

# LIBRO PRIMERO

## EL CONCEPTO DEL DERECHO

### SECCIÓN PRIMERA

#### DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO

##### I.—Intentos no críticos.

##### 19.—PROCEDIMIENTO DESCRIPTIVO.

Para determinar *conceptualmente* qué es «Derecho» no basta intentar describir mediante rasgos externos aquellas reglas que de un modo vago se califican de «jurídicas» (1). Para esto, sería necesario que existiese antes una especie de acuerdo sobre lo que como «jurídico» se tratase de describir (2). Y precisamente esto es lo que se trata de saber: cuándo una aspiración cae dentro del campo del Derecho o pertenece a otra categoría cualquiera de la voluntad, y para ello necesitamos definir y deslindar de una manera precisa y razonada *el concepto del Derecho*, cosa que no podemos lograr por el camino de una descripción aproximativa (3).

(1) WUNDT, *op. cit.* (§ 9 n. 3), pgs. 24 ss.).

(2) Cfr. *infra* § 109.

(3) Manuales y comentarios intentan muchas veces dar una definición provisional *del Derecho*, sin que se vea claramente a qué método se puede acudir para demostrarla. Esto no es nada nuevo, pues ya se procede así en el primer pasaje que el Digesto recoge (D. 1. 1. 1. *pr.*), pero en la doctrina moderna responde, sin duda, a las influencias del empirismo (v. § 18), que se manifiestan hasta en aquellos estudios que se proponen precisamente, según sus manifestaciones, dilucidar el concepto mismo del Derecho. Un resumen bibliogr. v. en GLÜCK, *Erläuterungen der Pandekten* (2.<sup>a</sup> ed., 1797), I, pgs. 2 ss. WINDSCHEID, § 37. GAREIS, *Rechtssynklopädie* (5.<sup>a</sup> ed., 1921); § 5.—Obras características de esta corriente doctrinal a que nos referimos son las siguientes: WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813. KIERULFF,

## 20.—COMPRESIÓN INMEDIATA DEL CONCEPTO DEL DERECHO.

Ni cabe tampoco esperar que la noción *del Derecho* se pueda obtener «de un modo inmediato», acaso porque las dotes naturales de nuestro espíritu la hagan brotar necesariamente. Esta hipótesis no saca a nuestros conocimientos de su vaguedad y confusión en materia jurídica (1).

*Theorie des gemeinen Zivilrechts*, 1839, pgs. 1-6. WÄCHTER, *Württemberg. Privatrecht*, 1842, II, 1 ss. EL MISMO, *Pandekten*, 1880, I, pgs. 1-8. LOR. STEIN, *op. cit.* (§ 3 n. 9), pgs. 88-104. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878. BURCKHARD, *Das Recht*, 1883. HAGENS, *Staat, Recht und Völkerrecht*, 1890. KLOEPEL, *Gesetz und Obrigkeit*, 1891. FRENZEL, *Recht und Rechtssätze*, 1892. HÖLDER, *Ueber objektives und subjektives Recht*, 1893. EL MISMO, *Ueber die Natur des Rechts*, 1891. BRODMANN, *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur*, 1897. HOLD. v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, pgs. 11 208 (Rec. DOHNA, en *Zeitschr. f. Staatswiss.*, 24, pgs. 53 ss. GUTHERZ, en *Schweizer. Zeitschr.*, 20, pgs. 348 ss. H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912. GIESKER-ZELLER, *Die Rechtsanwendbarkeitsnormen*, 1914, pgs. 66 ss. SOHM, *Weltliches und geistliches Recht*, 1914, pgs. 5 ss. R. SCHMIDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1921.

(1) Son características en este respecto las doctrinas de FRIES (1773-1843). V. § 15 n. 15. Este autor piensa que bastan los «conocimientos inmediatos de la razón» para poner una absoluta armonía en nuestra conciencia, sin necesidad de un método crítico. Los supremos criterios del conocer deben descansar en conocimientos que por sí mismos no sean ya cognoscibles. KANT se había cuidado de advertir, en su «Crítica de la razón pura» (2.<sup>a</sup> ed.), pg. 814: «La primera norma debe ser ésta: no intentar demostración trascendental alguna sin saber de antemano, de un modo fundado y reflexivo, de dónde se han de tomar los principios que pueden servirle de base y con qué derecho cabe esperar de ellos la conclusión a que se aspira». FRIES, en cambio, nos dice: «Los juicios sobre lo lícito y lo ilícito deberán, pues, depender, en último término y exclusivamente, de nuestra propia capacidad reflexiva, sin sujeción a pauta alguna» (*Philosophische Rechtslehre*, 1803. Reimpr. en 1914, pg. vi). Y nos dice, además, que pretende basar su teoría política en «las leyes más generales de la antropología psicológica» (*Politik oder wissenschaftliche Staatslehre*, ed. por APELT, 1848, pg. 36. V. además exp. pgs. 217 ss.). Con esto se mezclan en el método lógico-objetivo, necesario para esclarecer nuestra conciencia y poner en ella unidad, una serie de formas psicológicas y subjetivas, y se confunde

Hay que hacer notar, además, que la noción *del Derecho*, en lo que se distingue de otras manifestaciones de la voluntad, no es ciertamente un «fenómeno» que se pueda conocer por la «percepción inmediata» (2).

el problema sistemático con el genético. Las bases psicológicas sobre las que FRIES asienta su doctrina presuponen necesariamente la posibilidad de un conocer científico en general, posibilidad que a ellas de por sí no les es dable alcanzar, porque requiere una *introspección crítica* para sacar a la luz las *condiciones necesarias* que de una manera armónica y absoluta rigen nuestras nociones. Así se comprende que en su teoría del Derecho, FRIES sólo haya podido «afirmar la idea de la legislación» (*op. cit.*, pg. xv). Del verdadero *concepto del Derecho* como *voluntad vinculatoria* (*infra* §§ 31 y 36) nada sabe, y sus manifestaciones sobre la *justicia* permanecen en estado fragmentario, sin llegar a formar una verdadera teoría científica del Derecho ni ser susceptibles de imponerse en la práctica mediante su aplicación. Las doctrinas de FRIES lograron gran difusión en estos últimos tiempos (*Abhandlungen der Frieschen Schule*, publicac. fund. en 1904). Entre sus partidarios merece mencionarse aquí: KASTIL, *Fries Lehre von der unmittelbaren Erkenntnis*, 1912. (Este libro se propone examinar la doctrina esbozada desde el punto de vista de la psicología moderna.) Cfr. *Kant-Studien*, 17, pg. 391, y 18, pg. 366. *Contra*: MARENS, *Die Beweisführung in der Kritik der reinen Vernunft. Mit Berücksichtigung des Fries-Nelsonschen Systems*, 1914. (El autor demuestra la insuficiencia y las contradicciones de las bases filosóficas de FRIES y combate su antropología.) ELSENSHAUS, *Fries und Kant*, 1906. Se ha declarado en favor de la teoría de Derecho de FRIES, FRÄNKEL, *Die kritische Rechtsphilosophie bei Fries und bei Stammler*, 1912 (Rec. Tesar, en *ZStW.* 34, página 274. *WR.* n. 247).—Son también interesantes los estudios de NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrecht, insbes. über die Lehre von der Souveränität*, 1917.—V. también sobre todos estos problemas que aquí se discuten: GALDE, *Ueber den Anteil der Logik, Methodologie und Erkenntnistheorie an den theoretischen Wissenschaften* (tesis doc., Halle, 1912).

(2) Como representante de la concepción contraria podemos citar a REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913, que toma por base el método que HUSSERL ha propuesto en sus «*Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*», 1913. (V. sobre esta obra UEBERWEG, IV, § 46; EWALD, en *Kant-Studien*, 20, pgs. 38 s. y las críticas de ELSENSHAUS y LINKE, *ibid.* 20, pg. 224; 21, pg. 163 y 22, pg. 243. V. también LINKE, *Grundfragen der Wahrnehmungs-*

## 21.—PROCEDIMIENTO INDUCTIVO.

Es también inútil querer inducir *el concepto* «del Derecho» de una serie de manifestaciones «jurídicas». Los que así proceden, empiezan por reunir el mayor número posible de experiencias jurídicas, tomadas de la vida de diferentes épocas y pueblos, para compararlas luego entre sí, esforzándose por determinar de este modo el concepto del Derecho en todas ellas contenido. No se ve que, por el solo hecho de calificar una manifestación como «jurídica», ya cae bajo el concepto investigado (1) y que, por tanto, le presupone ló-

*lehre*, 1918, esp. p. 64 n. 2. REIMER, *Kant-Studien*, 23, 269 ss.) HUSSERL no alude para nada a la posibilidad de investigaciones *jurídicas* (v. sin emb. *Kant-Studien*, 23, pgs. 149). REINACH dice sobre esto que «las creaciones jurídicas», los derechos y las obligaciones, v. gr.: «tienen un sér ni más ni menos que los números, los árboles o las casas; y que este sér es independiente del hecho de que los hombres tengan o no noción de él e independiente, sobre todo, de todo Derecho positivo». Y añade que «al penetrar en la esencia de estas creaciones, percibimos lo que las rige con sujeción a leyes estrictas». Es curioso que REINACH pretenda afirmar normas apriorísticas sobre las nociones jurídicas, sin pararse ni un punto a examinar *el concepto* «del Derecho». Nos dice, por ejemplo, que es de la esencia de todo derecho subjetivo, consistente en una exigencia, el que se extinga mediante renuncia. La afirmación no es, sin embargo, exacta, en términos tan generales. Dependerá de la capacidad de obrar del renunciante, de los requisitos de forma que el Derecho exija, acaso del asentimiento de una tercera persona, etc. Lo indudable es que, cierta o falsa, se trata de una afirmación *jurídica* porque una norma semejante no podría regir en una comunidad simplemente *convencional* (§ 38); consiguientemente, en cuanto «jurídica», se hallará condicionada necesariamente por *el concepto* «del Derecho». Sólo partiendo de éste, se puede llegar a conceptos fundamentales o *métodos condicionantes de ordenación*, que no sean simple reproducción de normas concretas, sino que se hallen por encima de todo Derecho positivo (§§ 109 y 115). Pero, para ello, es necesario acudir al *análisis crítico* de nuestros conocimientos, sin que baste «penetrar en la percepción». V. *infra* § 22. Sobre Reinach v. SALOMON, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 59 ss. y pg. 81 n. 2. RUNZEL, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, II, pgs. 384 ss.

