es reparable. La indemnización no borra el daño recibido; las garantías violadas no se restablecen. Contra lo ya acontecido, decían los antiguos que ni los dioses tienen poder. La verdadera fuerza de la sanción es enteramente moral: es la fuerza del miedo. El hombre solo es verdadero dueño de su alma, y la sanción jurídica o reacción artificial, como hija suya, no podría residir sino en el alma, no podría encarnar en el cuerpo mismo de la naturaleza, como la ley de gravedad encarna en las masas. Resulta de aquí que, cuando el anhelo de la infracción es superior al miedo del castigo, la infracción sucede; que, cuando el que

desea el mal ignora el castigo, la infracción sucede; y, en fin, que cuando el que desea el mal cree poder burlar el castigo, la infracción sucede. Y todo porque la sanción jurídica no es una reacción natural; porque la naturaleza no exige que a toda infracción suceda un castigo jurídico, sino un debilitamiento del bien social. Así pues, la sanción es, para el actor normal, el elemento de confianza positiva en que sus actos determinarán tales consecuencias y estarán amparados por la aquiescencia social; para el que anhela la infracción, es la confianza negativa en la posibilidad del castigo. Como se ve, la sanción tiene mayor fuerza para el actor normal que para el anormal. Por donde se descubre el defecto fundamental de todo sistema de derecho. La naturaleza no es, decididamente, enemiga del mal al punto en que lo es el hombre.

13. *Dilucidación.* De lo anterior no resulta, sin embargo, que toda norma jurídica tiene sanción práctica, escrita en ley, amparada por la fuerza pública. Hay normas jurídicas imperfectas: son las que carecen de esta sanción. En principio, sin embargo, y puesto que la verdadera realidad de la sanción es una realidad moral, la sanción existe. La autoridad de la ley reside, sobre todo, en la convicción de que sus prescripciones son necesarias para la subsistencia social. El desarrollo lógico del derecho consistiría en proveer de sanción práctica a toda ley que acrece de ella. En el derecho internacional público, tipo de derecho imperfecto, son ejemplo de esto los constantes y numerosos esfuerzos que se hacen para determinar un estado de confianza mayor.

14. *Justificación lógica del derecho.* Así, pues, y según lo dicho en los párrafos primeros de este capítulo, ambas, la ley jurídica y la natural, determinan el estado psicológico de la confianza: son restricciones a lo posible; toda restricción a lo posible es una conquista de la previsión. Si la libertad disminuye, la fuerza de la previsión crece. Al crecer la previsión, crece el ánimo de obrar, aumenta la posibilidad de la vida. La sanción, pues, es la ley jurídica, que es lo que la hace eficaz y real, tiene por objeto igualar, para el mundo ético, la confianza que el hombre extrae de las leyes naturales. Quiere decir que justificamos el derecho por la

fuerza de la sanción; y quiere decir, también, que justificamos el derecho como una necesidad lógica de la acción.

15. *Justificación filosófica del derecho.* Aceptemos a priori que es bueno que el hombre exista, que el hombre debe vivir. Como base de todo sistema de consecuencias, habremos aceptado una norma ética. Es la ley de la naturaleza que el hombre sólo puede subsistir en sociedad. Luego, la sociedad debe existir. Pero es también de naturaleza que la sociedad no subsiste sin un conjunto de principios morales actualmente indispensables (actualmente: es decir, que pueden variar, para cada grupo social, con el tiempo y las circunstancias específicas de su existencia). Este mínimo moral es el derecho. Toda infracción al derecho estorba, pues, la existencia social y, consiguientemente, la existencia humana. Para impedir las, en lo posible, aparece la reacción moral llamada sanción jurídica. Es decir: que el sistema de sanciones y, en consecuencia, el derecho mismo, sólo se justifican sobre el postulado optimista de que es bueno que el hombre viva, de que el hombre debe vivir. Es verdad: el pesimismo carece de fuerza lógica para fundar sistema alguno de ética. En el fondo de las actividades humanas late, como postulado filosófico, la plena aceptación de la vida.

### III. FIGURAS DE LA SANCIÓN

1. *Figuras de la sanción.* Conocida la naturaleza de la sanción, conviene estudiar las figuras de la sanción. Entiendo por figuras de la sanción los principales agrupamientos lógicos de las sanciones usadas por el derecho positivo. Tal estudio, para ser completo, requeriría el estudio histórico, y aun el futuro de las sanciones posibles (que tendría que fundarse en apreciaciones personales rectificables): las que se usaron, las que se usan y las que no se usan ni usaron. Más modesto es nuestro propósito. Nos limitaremos al derecho positivo contemporáneo y, al hacerlo, aplicaremos el nombre de la sanción del modo más general e ideológico, sin preocuparnos de que en la lengua jurídica suela ser más restringido su empleo.

2. *Fórmula lógica de las leyes.* Antes es preciso recordar que toda norma jurídica es reducible al tipo lógico siguiente: una declaración del estado de derecho, y una sanción. Lo primero da el derecho declarativo; lo segundo, el de las sanciones. La declaración, a su vez, implica un supuesto o hipótesis y una orden; es decir: que a determinado cuadro de la acción humana (supuesto) se atribuyera, artificialmente, determinadas consecuencias, reacciones o efectos (orden). Por la hipótesis, las normas jurídicas pueden ser casuísticas o abstractas: más bien denotativas o más bien connotativas. Por la orden que ellas contienen, quería Modestino que se clasificaran en:

- Imperativas.
- Prohibitivas.
- Punitivas.
- Permisivas.

Mas nosotros consideramos que lo punitivo o sanción forma cuerpo con la ley lógica perfecta. En cuanto a las permisivas, claro es que no son sino una manera de limitar los contornos de la prohibición o la imperación. Así, pues, reducimos las leyes a dos tipos fundamentales: imperativas o positivas, y prohibitivas o negativas. Aquéllas ordenan una acción; éstas, una abstención. La sanción, que es como el doble fondo de toda ley, supone a su vez dos conceptos lógicos: en primer lugar, el supuesto de la infracción de la orden de la ley; en segundo lugar, la definición misma de la sanción.

3. *Clasificación de las sanciones por la naturaleza de la infracción.* Por otra parte, los actos humanos que caen bajo el dominio de la ley pueden ajustarse a ella o no ajustarse. Y, dado que las leyes pueden ajustarse a ella o no ajustarse. Y, dado que las leyes pueden ser prohibitivas o imperativas, el acto ilícito o ilegal puede serlo por hacer lo prohibido o por dejar de hacer lo mandado; es de-

cir, positivo o negativo. Ahora bien, como la sanción funciona en cuanto sobreviene la infracción, hallamos, ante todo, que las sanciones pueden clasificarse, según que la infracción sea positiva o negativa, en sanciones de prohibición y sanciones de imperación. Las primeras castigan una acción ilícita; las segundas, una abstención ilícita.

4. *Dos clases de sanciones de prohibición.* Analicemos el carácter de las sanciones de prohibición. Trátase de un acto que fue ejecutado contra la ley, de un acto que no debió ser. Ocurren dos modos de sanción: o bien se exige al actor la responsabilidad de su acto, o bien se conviene en estorbar, en impedir los efectos jurídicos del acto. La primera sanción es un verdadero castigo; la segunda es una sanción meramente lógica: ataca al acto, no al actor.

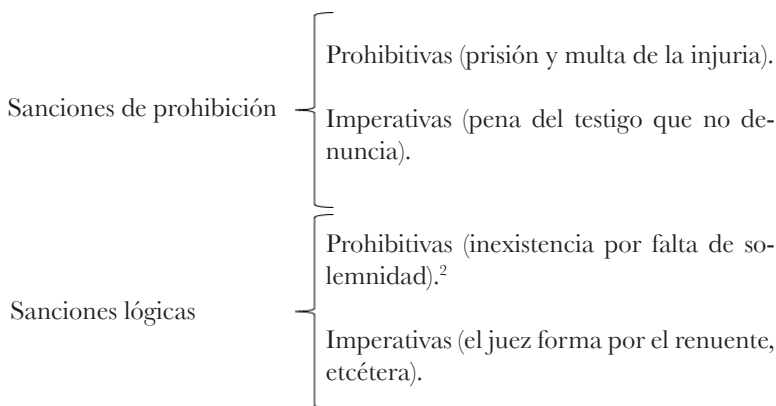
5. *Dos clases de sanciones de imperación.* Las sanciones de imperación atacan una abstención ilícita y tratan de evitar el daño producido por ella. Ocurren también dos procedimientos: o bien se exige responsabilidad al que dejó de hacer lo que debió, o bien se conviene en provocar los efectos jurídicos que la acción omitida hubiera causado. La primera sanción es un castigo; la segunda es una sanción lógica.