(1) Y de nada sirve pretender sustraerse a este razonamiento inapelable con retrotraer la investigación al «Derecho» tal como se

gicamente (2). Lo mismo se puede decir de quien pretenda determinar *el concepto* «del Derecho» mediante la exposición de los hechos que hacen brotar las formas «jurídicas» de un modo causal, pues al acudir a la génesis causal «del Derecho» se tiene que dar por supuesto, necesariamente, el concepto éste «del Derecho» como condicionante de los hechos genéticos que se agrupan (3).

Lo que hay que hacer, en lugar de esto, es investigar toda la trama de la vida *social*—social, y no «jurídica»—en la que aparecen las nociones de Derecho (4). Así, encontraremos aquellas condi-

presenta en épocas primitivas, fuera de toda cultura. Dondequiera que aparece una norma o una institución «jurídica», que no sea, por ejemplo, una simple conminación «arbitraria», por especial que sea su contenido, nos encontramos con el problema del *concepto* «del Derecho» como condicionante, lo mismo en tiempos primitivos que dentro de órdenes «jurídicos» perfeccionados. Es siempre el mismo problema: *¿mediante qué criterio general podemos conocer cuándo una voluntad cualquiera es realmente «Derecho»?* Cfr. *WR.*, §§ 2 y 87.

(2) No se debe confundir el *prius lógico* con el *prius causal*. Las manifestaciones jurídicas concretas surgen *simultáneamente*, como un todo; pero, mediante el análisis crítico, podemos distinguir en ellas los elementos *formales* que determinan su condición de «jurídicas» de los elementos *materiales* que, en concreto, son inherentes a cada singular manifestación (§ 5 n. 1). Los primeros se nos muestran constantemente y constituyen el método condicionante que armoniza y determina lógicamente las más diversas nociones «jurídicas»: sólo mediante este método cabe traer a ordenación, de un modo siempre idéntico, aspiraciones que por su materia difieren hasta el infinito. Pero esto no quiere decir que las determine *causalmente*. Este es un problema muy distinto que estudiaremos en la parte *psicológica* (§ 77).

(3) Y esto, de cualquier modo que se investigue la *génesis* «del Derecho» y cualesquiera que sean los modos como el Derecho surja: ya sea por alteración de un orden jurídico existente en sus fundamentos constitucionales, ya con sujeción a las normas generales que determinan y previenen las transformaciones de un Derecho, o ya por la implantación de un orden jurídico *ex novo* en esferas carentes de todo Derecho.

(4) BIERLING (v. § 18 n. 13); *Kritik*, I, pgs. 153 ss.; *Prinzipienlehre*, I, pgs. 19 ss. A. LEVI, *Per un programma di filosofia del diritto*, Turin, 1905.

ciones bajo las cuales cabe delimitar conscientemente la categoría del *Derecho* frente a otras manifestaciones de la voluntad humana (5).

## II.—Análisis crítico del concepto del Derecho.

### 22.—ESENCIA DEL DERECHO.

*Esencia* de un objeto es la unidad de las condiciones que le determinan (1). Para encontrar la *esencia del Derecho* habrá que

(5) Con el método *inductivo* sólo se consigue generalizar de un modo *relativo* determinados hechos. La investigación queda, por decirlo así, a mitad de camino. No pasa de las materias *concretas* de un Derecho histórico. Los *principios absolutos de ordenación*, que intervienen de un modo condicionante en todo Derecho concebible, los da por supuestos, sin preocuparse en determinarlos, y ni siquiera es capaz de dilucidar por sí solo el *concepto mismo del Derecho*, base de toda consideración jurídica. La diferencia que media entre el método *crítico*, con su modo de plantear el problema, y el método *inductivo*, es clara. El método *crítico* no se propone el conocimiento de objetos concretos y determinados, sino que aspira a penetrar en las *líneas armónicas de ordenación de toda conciencia*. Su misión es demostrar la posibilidad de este *principio de ordenación armónica* en sus rasgos siempre idénticos y permanentes, acudiendo para esto al sistema de *formas puras* (§ 3), sin las cuales no tendría sentido ni podría existir. Dentro de esta esfera de las formas puras se mueve también el problema de determinar el concepto de lo *jurídico* mediante las categorías, de que no se puede prescindir en ningún Derecho concebible, para someterlo a ordenación y unidad de un modo absoluto. El método *inductivo*, en cambio, tiende al conocimiento de *materias concretas* y determinadas, que son las aspiraciones humanas tal como se manifiestan en el mundo de las percepciones. Y estos objetos le interesan en la *condicionalidad de su materia*, plasmada, por ej., en los preceptos de una ley civil o penal. Dentro de cada una de estas dos corrientes de investigación, puede cada cual, evidentemente, esforzarse por llegar más a lo hondo con su capacidad de reflexión más penetrante o aguda (cfr. § 81 n. 8), pero no hay razón para encontrar dificultades invencibles en punto a esta distinción entre el método *crítico*, así determinado y aplicado, y el método *inductivo*, como tal distinción teórica y abstracta. Otra parece ser la opinión de BINDER, *op. cit.* (§ 18 n. 12), pg. 15. V. también § 30 n. 1, § 94 n. 3, § 110 n. 3 y § 115 n. 4.—V. sobre el método inductivo en general *infra* § 130 BOZI, *Untersuchungen über die Prinzipien des Rechts*, en *Ann. d. Naturphilos.*, V, pgs. 220 ss.

(1) Sobre la posibilidad de una unidad de ordenación de nues-

ver, pues, qué es lo que caracteriza a esa *unidad* de nuestras nociones que llamamos «Derecho» y lo que nos autoriza a clasificarla como tal, acudiendo para esto al método formulado en la Introducción (§ 5).

El *Derecho* es un *modo especial* de ordenar la convivencia humana (2). Para dilucidar su esencia será menester ver cuáles son las notas conceptuales condicionantes cuya unidad constituye la característica de lo *jurídico*, como manifestación específica de la voluntad. Por tanto, tendremos que empezar por examinar, mediante la reflexión crítica, si existe realmente la posibilidad de una tal *armonía* dentro de nuestras nociones, pues sin ella sería empeño vano el deslindar *conceptualmente* el *Derecho* de otras manifestaciones de la vida social (3).

Sería, en cambio, inútil pretender dilucidar *la esencia* de las nociones jurídicas limitándose a observar su *genesis*. Hay, sin embargo, quien, para fijar el concepto del Derecho, pregunta por la «fuente» o por la «raíz» del orden jurídico, es decir, por sus orígenes históricos (4). El verdadero problema *sistemático* se confunde así con el *genético*. Toda investigación sobre los orígenes de un objeto y sobre sus transformaciones presupone, necesariamente, una cierta noción sobre su concepto. Una historia de la pro-

tra conciencia, como *prius* lógico necesario de todo conocer, véase § 5 n. 2.

(2) LASSON, *Über die Natur des Rechtes*, en *Philosoph. Monatsh.*, VI, pgs. 1 ss. (1870). WALLASCHEK, *op. cit.* (§ 5 n. 3), pgs. 64 ss. AFFOLTER, *Untersuchungen über das Wesen des Rechts*, 1889 (v. § 146). AMIRA, *Vom Wesen des Rechts*, *Beil. z. Allg. Zeitg.*, 1906, n. 284. NICOL-SPEYER, *Allgemeine Rechtslehre* (§ 18 n. 13). BREUER, *Der Rechtsbegriff auf Grund der Stammlerschen Sozialphilosophie*, *Erg.-Heft d. Kant-Studien*, n. 27, 1912 (Rec. *WR.* n. 61, y HAYMANN, *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, III, pgs. 298 ss.). VAN DER VENGT, *Vragen van Methodien bij Volkenrechtsbeoefening*, *Rechtsgel.*, Mag. 1914, pgs. 130 ss. y 333 ss. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 128 ss. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pgs. 27 ss. y 49 ss.

(3) Sobre la relación entre el *concepto del Derecho* y el *Derecho positivo* y su *vigencia*, v. §§ 49 y 68.

(4) Variando las doctrinas según los factores que cada autor estima decisivos: unos hablan del legislador soberano, otros del espíritu del pueblo, de la fuerza y del poder, del sentimiento del Derecho en los súbditos, etc. V. §§ 52 ss. y *supra* §§ 16 y 17.

*piedad*, por ej., sólo se puede intentar partiendo de un concepto permanente de *la propiedad*, cuyas alteraciones se estudian. La investigación *genética* recae, por tanto, sobre los cambios que se perciben en las manifestaciones *concretas* de un objeto *único* y conceptualmente inalterable, estudia las vicisitudes *no esenciales* de este objeto, pues *su esencia* se caracteriza precisamente por ser inmutable y permanente; tan pronto como varía *la esencia* de un objeto, éste deja de ser el que es, para mudarse en otro distinto (5).

Finalmente, tampoco se puede llegar a *la esencia* del Derecho procediendo por eliminación de todos aquellos elementos *no esenciales* que se nos manifiestan al proyectarse el Derecho en un plano histórico, pues ¿cómo sabríamos si acaso no se nos había pasado desapercibido y sin eliminar *algo* contingente y variable? (6).

La esencia del *concepto del Derecho*, como concepto *absoluto*, sólo se puede, pues, determinar mediante la *reflexión crítica* de las condiciones capaces de reducir a *unidad* el mundo de nuestras nociones (7).

### 23.—LA NOCIÓN DEL DERECHO EN EL PLANO DE LA CIENCIA.

La *ciencia* consiste en la armonización de las manifestaciones todas de nuestra vida espiritual, con arreglo a un principio que las reduzca a *unidad* de un modo incondicionado (1). Para esto, nece-

(5) Cfr. para más amplios desenvolvimientos sobre este punto § 177 e *infra* n. 7 n.º 3.

(6) Y podría también ocurrir que elementos que nosotros creíamos inmutables sufriesen después alteraciones, por cualquier razón. La sola experiencia, observada al azar y sin un criterio fijo de determinación, no puede dar base para conclusiones seguras.

(7) El método crítico que aquí se sigue se caracteriza por tres peculiaridades: 1.ª, porque distingue fundamentalmente entre *forma* y *materia* (§§ 3 y 5); 2.ª, por separar como problemas cardinalmente distintos el *concepto* y la *idea* del Derecho (§§ 1, 2 y 82), y 3.ª, por mantener aparte, cuidadosamente, la investigación *sistemática* y la *genética* (que es de lo que se trata en este § 22 y en los §§ 28 n. 4, 55 n. 3, 80 y 83. V. *WR.* n. 213. Cfr. también MÜNCH, en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, I, pgs. 120 y 123 s.). V. también § 110 n. 3 y § 175 n. 4.

(1) Cfr. § 3 n. 9; § *i. pr.*; § 180 n.º 3.

sitamos un *método absoluto* de ordenación (2), a modo de un plano fijo, sobre el cual podamos levantar el edificio de la ciencia (3).

Ahora bien: si examinamos cuidadosamente este plano, encontraremos en él, como una de sus partes necesarias, *la noción del Derecho*. La doctrina que a seguida exponemos lo demostrará; al mismo tiempo determinará el puesto que a esta noción le corresponde en el plano general de la ciencia.

Para esto, será necesario echar una ojeada *de conjunto* sobre el campo de la ciencia en sus diferentes manifestaciones, aunque no hayamos de seguir las todas en particular. Aquellas manifestaciones de la ciencia que se hallen en oposición con la manifestación *jurídica*, sólo nos interesan en este aspecto, en cuanto opuestas al objeto que investigamos. Solamente así podremos llegar a obtener con toda claridad el concepto *del Derecho* a que aspiramos, con sus características peculiares (4).

### 24.—VALOR ABSOLUTO DEL CONCEPTO DEL DERECHO.

La noción de lo «jurídico» alude a una categoría de aspiraciones humanas, condicionadas fundamentalmente por una cierta modalidad de ordenación. Esta noción no contiene nada que se refiera a fines concretos y aislados, ni depende en lo más mínimo de los conceptos limitados que encierra y sin los cuales carecería de sentido. El concepto del Derecho no es más que un *procedimiento de ordenación* (1). Y en este sentido, su campo de acción es ilimi-

(2) Cfr. § 5 y § 22 *i. pr.* y n. 7 B.

(3) Procedimientos condicionantes de este género son el contar y el medir el grado de intensidad de una sensación, la ordenación de las percepciones en la relación de causa a efecto (ley de causalidad), etc., y también la categoría teleológica, de medio a fin. He aquí lo que llamábamos *formas puras* de ordenación (§ 3), y del sistema completo de estas formas puras, en su precisión crítica, es de lo que se trata en este párrafo bajo el nombre de *ciencia*.

(4) Un concepto no se puede determinar nunca aisladamente; para determinarlo con toda claridad hay que ponerlo en relación con otros conceptos, que hasta un cierto punto discurren con él por el mismo cauce conceptual, para separarse luego y seguir rumbos independientes.

(1) La significación del concepto del Derecho se puede resumir así: se encuentra entre las *formas puras* (v. § 3, esp. n. 4 y 7),

tado (2). Claro que este procedimiento de ordenación sólo encarna y se manifiesta en los casos concretos por él ordenados. Para precisar debidamente sus características, tendremos que partir de la observación de aquellos hechos históricos en que encuentra aplicación. No podremos, pues, determinar el concepto del Derecho procediendo «apriorísticamente» (3). Habremos de fijarnos más bien en ciertas posibilidades generales tomadas de la experiencia de la vida humana, y ver cuáles son las condiciones permanentes bajo las cuales cabe distinguir las entre sí y determinar sus diversos conceptos (4).

con arreglo a las cuales se puede determinar y ordenar la *materia condicionada* de toda aspiración transitoria, sin hallarse dominado por ningún elemento variable en su modo de ser *formal* (o, lo que es lo mismo, condicionante). No hay, pues, razón para investigar, como a veces se hace, las variantes del concepto del Derecho en el pueblo griego o en el germano, por ej. El concepto del Derecho es siempre uno y el mismo; lo que puede variar es la claridad de nuestras nociones sobre el patrimonio de la conciencia que cada uno lleva consigo y en el que se encuentra necesariamente el concepto del Derecho como uno de los principios puros de ordenación.—Cfr. §§ 30 n. 1 y 115 n. 4. \*

(2) Esta noción de lo «ilimitado» o «absoluto», «universal» no se debe tomar por una entelequia gigantesca o por algo mítico, a modo de alma del universo o espíritu del pueblo, ni por nada que se refiera a nuestra vida real, como un objeto nebuloso separado de los demás por una vasta lejanía. Es una noción que forma parte de nuestra conciencia y se caracteriza por su acción determinante sobre otras nociones, sin hallarse a su vez condicionada de modo idéntico por nuevas percepciones o aspiraciones.—Cfr. § 81 n. 8.

(3) Por investigaciones «apriorísticas» entienden algunos las que se efectúan «fuera de toda experiencia». Esto es, naturalmente, inadmisibles. Ningún hombre ha vivido jamás «fuera de toda experiencia» para que tenga algo que buscar ni nada que sacar de aquí. Esta expresión sólo puede aludir, de un modo vago, a la carencia de todo conocimiento, pues es imposible atribuirle una significación positiva cualquiera. V. también § 5 n. 4; § 110, esp. n. 3 s.; § 115 n. 4.

(4) En la doctrina moderna se distingue a veces entre *psicocriticismo* e *historiocriticismo*, según que para llegar a las nociones absolutas y condicionantes se proceda analizando la *psiquis* o la *historia*. V. WINDELBAND, *Präudien*, II, pgs. 125 ss.; cfr. pgs. 127 ss.; MÜNCH, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, I, pg. 123; JOEPER, *Ueber Stammlers Rechtsphilosophie und das Problem der Aufopferung* (tesis doct., Jena 1915), pgs. 24 s. El primer

## SECCIÓN SEGUNDA

### LA VOLUNTAD

#### I.—El mundo de los fines.

##### 25.—CAUSAS Y FINES.

Las nociones que forman parte de nuestra conciencia se pueden ordenar con arreglo a dos métodos: el de la *percepción* y el de la *voluntad* (1). El primero recoge las sensaciones para elaborarlas objetivamente; el segundo supone un objeto a cuya consecución se *aspira*. Este objeto, hacia el cual se tiende, es lo que llamamos un *fin* (2).

En lo que coinciden estas dos direcciones de nuestra concien-

procedimiento es de todo punto inadmisibles, si en los conceptos fundamentales y en los principios de ordenación se pretenden ver resortes psicológicos o facultades anímicas. Tratándose, como se trata, de elementos conceptuales, condicionantes de las nociones contenidas en nuestra conciencia, tendremos que esperar a que éstas aparezcan en la experiencia histórica para luego poder analizarlas críticamente.

(1) Lo que KANT llamó «la unidad trascendental de la propia conciencia» («Crítica de la razón pura», 2.<sup>a</sup> ed., 1787, pg. 132) y que nosotros decimos «posibilidad de una ordenación unitaria», sigue siendo, pues, el pensamiento supremo de toda ciencia, y entraña ya de suyo la necesidad de proceder inmediatamente a separar los principios posibles de ordenación. Pero, en esta «unidad» suprema no se ha de ver asomo de materia condicionada, que para su determinación necesite de otros métodos condicionantes, sino que es la posibilidad *absoluta* a que hace poco aludíamos (§ 5 n. 2), que sólo podemos aplicar y poner en práctica clasificando de un modo fundamental los casos de nuestra experiencia y ordenándolos y dominándolos mediante esta clasificación. KÜBLER, *Freiheit und Recht* (1916) pg. 16, afirma que esto de la ordenación condicionante es una noción «vacía», «carente de todo contenido», pero no dice qué es lo que entiende él por «contenido» de una noción. V. §§ 3 n. 1, 92 n. 8.

(2) TRENDELENBURG, *Logische Untersuchungen* (3.<sup>a</sup> ed., 1870), II, pgs. 1 ss. HARTMANN, *Allgemeine Form des Zweckgedankens*, 1877. LASSON, pgs. 143 ss. ERNST, *Der Zweckbegriff bei Kant und sein Verhältnis zur den Kategorien, Erg.-Heft d. Kant-Studien*, n.º 14, 1909. EISLER, *Der Zweck, seine Bedeutung für Natur und Geist*, 1914.

cia es en que ambas son modos de articular entre sí diferentes objetos (3). La condición necesaria para esta articulación es su determinación en el tiempo. La cual puede ser triple: determinación de lo variable por oposición a algo permanente, demostración de simultaneidad y examen de su determinabilidad en la sucesión del tiempo (4). El problema de los *fin*es, o sea de los objetos que se aspira a *alcanzar* cae bajo esta tercera modalidad pura de ordenación.