6. *Las sanciones según su naturaleza.*

Sanciones de prohibición	{	Sanción punitiva: prisiones y multas del delito de injuria. Sanción lógica: inexistencia de un contrato por falta de solemnidades.
Sanciones de imperación	{	Punitiva: pena al testigo de un delito que no lo denuncia o procura evitar. Lógica: el juez firma por el renuente, en ciertos casos, los contratos de escritura pública.

Del ligero examen del cuadro anterior, y atendiendo a los ejemplos propuestos, parece desprenderse que, si bien es útil la clasificación general de sanciones en prohibitivas e imperativas, de hecho ella queda subordinada a las de sanciones lógicas y sanciones punitivas, puesto que mientras aquella clasificación se rige por la naturaleza de la *orden* de la ley, ésta se rige por la naturaleza misma de la *definición* de la sanción.

Podemos, pues, proponer como más adecuada la inversión siguiente:



7. *Aplicación a las clasificaciones del derecho.* Ordenadas así las sanciones según su naturaleza, no podemos ya menos de sentir que estas dos naturalezas de sanción deben corresponder a dos maneras distintas del derecho. Aplicando, en efecto, el resultado de la discusión anterior al cuadro del derecho positivo, sentimos

---

<sup>2</sup> Se conviene hoy en llamar solemnes a ciertos contratos que no lo son en el sentido romano de la palabra. Para los romanos, la solemnidad era una fuerza espiritual que daba existencia y realidad al contrato: merced a la virtud, a la magia de ciertas palabras rituales, se consideraba creado el vínculo jurídico. Hoy no atribuimos virtud ni fuerza de gestación jurídica a las palabras. Llamamos, por traslación de concepto, solemnes a ciertos contratos importantes, cuya celebración la ley quiere que conste de determinada manera, para el efecto de crear una prueba preconstituida.



desde luego que nos encontramos ante el problema de la delimitación de los derechos penal y civil.

8. *Derecho penal y derecho civil.* Hemos llegado a un problema muy discutido. Las principales teorías que se han emitido para caracterizar el campo propio del derecho penal y el del civil pueden agruparse en tres:

1o. Los primeros atienden, para diferenciarlos, a la naturaleza del derecho violado. El delito penal —dice Merkel— representa un plusvalor sobre el delito civil; el delito penal, se dice generalmente, lesiona intereses de trascendencia social, en tanto que el civil lesiona intereses de importancia individual. Muy vago es este concepto de la trascendencia del delito, ante todo porque lo individual repercute en el orden social, así como lo propio de éste se prolonga siempre hasta el individuo, entra a su casa, lo afecta en lo suyo. Pero, aun desentendiéndonos de la vaguedad del concepto, damos con su falsedad si consideramos, por ejemplo, que hasta hoy nadie ha demostrado que importe más a la sociedad el robo de una manta que la liquidación civil de una gran casa de comercio.

2o. Las teorías del segundo grupo tratan de establecer la diferencia por la forma misma de la violación: cuando la posibilidad de defensa individual —dicen— es máxima, hay derecho civil; cuando mínima, la fuerza pública acude en auxilio del individuo, y entonces hay derecho penal. Pero, como dice Alimena, esta teoría tiene sólo un valor unilateral y, llevada a su última consecuencia, “demuestra la inexistencia del delito penal cuando se haya avisado a la víctima el peligro que corre y se le haya aconsejado no salir de casa”.

3o. Se pretende, en fin, diferenciar lo ilícito penal y lo ilícito civil por el ánimo del infractor; y se asegura, entonces, que la ofensa es civil cuando ambas partes tratan de actuar el derecho que creen tener en su favor; y, sin negar la tutela jurídica, cada una se opone a la otra, pero ambas desean que impere la verdad. Hay delito, en cambio, dicen, cuando hay dolo. La diferenciación es por demás pueril: hay quien va al juicio civil a sabiendas de su

poco o ningún derecho, por ver si en los enredijos de la notificación, de la razón de publicación o del término improrrogable, la verdad se ofusca y triunfa la verdad artificial del procedimiento.

Y es que el derecho penal y el civil son, en esencia, la misma cosa, y su diferente grado de sanción procede de razones históricas y políticas. Muy semejante es este caso al de la diferenciación del derecho y de la moral. Lo que ayer era relación penal, hoy lo es civil; y, si cierta infracción civil se repitiera hasta hacerse alarmante para la convivencia social, el legislador la diferenciaría de nuevo, arrancándola del grupo civil por una sanción más intensa.

9. *Diferenciación de ambos derechos por la naturaleza de la sanción.* Sin embargo, me parece que si algún criterio se acerca a la verdad, por lo menos en la diferenciación teórica o ideológica de ambos derechos (no en la formación positiva de los códigos), es el de considerar que el derecho civil se caracteriza por las sanciones lógicas, y el penal por las punitivas. Las primeras atacan el acto, provocando consecuencias de una acción no verificada o anulando las consecuencias de una que no debió verificarse. Las segundas, tanto en el caso positivo como en el negativo (acción ilícita o abstención ilícita), atacan al sujeto del derecho, al hombre.

*Observaciones.* Debemos entender, sin embargo, que ambas atacan, en último análisis, al hombre, sólo que las punitivas directamente y las lógicas indirectamente. Entre las lógicas o esencialmente civiles tenemos la nulidad, la anulabilidad, la pérdida de derechos, etcétera. Entre las punitivas, las multas, las prisiones y la pena capital.

Decimos que las primeras atacan directamente al acto e indirectamente al actor. Hay, sin embargo, anomalías en la relación subjetiva del actor al acto que merecen seria discusión. ¿Cómo justificar, por ejemplo, que la nulidad provocada por falta de notificación en un juicio perjudique a una de las partes y no al juez, que es el supremo vigilante del procedimiento? ¿No es, acaso, el tribunal el que, por esencia, debe no ignorar el derecho? Nos parece que la justicia pide la responsabilidad del juez para ante las partes en todos los casos de lesión del procedimiento. De no

aceptar esto, lo más equitativo sería borrar las reglas procesales. ¡Qué gran remedio para las triquiñuelas y trampas que corrompen nuestra vida jurídica, si se exigiera al juez la responsabilidad, en forma de multa, por ejemplo, ante cada descuido del procedimiento, y si esa multa, se pagara, no al perjudicado por el descuido (porque entonces subsistiría, entre las partes, el interés de la triquiñuela), sino a ambos litigantes por mitad! Sí, ya se sabe: el juez no puede constituirse en abogado, ¡ni sería necesario que se constituyera! Lo sustantivo del derecho está en los valores jurídicos, valores que las partes alegarían por su cuenta y según su ciencia o su sentido común. En cambio, lo adjetivo del derecho, lo procesal, quedaría enteramente bajo la tutela del juez. El día en que el procedimiento fuera directa y constantemente vigilado por él, los asuntos se ganarían por justicia y se perderían por injusticia, mas nunca en vista de la infatuada razón de publicación ni del cómputo mezquino de los instantes. Ese día, el derecho evolucionaría hacia la simplificación procesal; ese día los abogados comenzarían a hacer menos falta. Y esto no sólo es doctrina jurídica o social, sino ideal verdadero de todo hombre bien intencionado. Adelante.

10. *La sanción según la persona.* Aún caben otras clasificaciones de la sanción, pero ya no en vista de su naturaleza, sino de circunstancias ajenas a ella. Así, por ejemplo, si examináramos la sanción atendiendo a la persona que, de hecho, queda garantizada por ella, pudiéramos tropezar con la clasificación tan traída y llevada de derecho público y derecho privado. A pesar de que esta clasificación de la sanción por la persona garantizada no sería importante para el estudio de la sanción misma, quizá lo sería para purificar el concepto de derecho público y privado.