Así, pues: o bien se ve en lo presente el *efecto* necesario de una *causa* precedente, o se reconoce como *medio* para un *fin* futuro (5). Mediante el primer criterio se ordenan las percepciones de un modo *causal* (o dinámico); mediante el segundo, se determinan las nociones de nuestra conciencia en un sentido teleológico o *final* (6). No cabe posibilidad (7) de

(3) Los conceptos de *medio* y de *fin* son *formas puras* de ordenación de los conocimientos. Son formas conceptuales *originarias* (en sentido lógico) (cfr. § 30 n. 1) y perfectamente equiparables en rango a los conceptos de *causa* y *efecto*, que tampoco son más que *modos de ordenar* percepciones sensoriales. V. KANT, (§ 15 n. 8), *Prolegómena*, §§ 36-38. Ninguna de estas dos formas de ordenación puede excluir totalmente a la otra. El concepto de *fin* subsistirá, con su campo de acción independiente, para regir todas aquellas manifestaciones en que no se le ofrezcan a la percepción alteraciones del mundo corporal. MENZER, *Lebensworte*, 1919, pg. 19.

(4) KANT, «Crítica de la razón pura» (2.<sup>a</sup> ed.), pg. 219.

(5) Cualquiera que sea, naturalmente, el punto de vista concreto desde el cual se examinen ambas posibilidades. Podemos hablar de la finalidad de una ley precedente de tiempos remotos y podemos también establecer *causas* que hayan de caer en un porvenir lejano. TR. I, 4.

(6) El problema se halla expuesto de una manera muy hermosa en una novela de LASSWITZ, «Aspira o la novela de una nube», 1905. WYNEKEN, *Das Dinge am sich und das Naturgesek der Seele*, 1901, pgs. 335 ss; EL MISMO, *Wie ist die fortgebende Demokratisierung der Gesellschaft vom christlichen Standpunkt zu beurteilen*, 1904, pg. 19. KESSELER, *Die Lösung der Widersprüche des Daseins durch Kant und Eucken in ihrer religiösen Bedeutung*, 1909. V. también § 84.

(7) El lenguaje vulgar suele confundir aquellas dos posibilidades opuestas, usando indiferentemente las expresiones «por qué» y «para qué». Ya los antiguos ejercitaban su humorismo en esta confusión: v., por ej., SIMROCK, *Das deutsche Rätselbuch*, I, pgs. 163, 270 y 242; III, pgs. 396 y 426. El «Código general pru-

determinar el momento presente, sino por el pasado o por el futuro (8).

## 26.—CARACTERÍSTICAS DE LA VOLUNTAD.

Si en la noción de la *voluntad* hemos de ver algo fundamentalmente distinto de la *percepción*, no podemos concebir la voluntad como una «energía». Pues toda «energía» implica una relación *causal* entre una determinada sustancia y el *efecto* concreto a que conduce (1). Es la aplicación del concepto de sustancia, por una parte, y por otra parte, del concepto de causa a fenómenos que afectan a la percepción dentro del espacio. De este modo, se nos manifiestan determinados *actos* como alteración en el mundo físico (2).

La *voluntad*, como concepto específico, no se debe entender a modo de una causa física, sino como una *pauta directiva de nues-*

siano», de 1794, hablaba todavía, en II, 8, 669, de las «causas de divorcio», en cuyo sentido se emplea hoy la palabra neutra de «fundamento». Sería hasta malsonante hablar, por ej., de las «causas» de constitución de una sociedad. La palabra «causa» se usa muchas veces, sin embargo, arbitrariamente, en casos en que sólo se trata de *medios* y *fin*es: se habla, v. gr., de las «causas» de una guerra, etc. V. también § 92, n.º 26 b. Consecuencia fatal de esto es el que investigaciones que deben ser puramente *teleológicas* por su sentido intrínseco, vayan a veces a apoyarse al método propio de las ciencias naturales.

(8) WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, 1914, pgs. 64 s., sostiene que hay *cuatro* modos de ordenar la vida de nuestro espíritu: la percepción, la voluntad, el «deber» y el «valorar». No se ve por qué han de ser precisamente *cuatro*. El «deber» no es realmente más que una *recta* «voluntad» (v. § 80 n. 7) y «valorar» es simplemente el ponderar la idoneidad de un determinado *medio* para la consecución de un cierto *fin* (v. § 97 n. 6). STAMMLER, en *Zeitschr. f. Rechtsphilos.*, II, pg. 157.

(1) KANT, «Crít. de la razón pura» (2.<sup>a</sup> ed.), pgs. 245 ss., 676 ss. EL MISMO, en su polémica contra EBERHARD (1790), edición Hartenstein, III, pg. 362.

(2) Se debe distinguir esencialmente la *voluntad* de los actos que la *ejecutan*. Ep. rom. 7, 18<sup>ss.</sup> -V. también § 25 n. 7, § 29 n. 5, § 76 n. 1. BINDING, *Die Normen*, II, § 71. pgs. 200 ss.; V, § 295, pgs. 530 ss. Sobre el concepto de *intención* v. § 32 n. 3. «El Derecho como modalidad de la voluntad», § 30, esp. n. 1.

tra conciencia, consistente en la elección de *medios* para la consecución de *fines* (3).

Otras expresiones se han propuesto—como la de «energía psíquica» y hasta la de «causalidad psicológica»—que no precisan debidamente lo característico de la voluntad frente a la otra modalidad de determinación. Se limitan a señalar la voluntad como una de tantas manifestaciones que se presentan en nuestro conocimiento de la *génesis* de ciertos objetos, sin deslindarla *fundamentalmente* de este punto de vista genético ni hacerla destacar como *método independiente* de ordenación de nuestro espíritu (4).

#### 27.—LA FACULTAD DE OPCIÓN.

El criterio fundamental que separa decididamente el mundo de la *voluntad* del de la *percepción* es la facultad de *opción*, característica de todo *fin*. *Fin* no es sino un objeto que se aspira a *alcanzar* (§ 25), y *medio*, una causa que se puede *elegir* (1).

(3) Podrían separarse en dos grupos las doctrinas acerca de la *voluntad*, entendida como empleo de *medios* para *fines*: en el primer grupo, las que descansan en una concepción *psicológica* (véase sobre esto n. 4); en el segundo, las doctrinas *críticas*, subdivididas a su vez: a), según que conciben desde luego la voluntad a modo de una *idea*, identificándola, por tanto, con la idea de la voluntad recta o «libre»; b), según que empiecen por examinar *conceptualmente* las aspiraciones limitadas, para construir luego sobre este concepto la *ley última ideal* a que toda voluntad debe ajustarse. Este último punto de vista es el seguido en este libro. V. § 27 y § 29, esp. n. 4.

(4) El principal representante de esta doctrina, que ve en los fines «causalidades psicológicas» es IHERING, (v. § 18 n. 10). Cfr. *WR.* § 63, pgs. 633 ss. Se orientan también en un sentido psicológico ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, páginas 34 ss., 134 ss. WUNDT, *op. cit.* (§ 9 n. 3). (V. BIERMANN, *Wundt und die Logik der Sozialwissenschaft*, en *Conrads Jahrb.* 3.<sup>a</sup> serie, t. 25, pgs. 50 ss.) (Cfr. § 29 n. 1). §§ 31, 73. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 219 ss.

(1) Lo que se llama «motiv» es siempre un *fin*. Bien entendida esa palabra, nada tiene que ver con lo fisiológico ni cae bajo el prisma de las ciencias naturales, sino que es, como digo, un *fin*, para cuya consecución pone el hombre sus medios. KRAUS, *Das Motiv. Zur psychologisch-ethischen Gruedlegung des Strafrechts*, en *ZStW.*, 17, pgs. 467 ss. FINGER, *Lehrb. d. Strafrechts*,

Esta facultad de *opción* no se da en el mundo de las percepciones. Es, sin embargo, una noción que poseemos y cuya posibilidad no se ha puesto nunca en duda (2). Su razón de ser está en la insuficiencia del simple método causal. No basta la relación de causa a efecto para reducir a unidad, armónicamente, todas, *absolutamente todas* nuestras nociones (3).

1912, § 24 n. 138. STAMPE, *Grundriss der Wertbewegungslehre*, 1912, pgs. 33 ss., 60 ss., 125 ss. LANDSBERG, *Zur Erforschung der Verbrechenmotive*, en *Bayer Zeitschr.*, 8, pgs. 1 ss.

(2) «Y la virtud no es sólo un eco vano—Puede el hombre ponerla en los actos de su vida»: SCHILLER, «Las palabras de la fe».

(3) No hay, pues, contradicción en admitir otra modalidad metódica de ordenación, además de la ordenación genética y causal. Son cosas distintas, la *causalidad* y la *unidad de la conciencia*. La sola *causalidad* no puede absorber la *totalidad* de nuestro patrimonio espiritual; el calcular, el formar juicios sobre la belleza, y ante todo sobre el acierto de la elección de medios, son consideraciones que trascienden del punto de vista causal. La ley de causalidad sólo puede regir la ordenación de percepciones concretas. Y no es una entelequia mítica ni nada que tenga vida propia, sino un puro método de ordenación aplicado por la conciencia, y fuera de esta función no tiene sentido alguno. No puede este método tener la pretensión de resolver por sí solo todos los problemas imaginables, pues para su aplicación necesita siempre de una materia dada. De nada sirve pensar que cuantas alteraciones se puedan manifestar en el curso del tiempo se hallan sujetas a un único procedimiento de determinación; esta unificación jamás la veremos realizada. Y no sólo por la imperfección de lo humano, sino que es absurdo que se pueda llegar nunca a armonizar *de un modo absoluto* la ordenación universal de fenómenos esencialmente relativos y limitados. La posibilidad conceptual de *fines* y *medios* es, pues, impercedera. Y se caracteriza, como decimos en el texto, por la facultad de *opción*. Surgirá, por tanto, dentro de este campo la cuestión de ver si se elige *rectamente*; y esto, tanto por lo que se refiere a lo futuro como por lo que proviene del pasado; piénsese. v. gr., en lo que es el arrepentimiento. Una falsa opción, la falta de acierto en cuanto a la elección de medios es una cuestión aparte e independiente de la que afecta a la causa que haya provocado el error. Si, por ej., se comete un error de cálculo, las consecuencias aritméticas del error no se rectificarán por el solo hecho de reconocer su proceso causal. V., por lo demás, § 84. ¿Cómo conciliar estas dos modalidades de investigación? V. sobre esto § 180: el anhelo de perfección suma.