*Derecho público y privado.* Tal concepto, que surge del predominio del interés inmediato, ya del individuo sobre el Estado, o ya de éste sobre el individuo —fundidos ambos en un indiscernible proceso de continuidad—, es, a menudo, entendido de un modo inexacto. Sería necesario, cuando en los cursos se exponen las clasificaciones del derecho, hacer entender, para evitar constan-

tes errores, que no todos los criterios de clasificaciones se avienen y se corresponden. No: el derecho privado no debe significar el conjunto de tales ramas del derecho positivo, ni el público el conjunto de tales otras. La división de lo público y lo privado puede afectar a cada una de esas ramas interiormente. En el derecho administrativo, por ejemplo, hay, a veces, manifestaciones de derecho público y, a veces, de derecho privado. En el derecho penal, un simple robo pertenece al privado; la traición a la patria, al público.

*Derecho del Estado y derecho del individuo.* La noción del derecho público y privado puede reducirse a la del derecho del Estado y derecho del individuo. Estos dos términos se funden, a su vez, en el derecho constitucional. Éste, en efecto, nos enseña que el Estado es, ante todo, una declaración de voluntad (poder constitucional, primero, y luego Poder Legislativo); en seguida, una ejecución de la voluntad (Poder Ejecutivo y Poder Judicial, según que haya o no conflicto).<sup>3</sup> Pero el Estado así constituido necesita definir la calidad individual, puesto que él mismo es suma de individuos; y de esta definición nace, ante todo, el concepto de los derechos del hombre, y, después, el concepto de nacionalidad y ciudadanía, cuya última derivación es el concepto de capacidad jurídica en el derecho privado. Por donde el derecho constitucional es como un Jano cuyas caras miraran, la una al Estado en toda su abstracción —y de aquí deriva el derecho del Estado—; la otra al individuo en lo más individual y concreto —y de aquí deriva el derecho del individuo.

La anterior digresión puede servir como ejemplo de lo fecundo que sería estudiar el derecho, no desde el punto de vista de las declaraciones, como generalmente se hace, sino desde el punto de vista de las sanciones. En los límites de este trabajo no cabría continuar los desarrollos apenas esbozados. Es materia ésta que

---

<sup>3</sup> Conviene notar que usamos la palabra “poder”, no en el sentido de cuerpo de funcionarios, sino en el de función. En este sentido, bien pudiera admitirse la existencia de muchos poderes más.

no vacilo en recomendar a la meditación de los que se consagran a la literatura jurídica.

Lo dicho basta para sugerir los posibles alcances del estudio de las figuras de la sanción.

#### IV. FICCIONES DE LA CONFIANZA

1. *Ficciones de necesidad y ficciones de posibilidad.* La necesidad de uniformar el sistema de acciones y de reacciones jurídicas suele ser tan imperiosa, que no se limita a crear mecanismos artificiales, aunque fundados en posibilidades reales, sino que a veces superando la realidad, crea verdaderas ficciones o supuestos, sobre los que hace descansar capítulos enteros del derecho. Evidentemente que ciertos principios de derecho, con no ser naturalmente necesarios, tampoco son irreales: una vez que se ha convenido en que pasado cierto plazo no se recibirán pruebas en un juicio, aunque esto no sea naturalmente necesario, se hace necesario por convención y, en todo caso, no es absurdo. Las ficciones por las cuales se atribuyen determinados efectos jurídicos a determinadas circunstancias formales pueden ser falsas en el sentido de que de dichas circunstancias no resultan de por sí los efectos atribuidos por la ley; mas tal relación artificial de secuencia del hombre la hace real sujetándose a ella, conviniendo en ella por medio de sus leyes, y refrendándola por medio de sus actos sociales, acatándola. Está en su posibilidad hacerlo: se trata de una ficción de necesidad, no de una ficción de posibilidad: la concatenación de acciones y reacciones que la ley ha establecido no es en estos casos necesaria, pero es siempre posible por el consentimiento humano. Por permitirnoslo así las anteriores dilucidaciones podemos llamar ficciones de la confianza a estas ficciones.

Hay, en cambio, otro género de ficciones, las ficciones de posibilidad, en que el legislador da por supuesta una relación de acciones y reacciones que no sólo es naturalmente necesaria, sino que es imposible, aun a pesar del consentimiento humano.