Pensemos, por ejemplo, que una asociación constituida con el fin de aliviar los estragos de la guerra quiere procurarse medios económicos o reunir otros objetos cualesquiera, organizando para ello colectas, y disponiendo luego la distribución de lo obtenido; si queremos traer a unidad y ordenación *estos* hechos, nada conseguiremos con resistirnos a la ley de causalidad. Para poder reducir a ordenación armónica todos estos convenios e intenciones, tenemos que acudir a la noción de la *voluntad* y construir las diversas posibilidades volitivas con arreglo al método fundamental de *medios y fines*. El remontarnos a los *procesos fisiológicos* y a sus *causas* no nos sirve de nada para llegar a una verdadera solución científica del problema especial planteado (4).

Pero hay que tener en cuenta que *toda fin concreta* que podamos perseguir y alcanzar será siempre, a su vez, *un medio* para la consecución de nuevos fines limitados. Los fines no se presentan a los ojos de la ciencia evidenciados con la misma precisión que los hechos externos de nuestras percepciones, sino que cada fin funciona a la vez de medio y se ofrece a *opción* con otros medios al servicio de más altos fines. En rigor, pues, el hombre jamás *elige* entre determinados *fines*, sino siempre *entre diversos medios* (5).

(4) BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allg. Teil.* (7.<sup>a</sup> ed. 1907), pg. xi: «Nosotros [como juristas] tomamos buenos consejos de todos y los recibimos también, claro está, de las ciencias naturales. Y se los pagamos con la sana advertencia de abstenerse del mal: ¡como si las ciencias naturales pudiesen dar nunca la clave para la inteligencia del alma humana...!» V. también HEBBEL, Julia III, 2: «Inescrutables son los abismos de la vida, y el curso de los hombres es otro que el de los astros». JENTSCH, *Sozialauslese*, 1898.

(5) No son de este lugar las enseñanzas de la *tecnología*, que sólo nos procuran conocimientos sobre procesos naturales y sus causas. No afecta a la esencia de estos conocimientos tecnológicos el que muchas veces aparezcan formulados en normas hipotéticas. La diferencia que los separa de las aspiraciones *electivas* está en que los objetos sobre que aquellos recaen se hallan determinados por sí mismos, sin encerrar una facultad de opción. La tecnología sólo nos puede hablar de *efectos* y del modo cómo se siguen de sus correspondientes causas. En cambio, todo *fin* para cuya consecución se elijan los oportunos *medios*, es a su vez *medio* para otros fines. No basta, pues, que exista, sino que es además necesario, en cuanto a su suerte ulterior, que sea *elegido* como medio

Las dudas, cuestiones y disputas promovidas entre los hombres no podrán jamás resolverse desde un punto de vista *causal* que excluya toda noción *electiva*. Habrá que acudir a examinar *las aspiraciones humanas* mediante el método *teleológico*, es decir, mediante un criterio debidamente aplicado de ordenación dentro del mundo *de los medios y los fines*. El ejemplo citado demuestra que para encontrar un sentido claro a aquella asociación pública y a su obra tenemos que remontarnos a las normas generales *del Derecho*, entendido como una modalidad especial de la voluntad humana.

No podemos resolvernos a abandonar a un estado caótico y abrupto los hechos de nuestra vida espiritual que entrañan una facultad de *opción* entre diferentes *medios* posibles. Al lado del problema de las *causas* de los fenómenos que nos transmite nuestra percepción, se nos presenta ineludible este otro problema, el de encontrar un criterio *científico* de ordenación para el contenido de nuestra conciencia *volitiva* (6).

para alcanzar fines más remotos. Y así sucesivamente, en la incesante concatenación de las aspiraciones humanas. De aquí el postulado de una ciencia *propia e independiente* que abarque el contenido de toda voluntad posible. La primera exigencia de esta ciencia volitiva será dilucidar *conceptualmente* todas las posibilidades que se puedan presentar en las relaciones entre *medios y fines*, para entrar luego a examinar los conceptos obtenidos en sus manifestaciones históricas. Y la segunda, investigar la ley suprema que rige los medios y los fines como punto de mira ideal constituido por la armonía más perfecta (§ 29). *Contra* KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, pgs. 58 ss. (Rec. *WR.* n. 201).

(6) Y esto, tanto por lo que se refiere a las aspiraciones circunscritas a nuestra vida interior como a las que forman parte del orden social. Toda la jurisprudencia es un ejemplo marcado de la necesidad de una ciencia de los fines humanos. Para saber qué es una «hipoteca» no nos hemos de colocar en un punto de vista *causal*, como si se tratase de un fenómeno *natural*, ni hemos de penetrar tampoco *inmediatamente* y sin más en la idea de la ley última por la que toda voluntad se debe regir. Hay entre ambos puntos de vista una laguna que tenemos que llenar mediante una *lógica de las aspiraciones y de los fines*, completando luego esta investigación con consideraciones de orden *psicológico* (§ 29 n. 4).

## II.—La ciencia de los fines.

### 28.—LA VOLUNTAD COMO OBJETO DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.

Infinitos son los impulsos que pueden mover al hombre a optar entre diferentes medios, al tomar una resolución y es inmenso el contenido de la conciencia en cuanto a la materia de las nociones que abarca (1). Cabe, sin embargo, agrupar estas nociones en *clases generales*, con arreglo a su *esencia* y dominarlas así metódicamente. Una de estas clases de voluntad con la que nos encontramos, procediendo de este modo, es el *Derecho* (2).

(1) En las ciencias naturales rige el *principio de la permanencia de la sustancia*: «A través de todas las alteraciones de los fenómenos, su sustancia permanece inalterable y ni aumenta ni disminuye en el mundo de la naturaleza.» KANT, «Crit. de la razón pura» (2.<sup>a</sup> ed.), pg. 224. V. sobre este punto COHEN, *Kants Theorie der Erfahrung*, 1871, pgs. 217 ss. (2.<sup>a</sup> ed., 1885, pgs. 441 ss.); STADLER, *Die Grundsätze der reinen Erkenntnistheorie in der Kantischen Philosophie*, 1876 (§ 15 n. 8), pgs. 83 ss.; RIEHL, *Der philosophische Kritizismus* (2.<sup>a</sup> ed., 1908), pgs. 547 ss. Estas ciencias operan sobre percepciones de cosas variables, cuyas variaciones sólo se pueden observar y determinar tomando por base un factor permanente. No hay razón ni posibilidad de aplicar aquí el criterio de ponderación científica de fines. La materia de las aspiraciones, en cuanto tal materia, sólo se puede concebir como un impulso humano no sujeto a ordenación y sin que se pueda trazar un límite cuantitativo a estos impulsos en el flujo incesante de la historia humana.

(2) GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, pg. 3, afirma que «a la ciencia pura sólo puede trascender el problema de valor, lo que es, no lo que debe ser». Contra esto puede objetarse que la palabra «ser» tiene varios sentidos. a) En primer lugar, significa la existencia de algo en el mundo de las *percepciones*. Y no se puede afirmar que sólo cabe una ciencia de esto; es decir, que sólo esto se puede someter a un método unitario con alcance absoluto (§ 3 n. 7). La armonización del mundo de nuestras nociones no se reduce a la de nuestras percepciones del mundo exterior. Cfr. § 25 n. 1; § 27 n. 3. b) En segundo lugar, se entiende por «ser» *toda existencia* en general, tanto la de las *percepciones* como la de los *fines*. Y no debiera ser discutible que las *ciencias naturales* y las *ciencias teleológicas* puedan coexistir paralelamente. Esta es, al menos, la médula de la doctrina susten-

Así, pues, lo que a una ciencia *de los fines* le interesa de modo esencial no es conocer la génesis natural de las aspiraciones humanas (3). Este aspecto *genético* se podrá estudiar complementariamente (4), pero lo decisivo es la investigación *sistemática*

tada por nosotros. Ni hay tampoco razón para afirmar que la ciencia de las percepciones tenga título alguno de preferencia sobre la ciencia de la voluntad por hallarse en contacto más directo con la «realidad», como muchas veces se dice (v. § 98). El rango de *ciencia*, que constituye la ventaja de las nociones que se pueden atribuir este carácter, lo da pura y exclusivamente la ordenación armónica misma y no la materia determinada sobre que recae. (TR. I, 6; VI, 18 y 21.) c) Y finalmente, la palabra «ser» puede aludir a una *ley última*. Cabe hablar en este sentido de un «ser» de las *percepciones* y de un «ser» de la *voluntad*. Decir voluntades orientadas por una *ley última* es decir *deber* (§ 80 n. 7), lo opuesto al fantasear subjetivo o a las vagas intuiciones sin sentido de objetividad. Es insostenible e imposible de demostrar *a priori* el que no se pueda construir una *ciencia* de este *deber* (como equivalente al «ser» de una voluntad). Antes bien, cabe demostrar todo lo contrario, tanto por lo que se refiere a la noción fundamental de una *ley última* que rija el mundo de la voluntad, como a su aplicación en dos casos concretos. V. § 80.

(3) Cabe perfectamente investigar la génesis *causal* de una manifestación cualquiera de voluntad desde el punto de vista *fisiológico*. Pero esto no tiene nada que ver con la *idoneidad de un medio*, en cuanto medio para un fin, ni con la ordenación armónica de la totalidad de los fines humanos. Sólo en este sentido se nos ofrece la posibilidad de elegir entre los distintos problemas científicos que entrañan a su vez una facultad de *elección*.—V. SOMBART, *Einleitende Bemerkungen zu einer Theorie des modernen Kapitalismus*, 1902, pg. 263; RR., pgs 611 ss.; ADLER, *Sombarts historische Sozialtheorie*, en *Neue Zeit*, 21, 1, páginas 487 ss.