Como se fundan también en la necesidad de confianza, las podemos también llamar ficciones de la confianza; pero sin que esto quiera decir que las consideramos como indispensables para el sistema de confianzas que persigue el derecho. No: ellas resultan de algún error fundamental que, una vez aceptado, engendra la necesidad de aceptar nuevos errores.

Las que llamamos ficciones de necesidad son, por excelencia, los principios técnicos del derecho, sus reglas artísticas, sus modos funcionales establecidos, y todos ellos se resuelven en esta fórmula lógica: atribución artificialmente necesaria, pero naturalmente posible, de ciertos efectos a ciertas causas. Las ficciones de posibilidad son, más bien, los errores de nuestros sistemas de derecho, y responden a este tipo lógico: atribución artificialmente necesaria, pero naturalmente imposible, de ciertos efectos a ciertas causas. Ambas, sin embargo, son el resultado de la hipertrofia de toda actividad que se dialectiza; pero las segundas son las más funestas. Efectivamente: consideremos que las uniformidades jurídicas están garantizadas por la sanción; que las ficciones de la confianza están, pues, mantenidas por la sanción ¡y recordemos que, originalmente, el objeto de la sanción es mantener la inviolabilidad de un mínimo indispensable de normas éticas! De aquella necesidad superior e indiscutible, la sanción, pues, ha degenerado y ha venido, en la práctica, a garantizar ficciones de necesidad, o sea, continuidades convencionales de acciones y reacciones, que son meras hipertrofias técnicas del derecho; pero que nada tienen ya de necesario; y, lo que es peor, ha venido a garantizar, con las ficciones de posibilidad, el mantenimiento de supuestos de todo punto absurdos. Ellos son como la injusticia interior de nuestros sistemas de derecho.

2. *Dos especies de ficciones de necesidad: las técnicas y las éticas.* Pero hay aún otra especie de ficciones de necesidad, además de las técnicas o amorales a que acabamos de referirnos, y son las ficciones éticas. Es cierto: el derecho comienza, ya lo sabemos, por tratar de producir en el mundo práctico una subordinación y armonía de propósitos que permitan la convivencia

social. Ahora bien: la naturaleza exterior nos da los propósitos y nos impone, para realizarlos, las normas técnicas; pero nada nos dice respecto a la subordinación de propósitos y orientación de la voluntad —que es el verdadero problema ético—. Para reducir el mundo social a las subordinaciones éticas indispensables, no lo abandonamos, pues, a sus naturales evoluciones, sino que le imponemos uniformidades, restricciones, continuidades o leyes artificiales; le imponemos relaciones ficticias (ficticias porque no las da la naturaleza exterior, sino que brotan de nuestro sistema moral) entre ciertas acciones y ciertas reacciones: éstas son las ficciones éticas, y el garantizarlas o hacerlas artificialmente necesarias para el hombre es el papel fundamental y propio de la sanción. Las normas éticas, en efecto, son, desde el punto de vista de la naturaleza externa, ficciones: justamente porque es naturalmente posible desobedecerlas, y porque ellas son necesarias para la existencia humana, es por lo que se las apoya en la sanción.

3. *Las ficciones y el funcionamiento de la sanción.* En resumen, tenemos que, en el derecho positivo, la sanción garantiza tres órdenes de ficciones:

- 1o. Las ficciones éticas.
- 2o. Las ficciones técnicas.
- 3o. Las ficciones imposibles.

En el primer caso, la sanción garantiza sus objetos propios: nació para eso: está en el centro de su misión.

En el segundo, garantiza supuestos que, sin ser esenciales en el derecho teórico, son, quizá, inseparables del aspecto práctico de todo derecho: en ellos comienza la hipertrofia o amoralismo parcial del derecho. En el tercer caso, la sanción se aplica, con manifiesto error, a supuestos cuyo mantenimiento es irrealizable, aun a pesar de la sanción misma. Es decir: que aquí la hipertrofia ha producido todos sus males. Que aquí la sanción misma se ha hipertrofiado, y rebasa el borde de la realidad: que aquí la sanción es injusta.

En los tres casos la tendencia de la sanción consiste en dar necesidad a lo que no es naturalmente necesario; en hacer continuo y uniforme lo que no lo es: en dar confianza en lo que no la inspira naturalmente: en hacer posible la previsión —que es hacer posible la acción—, que es hacer posible la vida.

4. *Ficción ética: derechos y deberes.* Toda la ética social reposa sobre el postulado de que cada cual es libre de obrar en tanto que no estorbe la libertad de otro. Que cada cual tiene el derecho a su libertad y el deber de respetar la de los demás. Su derecho a la libertad es, a su vez, un deber de respeto para los demás. Los derechos y los deberes son correlativos: a cada derecho corresponde un deber, y viceversa. Pero este supuesto ético no es una necesidad natural, desde el instante en que el individuo puede estorbar los derechos de los demás, imponerse a ellos y usarlos como medios para sus propósitos personales. Esta irrupción en el campo del derecho ajeno, que es el tipo general de la violación jurídica, sería la negación de la convivencia social —que es un sistema de equilibrio entre los individuos—. Para mantener, pues, este supuesto necesario o supuesto ético aparece la sanción. Los ejemplos de estas ficciones éticas se encuentran en el capítulo que nuestra Constitución llama derechos del hombre (libertad de locomoción, etcétera).

5. *Ejemplo de una ficción técnica: la fe pública.* No sería posible recorrer todo el derecho, por eso no es posible agotar todos los ejemplos de las ficciones técnicas. Para hacer comprender su carácter basta un ejemplo. Una de las más directas y transparentes derivaciones de la confianza que ordena, superiormente, el mundo social, es la necesidad de atribuir por ficción o fingimiento veracidad absoluta a ciertos funcionarios. El principio de la fe pública establece: todo funcionario dice verdad en cuanto declara sobre los hechos particulares que dependen de su función. Como la sentencia en un juicio es una declaración de este género, el principio de que la cosa juzgada es la verdad legal puede reducirse al principio de la fe pública, aunque, como ya se sabe, se admiten atenuaciones (recursos contra la sentencia) en los términos que establece el procedimiento. Lo que tiene valor de fe pública



tiene, en la teoría de las probaciones, valor de prueba plena. La prueba plena puede, pues, en alguno de sus aspectos, reducirse también al principio de la fe pública —pero ya se entiende que no todas las pruebas plenas son de esta especie; ejemplo: la confesión—. Sin embargo, la confesión merece, en las ficciones del derecho, absoluta fe cuando perjudica al confesor. Y en este aspecto de la cuestión, según el cual dice la verdad todo el que declara en contra de sí mismo, se percibe claramente lo ficcioso y artificial del principio.

Otro ejemplo de este género de ficciones, que me bastará ofrecer a la meditación sin necesidad de desarrollarlo (así me lo impone la brevedad de la tesis), es el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí.

6. *Ficción imposible: nemini licet ignorare jus; nemo jus ignorare censetur; ignoratia legis neminem excusat.* Es tipo de ficción imposible la que supone en todos los individuos el pleno conocimiento de la ley: no es lícito ignorar la ley; a nadie aprovecha ni puede servir de excusa ignorar la ley. ¡Como si los mismos profesionales del derecho pudieran gloriarse de tanto! Funestísima ficción es ésta, sobre todo si se considera la hipertrofia técnica creada en el derecho por la abogacía. Bentham quería que las leyes no se escribieran bajo el tipo de preceptos secos, sino acompañados del comentario científico que las informa, para que a todo el mundo fueran comprensibles siquiera. En cambio, nuestras leyes presuponen ya la existencia del jurisconsulto y del abogado, del intérprete profesional. Y si aun este intérprete oficial es humanamente imposible que las abarque todas y las haya asimilado al punto de poder ajustar a ellas todos sus actos, ¡cómo se ha de pedir tan imposible prodigio al último gañán de la sierra! Es inútil: no se vive conforme a reglas, sino conforme a costumbres. ¡Desdichado pueblo aquel que tuviera que consultar el código para cada grito de alegría o de dolor! Y eso, suponiendo que todo el pueblo supiera leer. Más sabias eran las Leyes de Partidas, que eximían de conocer la ley, en determinadas circunstancias, a los militares que andan en la guerra, a los aldeanos labradores y que viven en despoblado, a los pastores. El pobre pastor es responsable de no