(4) Sobre el punto de vista *sistemático* y el *genético* v. § 22. La *ciencia de los fines*, tal como aquí la entendemos, nada tiene que ver con lo que se llaman «ideas en acción». No es una «ideología» y cae por completo fuera del radio de la distinción que es usual hacer en materia de *causas*, según que la *causalidad* proceda de factores materiales o «ideales». Para una ciencia crítica las *causas* y los *efectos* sólo se pueden presentar entre fenómenos *dentro del espacio* (§ 25). Objeto de la *ciencia de los fines* es la ordenación de *voluntades*, atendiendo en primer término a determinarlas mediante conceptos fijos con arreglo a los cuales se puedan clasificar de un modo absoluto y después a juzgarlos, tomando por *pauta* la idea de una voluntad pura.—§§ 80, esp. n. 5 y 83 n. 2.

del criterio que de un modo condicionante y peculiar sirva para determinar y juzgar críticamente y sin dejar lugar a dudas toda posible voluntad (5).

## 29.—CONSTRUCCIÓN DE LA CIENCIA DE LOS FINES.

El concepto de *voluntad* es determinado por la intersección de las dos nociones de *fin* y de *medio*. Lo primero que la ciencia de la voluntad tiene que hacer es, pues, investigar cuál es la relación lógica que media entre estas dos formas conceptuales. *¿De qué distintos modos se pueden articular los fines y los medios, considerados exclusivamente como tales?* (1).

Examinando estas distintas posibilidades, nos encontraremos con

(5) El método de que para esto se tiene que valer la *ciencia de los fines* debe distinguirse cuidadosamente del método de las *ciencias naturales*. Son totalmente diferentes por su esencia, aun cuando alguna vez se sirvan de idénticos medios auxiliares. Las matemáticas sobre seguros, por ej., tienen que entender de materias sociales y las estadísticas de justicia de relaciones jurídicas.—V. además *TR.*, IV, 8.—JULIO KUHN (1825-1911), famoso como profesor e investigador, intentó construir una ciencia de la agricultura, combinando las ciencias naturales aplicadas con la obtención de una renta, con lo cual establecía una «unión personal» meramente externa entre dos reinos soberanos sin erigir sobre ellos un poder central unitario. Cfr. G. MÜLLER, *Die Untersuchungen Julius Fröbels über die Methoden und die Systematik der Erdkunde und ihre Stellung im Entwicklungsgange der Geographie als Wissenschaft* (Tesis doct., Halle, 1908).

(1) En lugar de *ciencias de los fines*, hay muchos que dicen «ciencias del espíritu». No hay razón para esto, porque también las ciencias naturales son una creación del espíritu humano, aparte de que tampoco en aquélla es «el espíritu» mismo el objeto de investigación. Otros creen más adecuada la expresión de «ciencias de la cultura». Pero «cultura» no es, en realidad, otra cosa que la *aspiración a la verdad*, y no se excluyen de ellas, por tanto, las ciencias naturales (§ 93 n. 4). RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* (v. § 59 n. 7). BIERMANN, *Das Telos in der Sozialwissenschaft*, Beil. z. *Allg. Zeit.*, 1903, N.º 56; EL MISMO, *Zur Methodenlehre der historischen und sozialen Wissenschaften*, *ibid.* N.º 143 (v. también *supra*, § 26 n. 4). MÜLLER-EISERT, *Rechtswissenschaft und Kulturwissenschaft*, 1917. GÖRLAND, *Neubegründung der Ethik aus ihrem Verhältnis zu den besonderen Gemeinschaftswissenschaften*, *Vortr. d. Kant-Ges.*, 1918.

dos modalidades de la voluntad: la *aislada* y la *vinculatoria*, en cada una de las cuales encarna cada uno de los dos *conceptos* de que partiremos al distinguir fundamentalmente el problema *ético* del problema *social* (§ 31). Y siguiendo en nuestro análisis, veremos que dentro de la voluntad *vinculatoria* surgen nuevas modalidades sistemáticas, una de las cuales representa el *Derecho*, por oposición a la convención y al poder arbitrario (2).

Una vez fijadas *conceptualmente* estas distintas clases de voluntad, se nos planteará el problema de *juzgar* de su contenido a tenor de un principio fundamental. Todas ellas se hallan sujetas a la *ley última* de toda voluntad, la única que puede armonizar de un modo absoluto cuantas aspiraciones sean concebibles. Mediante este criterio, podremos juzgar inapelablemente las voluntades ya clasificadas y caracterizadas en su modo peculiar de ser y calificarlas, cualesquiera que ellas sean, de justas o de reprobables (3).

Este segundo problema de la ciencia de los fines no descansa en las investigaciones de la naturaleza ni se halla tampoco en inmediata oposición con ellas, sino que se mueve exclusivamente dentro del mundo conceptual *teleológico* y aplica a cada caso las nociones de *fin* y de *medio* como principios de ordenación. Si nos fijamos en el hecho de la *voluntad* en relaciones no determinadas genéticamente en su aspecto causal y seguimos de cerca las manifestaciones en que se presenta una facultad de *opción* en la vida humana, las infinitas aspiraciones que persiguen los más diversos fines y las posibilidades también infinitas en cuanto a la elección de medios, llegaremos a reducir a un principio de clasificación la trama intrincada de la voluntad humana y sus aspiraciones (4). Se trata

(2) V. §§ 30, 36, 41 y 47.—Aquí sólo se trata de dar un resumen provisional muy conciso.

(3) El criterio de clasificación de las manifestaciones de la voluntad en moral, convención, arbitrariedad y Derecho, secciona el campo de la voluntad en un sentido distinto al del problema de examinar fundamentalmente la justicia o injusticia de la voluntad en cualquiera de aquellas distintas manifestaciones. V. § 2.

(4) Para saber la relación que hay entre el derecho real de usufructo y el contrato simplemente credital de arrendamiento, entre el heredero y el que se hace cargo de un patrimonio de otro por acto *inter vivos*, entre una ley y un reglamento, etc., no pararemos mientes—si procedemos mediante un análisis crítico—ni en la *ley de causalidad* ni tampoco en el *imperativo categórico*. Nin-

de poner en claro las distintas modalidades *conceptuales* en que se puede manifestar una voluntad concreta cualquiera y a las que en cada caso se pueda reducir de un modo *absoluto toda posible voluntad* (5). Si no hacemos esto, si dejando a un lado la experiencia de nuestras percepciones, queremos penetrar *desde luego e inmediatamente* en la ley última que rige de un modo absoluto toda aspiración humana, menguado éxito lograremos al poner en práctica las conclusiones obtenidas en esta investigación *ideal* (6).

guno de estos dos principios de ordenación nos puede servir para dilucidar aquellos conceptos y sus relaciones (v. § 27 n. 6). Y sin embargo, no podemos dejar de poner en claro esto, empezando por determinar *conceptualmente* esas relaciones con arreglo a un verdadero *método crítico*, antes de entrar a examinar intrínsecamente la *legitimidad* de cada una de las instituciones, ya claramente deslindadas. Más aún. Para poder debatir con algún fruto sobre la noción *del Derecho* tenemos que partir de la concepción elemental de lo *jurídico* como una de las diversas partes de la voluntad humana en general. Hemos de empezar, pues, por distinguir el Derecho de otros conceptos que aparecen a su lado, como es, v. gr., el de los *usos convencionales*. Distinción *categorial*; es decir, determinada con arreglo a criterios lógicos y no *ideal*, o sea relacionada con la ley fundamental de los fines. Contra, COHEN, *Ethik des reinen Willens*, 1904 (2.<sup>a</sup> ed., 1907). Ciertamente que este autor no se preocupa jamás de decirnos claramente qué entiende por *Derecho* y cómo se ha de deslindar este concepto de otras manifestaciones de la voluntad humana. Sobre la falsa conclusión a que se ve llevado COHEN al juzgar de la legitimidad de un Derecho dado, a diferencia de la pureza interior, v. *infra* § 85 n. 6.—NATORP, *Recht und Sittlichkeit*, en *Kant-Studien*, 18, pgs. 1 ss.

(5) No concebimos, pues, *la voluntad* como una categoría de la percepción, sino *independientemente* de ésta y a su lado. Pero, repetimos, que antes de penetrar en el problema *ideal* de la voluntad es necesario investigarla procediendo *por categorías*, es decir, viendo cuáles son las modalidades en que puede presentarse (§ 26 n. 3).—H. EHRENBERG, *Kants Kategorientafel und der systematische Begriff der Philosophie*, en *Kants-Studien*, 14, pg. 392.—Véase también §§ 26 n. 2 y 4 y 76 n. 1.

(6) La aplicación práctica de esta investigación *ideal* se halla ligada, evidentemente, a los distintos tipos o modalidades típicas en que la voluntad se descompone. Vemos esto de un modo bien claro al hacer por desentrañar el concepto «*del Derecho*», diferenciándolo, con arreglo a caracteres específicos, de otras categorías teleológicas, y al intentar ver cómo aparece este concepto en el plano de las aspiraciones limitadas y al construir una doctrina me-

### 30.—EL DERECHO, UNA CATEGORÍA DE LA VOLUNTAD.

El concepto *del Derecho* entraña una *categoría de la voluntad* (1). El Derecho no es un cuerpo físico ni es tampoco una fórmula conceptual para investigar los fenómenos del espacio. Ni contiene

tódica del pensar jurídico. Si prescindiésemos de este análisis *conceptual*, que constituye la *primera parte* de la ciencia de los fines, jamás lograríamos resolver debidamente y de un modo definitivo el problema *ideal* de la justicia dentro de situaciones concretas. Cfr. § 106.—KANT, en su «Crítica de la razón práctica», tocó el tema del imperativo «hipotético», pero sólo incidentalmente (v. sobre esto STANGE, *Kant-Studien*, IV, pg. 232), § 79 n. 6. Para KANT era dudoso que el concepto de la libertad fuese nota característica de una voluntad *justa*. Pero no es menos problemático el concepto de la voluntad *reprobable* desde un punto de vista natural y *causal*: lo decisivo es siempre el hecho de tratarse de una *voluntad* que como tal entraña necesariamente una facultad de *opción*. Cfr. § 31 n. 1. *WR.* §§ 63 ss. *TR.* I, 7.—V. también *infra* § 80.