haber sabido leer un enredijado precepto que se fijó en carteles por las esquinas de una ciudad que visita de mes en mes; pero el señor magistrado, que tiene la fe pública, y cuyas sentencias, si no se las recurre a tiempo, son *verdades a la fuerza*, verdades con apoyo de reja, máuser y palo de gendarme, puede darse el lujo de descuidar su juzgado, de dejar que el actuario vaya a paseo en vez de ir a notificar los autos; de invalidar, por su abandono, un procedimiento, de arruinar a un hombre por eso, sin merecer la menor reprimenda. ¡Absurdo sistema de ficciones el nuestro!

Se dirá que la ficción de que nadie ignora la ley es impuesta por la necesidad del régimen de derecho en las sociedades. Y bien, no: debemos el afrancesamiento excesivo de los estudios jurídicos al olvido de nuestras verdaderas tradiciones españolas, que se acercan al tipo sajón por el respeto con que miran la verdadera vida popular, la costumbre. El día en que, vueltos a la costumbre, fundamos de nuevo en uno solo el concepto de legislador y legislado, el día en que no seamos liberales a medias, y en que, aceptada la noción de la soberanía popular, convengamos, como es de sentido humano, en que la vida, en que la vida vale contra la ley, en que la costumbre lícita es ley, en que sólo es ley la refrendada por la vida social, en que el pueblo no abandona definitivamente su soberanía en el legislador, este día no necesitaremos tan absurdos supuestos, porque cada precepto jurídico que brote de la costumbre y voluntad sociales no requerirá pregón que lo publique, ni ciencia que lo comente, ni jurisconsulto con ínfulas que pedantee de saberlo: el precepto será una manera de la vida. Y es así como debiéramos entender el derecho.

En tan trascendental cuestión yo no me aventuro sin andaderas: recurro a la grande autoridad de Joaquín Costa, y resumo aquí sus conclusiones: “Supuesto un estado legal como el nuestro —dice—, el principio *nemini licet ignorare jus*, con sus derivaciones, es incompatible con toda otra ocupación o profesión social que no sea la del derecho: incompatible, por tanto, con la vida”.

Hay un sinnúmero de manifestaciones del derecho en que el individuo aparece como legislador de sus propios actos, sobre los

cuales todo un sistema jurídico pudiera fundarse sin la necesidad del *nemini jus ignorare licet*: derechos individuales como la libertad de elegir profesión o domicilio, de opinar y de pedir; derecho de pactar con la fuerza de la ley, ya que es, en principio, la voluntad la ley de los contratos y que, como dice Dalloz, la ley pública es un suplemento del contrato y sólo rige cuando las partes no la han derogado expresamente; derecho de libre testamentifacción; derecho de renunciar la ley que nos beneficia; derecho de transigir, comprometer en árbitros, etcétera.

Que las leyes se dictan siempre *ad referendum*, esta doctrina de Costa que hoy nos parece tan revolucionaria existió ya entre los juristas y teólogos españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII. De hecho, cuando una ley es del todo contraria a la costumbre, cuando en el pueblo, por ejemplo, que apenas sabe leer y escribir y que nunca ha ejercido el derecho del voto, se dicta una ley de elecciones que impone a los vecinos la tarea de levantar actas a mañana y tarde, que establece mil y mil distingos sobre el requisito de vecindad, y sanciona con multas los posibles y probables errores, y una de dos: o el pueblo no vota, o los errores acontecen y se tienen que perdonar. Por eso dice Giner de los Ríos, que “no es la ley sino una como proposición que los poderes presentan a la sociedad, y cuya fuerza depende de que ésta la acepte o no”.

Pero tan grave asunto requeriría un libro. Quiero solamente insistir, a punto ya de terminar, sobre las nuevas perspectivas que puede descubrir el estudio de las ficciones del derecho: considérese solamente a lo que se puede llegar una vez que se haya convenido en que la base fundamental de la teoría clásica de las obligaciones no es otra que la ficción en virtud de la cual se supone que la voluntad humana es invariable. Mas no sería lícito emprender investigaciones que amenazan conducir a la negación de toda verdad jurídica sin larga experiencia y mayor estudio.

*México, julio de 1913*