(1) Con esto no se quiere decir que la *voluntad* sea la materia condicionada y lo *jurídico* la forma del concepto del Derecho. Entenderlo así, como hace BINDER, *op. cit.* (§ 18 n. 12), pgs. 26 y 58, es caer en un grave error. Téngase en cuenta que la palabra «voluntad», en el sentido en que la emplea la teoría crítica del Derecho, no significa una sensación ni una energía (§ 26 n. 1 ss.; *cfr.* § 76 n. 1), sino que expresa sencillamente un modo *armónico* y *absoluto* de ordenar *lógicamente* distintos fenómenos. *TR.* pgs. 50, 53, 72 y 612 s. La *voluntad*, así estudiada, es un método *puro* de ordenación, un procedimiento *lógico* para determinar ciertas nociones con arreglo a la relación condicionante *de medio a fin*. El aspecto *psicológico* que por modo complementario se puede traer a consideración después de determinar *críticamente* el concepto de voluntad (§§ 73 ss.) es, por el momento, ajeno de todo punto a nuestras investigaciones. La expresión *voluntad* sólo designa aquella noción que es el *método lógico* de ordenación de aspiraciones dadas, y éste es el que, en cuando tal método, nos importa ahora, pura y exclusivamente. No puede discutirse ni dar lugar a dudas que ese concepto general, o *principio puro de ordenación*, que llamamos *voluntad*, se traduce en diferentes modalidades o categorías, una de las cuales es precisamente la modalidad *jurídica* de aquella ordenación *lógica absoluta*. Pero este modo de ordenar los hechos en la relación *de medio a fin* no es lo que constituye *la materia* de la tal ordenación: la materia la da en cada caso la *aspiración concreta* que según el examen crítico aparezca determinada por aquella modalidad *pura* de ordenación que repetidamente hemos descrito y clasificado. Cfr. § 94 n. 3.

tampoco, finalmente, una idea que pueda trascender a la totalidad de la experiencia natural y servir a modo de pauta para el naturalista (2).

El concepto de lo «jurídico» sólo lo podemos encontrar en el sector del mundo espiritual que llamamos *la voluntad* (3).

Más no se puede decir que el Derecho sea «un producto» de la voluntad o, como otros afirman, «creación» del fin. Aquí no hablamos para nada de los *origenes* «del Derecho», pues esto supone lógicamente que se tenga ya un *concepto*, una noción unitaria «del Derecho» cuya génesis se investigue. Lo que nos interesa, por esta misma razón, no es quien con su voluntad haya traído al mundo «el Derecho» o lo haya modificado. *Derecho y voluntad* no se hallan en la relación de criatura a creador, sino en la relación de la *parte* con el *todo*: el Derecho es una de las partes o modalidades de la voluntad (4).

(2) El contenido de una norma jurídica y el de la ley de la gravedad, por ej., no pueden jamás coincidir, como no sea en la suprema noción de una ordenación armónica de nuestra conciencia. Toda norma jurídica es y será siempre, necesariamente, algo distinto a la ordenación de percepciones en la relación de causa a efecto, porque tiene que tender inevitablemente a la consecución de un fin.

(3) El que ejercita un «derecho» no se limita a registrar un hecho en su percepción, sino que *quiere* algo, *aspira* a algo; al dictar una «norma jurídica» se persigue siempre algún *fin*, que es otra cosa que afirmar un hecho de la experiencia; y al examinar el contenido de un «orden jurídico» no se presentan a nuestra observación fenómenos corporales como en el mundo de la naturaleza, sino manifestaciones de la *voluntad* humana. TR. pg. 69. STARK, *Die Analyse des Rechts. Eine Beschreibung der Rechtsdinge auf Grund der Psychophysiologie des Organismus*, 1916 (rec. muy acertada de SAUER, en *Zeitschr. f. Strafr.*, 38, pgs. 700 ss., AFFOLTER, *Naturgesetze und Rechtsgesetze*, 1904. Sobre otros intentos de investigación del Derecho y de la vida social por los métodos de las ciencias naturales, v. §§ 35; 118 y 17, 147, 169.

(4) Algunos partidarios de la Escuela histórica piensan de modo distinto. Así, PUCHTA, v. gr., dice en sus «Pandectas» (11.<sup>a</sup> ed.), 1872, § 10: «El Derecho es una convicción común de los que forman parte de la comunidad jurídica». Este modo de ver nace de la curiosa concepción de que el Derecho no es obra de los *hombres* sino de una «alma nacional», en la que los juristas de esta escuela veían una entidad soberana con vida propia (§ 16). El «espíritu del pue-

El análisis que para determinar este concepto se tiene que hacer no ha de recaer sobre aspiración alguna de contenido limitado. No nos preocupemos de ver cuáles sean los diversos fines que el Derecho persigue, porque con esto sólo podremos conseguir una descripción hecha al azar y sin trascendencia *absoluta*. El verdadero *concepto del Derecho* es necesariamente absoluto porque responde a una modalidad armónica y condicionante para la ordenación de los fines y los medios *en sí y de por sí*, es decir, independientemente de todas las materias concretas de su contenido (5).

blo», dicen ellos, despierta entre los hombres que se hallan bajo su influjo ciertas convicciones comunes; y estas convicciones son las que, cuando afectan a materias «jurídicas», constituyen «el Derecho». Sin dificultad se ve que esto es razonar dentro de un círculo vicioso, en que la Escuela histórica se encierra irremediablemente al construir su doctrina sobre «una convicción». Esta, aunque sea «común», de nada sirve para fijar la característica condicionante del concepto que se investiga. «Convicción» es la creencia de que una noción cualquiera es *necesaria* para armonizarse en su modalidad concreta con una unidad fundamental de nuestros pensamientos. Y esto se puede referir a *todas* las nociones de la conciencia humana, sin prejuzgar nada en cuanto al criterio determinante y a la diferenciación metódica de la noción de que se trate y a que afecte la «convicción», sea o no «común». BEKKER, *Das Recht als Menschenwerk und seine Grundlagen*, 1912. Sobre JHERING v. § 18 n. 10.

(5) SPINOZA (1632-1677) fué uno de los que se esforzaron, y de modo muy notable, por demostrar el Derecho como parte de la Naturaleza. En el *Tractatus theologico-politicus*, c. 16, y también en la *Ethica*, lib. IV, hizo aplicación del pensamiento central de su doctrina, según el cual todas las cosas que existen son simples modalidades (*modi*) de una unidad suprema, regida por leyes naturales: la *sustancia*. Esta es *id, quod in re est et per se concipitur, hoc est id, cuius conceptus non indiget conceptu alterius rei, a quo formari debet*. Entre aquellos *modi* se encuentran también los hombres. Un *Derecho natural* humano, dice SPINOZA, sólo se puede concebir en el sentido de las *leyes naturales*; un Derecho semejante, añade con una conocidísima expresión, rige también entre los peces, siendo una de las legítimas facultades derivadas de ese orden natural el que el pez grande se trague al chico. SPINOZA hubiera debido desterrar de su doctrina, consecuentemente, toda noción de fin como determinante de las nociones jurídicas, entendidas éstas conforme a sus principios. No obstante, también en sus concepciones se abre paso y se impone con una gran fuerza la sustantividad metódica de la *voluntad* con su facultad de *opción*. SPINOZA

## SECCIÓN TERCERA

## LA VINCULACIÓN

## I.—El problema moral.

## 31.—FUNDAMENTAL DIVISIÓN DE LA VOLUNTAD.

Los conceptos *moral* y *social* son conceptos distintos y contrapuestos. Ambos tienen, sin embargo, de común el ser manifestaciones de la *voluntad* humana. Necesitamos, pues, de un criterio determinante que nos sirva para deslindar debidamente estos dos conceptos (1).

pretende demostrar que para el hombre es «más provechoso» el vivir conforme a las leyes de su razón; que el Estado se debe aceptar como un mal menor en comparación con la anarquía; que esta institución es el *medio* más adecuado para la consecución del destino natural del hombre, reconociendo, como consecuencia de esto, que es legítimo averiguar cuál sea el *optimus rei publicae status*. Aun cuando las bases dogmáticas del sistema de SPINOZA no fuesen indemostrables, sus doctrinas, en cuanto se refieren a nuestro problema, tendrían que fracasar, por la contradicción irreductible que encierran en su propia entraña. *RSZ.*, § 5. SCHMAUSS, § 28. WARNKÖNIG, pg. 49. ROSSBACH, pgs. 220 ss. HINRICHS, I, pgs. 186 ss. STAHL, I, pgs. 105 ss. GEYER, pgs. 42 s. AHRENS, I, pgs. 100 s. ZÖPFL, pgs. 19 ss. BLUNTSCHLI, pgs. 129 ss. FRANCK, *op. cit.* (§ 14 n. 1), pgs. 410 ss. LASSON, pgs. 89 ss. STINTZING, III, páginas 10 s. TULLIO, *Il concetto del diritto nella dottrina di Spinoza*, Nápoles 1881. WORM, *Spinozas Naturrecht*, en *Arch. f. Gesch. der Philos.*, 17, pg. 500 (rec. *WR.*, n. 185). UEBERWEG, III, § 16. VORLÄNDER, II, § 11. LIEBERT, *Kritische Philosophie* (v. § 125 n. 3), pgs. 198 s. y 214.

(1) GENGEL, *Die Begriffe des Sittlichen und des Rechts*, 1893. GIERKE, *Recht und Sittlichkeit*, en *Logos*, VI, pgs. 211 ss. LAUTERBURG, *Recht und Sittlichkeit*, Bern 1918. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1), pgs. 61 ss. V. también la bibl. cit. en § 15 n. 21. KANT divide su «Metafísica de las costumbres» en dos partes, consagrada una a la Teoría del Derecho y la otra al Tratado de la virtud, pero sin llegar a una diferenciación conceptual entre los dos campos. No puede verse en el *impulso* que mueva a obrar en una y otra esfera, el verdadero criterio diferencial, diciendo que la *moral* responde a la idea de libertad, mientras que el *Derecho* se mueve por un impulso exterior (Introd. a «Metaf. de las cost.», III). La *idea* de la libertad se puede dar y puede faltar en *todas* las manifestaciones de la voluntad humana, porque constituye la ley

El criterio que investigamos no puede residir en la bondad o malicia intrínseca de una voluntad determinada. Esta distinción afecta por igual a ambas manifestaciones: puede haber una *moral* «mala» y una «buena» voluntad *social*. En el primer caso, la voluntad de que se trate no deja de ajustarse plenamente al *concepto* de «moral», aunque no corresponda a la *idea* de bondad que rige para toda voluntad *en general*; y lo mismo en el segundo caso: no se debe confundir el *concepto* de «social» como aquella *idea* que sirve de pauta para nuestros juicios (2).

Esta desintegración general dé la voluntad a que nos referimos sólo se puede obtener investigando, en primer lugar, la voluntad de un hombre aislado que se nos presente formando *por separado* una unidad, y viendo, en segundo lugar, la voluntad de unos individuos en sus relaciones con la de otros. Este segundo punto de vista da lugar a una especial categoría volitiva, a una de las categorías fundamentales de la voluntad: la de la voluntad *vinculatoria*.

Voluntad *vinculatoria* es aquella que enlaza entre sí *varias voluntades* como *medios reciprocos* en sus relaciones. Lo que uno quiere lo toma el otro como medio de su propia voluntad, y a su vez aquel encuentra en la voluntad de éste un medio para sus fines propios (3).

Con esto queda caracterizada en su esencia una modalidad es-

última de la voluntad y la posibilidad ideal de lo que llamamos una voluntad justa. Nada tiene que ver esto con la división de la voluntad en diferentes *categorías* (§ 29 n. 6 y n. 4).

(2) Por esto cabe perfectamente comparar entre sí varios sistemas de moral y tener a uno por mejor y más perfecto que otro. Al *concepto* de «moral» todos ellos se ajustarán plenamente, aun cuando en algunos de sus aspectos concretos sean menos *buenos*; es decir, que se aparten más de lo debido de la *idea* del «bien» (v. también § 33).

(3) Con esta noción nos hemos de ir compenetrando de un modo cada vez más seguro en el curso de nuestra exposición. Todo el *Derecho* descansa en esta base (§ 36). Tomemos aquí, como ejemplo para ilustrar nuestro pensamiento, el caso de la enseñanza y la educación; los fines que el maestro persigue son: difundir conocimientos y levantar el nivel espiritual de la humanidad; los que persigue el discípulo: educarse y desarrollar su espíritu, por su propio impulso o por decisión de sus padres o representantes. Cada fin es, pues, a la vez, como se ve, medio para los fines de la otra parte.

pecial de perseguir fines, modalidad que condiciona de un modo formal la voluntad en esta su manifestación. La voluntad *vinculatoria* es algo más que una simple adición de fines idénticos (4).

Esta voluntad *vinculatoria* no se puede confundir fácilmente con las voluntades de los individuos vinculados. Tienen que concurrir, por lo menos, *tres* voluntades distintas: las dos de los *vinculados*, iguales entre sí por su estructura lógica, y la *vinculatoria*, que formalmente se halla *sobrepuesta* a ellas y las condiciona. Aquí, que sólo tratamos de determinar el concepto de vinculatoriedad, nada nos importa quién sea el *sujeto* que en un caso dado abrigue y lleve a efecto una voluntad del carácter formal de ésta a que aludimos (5).

Lo único que se exige en esta fundamental división de la voluntad es que sean varias las conciencias volitivas y que se dé la posibilidad de ordenarlas de algún modo (6).

(4) Una doctrina peculiar sobre la «voluntad colectiva» es la de WUNDT, *op. cit.* (§ 9 n. 3), pgs. 302 ss. (Rec. BINDER, en *Kant-Studien*, 23, pgs 456 ss.); *infra* § 75 n. 3. Cfr. también SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 232 ss.

(5) V. § 101: *En quién encarna la voluntad común.*

(6) El estado de vinculación que se nos presenta en el concepto de *sociedad* no se debe, pues, concebir a modo de un efecto causado necesariamente en el sentido de la ley natural de causalidad, sino como una vinculación de los fines de todos los individuos que componen la sociedad. *WR.* esp. §§ 17 y 19; cfr. § 22, esp. n. 72 s. y § 100; *TR.*, I 9. Tampoco la expresión de «contrato social» (v. § 69 n. 1) es la adecuada para caracterizar la doctrina expuesta en el texto. V. NATORP, *op. cit.* (§ 29 n. 4), pg. 50. No tratamos de describir *hechos reales*, sino de poner en claro las *formas puras* de ordenación. A la desintegración de la noción de voluntad en aislada y vinculatoria nos vemos llevados al reflexionar sobre las posibles relaciones entre los fines y los medios, como simples posibilidades *abstractas*, sin descender para nada al terreno *empírico*, es decir, sin referirnos a aspiración ninguna limitada y concreta. Es un derecho de nuestra investigación crítica el clasificar en el *sistema de las formas puras* estas dos posibilidades *abstractas*, como las posibilidades exclusivas que se nos ofrecen: la de los fines que no trascienden de la vida individual de un hombre (§ 32) y la de aquellos otros fines que se entrelazan recíprocamente en función de medios. Cfr. § 115 n. 4.

### 32.—LA VIDA INTERIOR.

La vida interior del hombre abarca todo el mundo de sus pensamientos. Encierra la atención que cada cual consagra a la naturaleza que le rodea, y se plasma por entero en la imagen conjunta en que se refleja toda su experiencia. Los sentimientos religiosos y las relaciones del hombre con su Dios forman, pues, parte del interior exclusivo de cada uno (1).

Nos interesa aquí fijarnos de un modo especial en la vida interior, en cuando tiene por objeto los *deseos* y las *intenciones*. Estos pensamientos forman un mundo aparte. Los cambios constantes y las contingencias a que este mundo se halla sujeto obligan al hombre a buscar un cierto criterio de unidad que le permita dominarlo y poner el orden sobre una base segura (§ 86).

La característica condicionante de la *vida interior* es la *unidad del hombre aislado*, mientras que la *existencia social* se halla determinada conceptualmente por la *vinculación de los fines* humanos. Esta distinción no se refiere, pues, a objetos de la realidad, de materia concreta y limitada, sino que descansa en la diversidad del criterio *formal* que caracteriza a cada aspiración. Puede muy bien acaecer, por consiguiente, que una misma aspiración caiga bajo ambos puntos de vista y sea condicionada por ambas nociones: de una parte, por la de la voluntad *moral* (o aislada), y de otra, por la de la voluntad *social* (o vinculatoria) (2).

Finalmente, nada importa, en cuanto a la determinación del con-

(1) Contra GÖRLAND, *Ethik als Kritik der Weltgeschichte*, 1914 (v. § 29 n. 1), que sólo reconoce posible una voluntad dentro de la comunidad.

(2) Esta distinción se hace resaltar con toda fuerza en el Sermón de la Montaña (Mat. 5, 21 ss.) como base de su doctrina. De los preceptos del Decálogo, que presenta un valor *social*, sólo dos se examinan allí. Los demás se pueden analizar de modo análogo siguiendo aquel ejemplo. STAUDINGER, *Die Zehn Gebote im Lichte moderner Ethik*, 1902, pg. 85. En cuanto a la distinción conceptual de que aquí se trata, nada importa que lo que no trasciende del pensamiento sea algo socialmente ilícito o algo que, siendo lícito socialmente, sea reprochable para la moral; v. gr.: hacer la ley *suprema* de toda una vida el propósito de adquirir dinero por medios honrados o que, finalmente, le haga perder al hombre aislado todo dominio sobre su propia persona frente a la Naturaleza. Véase también §§ 85 y 99.

cepto de vida interior, que el hombre disponga o no de medios para alcanzar *en el mundo exterior* el fin aspirado. Cuando faltan estos medios *externos*, la aspiración de conseguir el objeto a que se tiende se llama *deseo*, en el sentido estricto de la palabra.

Tampoco los *deseos* se sustraen a la necesidad de poner orden y unidad en el mundo de nuestros pensamientos. Téngase en cuenta que el *deseo* no significa en modo alguno falta de *todo medio*, sino simplemente de medios *externos*. También el que siente un simple deseo dispone de medios que son los de elevar sus pensamientos a resolución. Y este fin puede perseguirse y alcanzarse eligiendo los deseos justos que se hallan en guerra con los falsos .).

### 33.—MULTIVOCIDAD DE LA EXPRESIÓN «MORAL».

El concepto «moral» se distingue del concepto «social» mediante el criterio ya indicado (§ 31): aquél no trasciende de la *vida interior* del hombre, de su voluntad *aislada*; éste, en cambio, tiende a la *convivencia* de varios hombres; es, por consiguiente, una voluntad *vinculatoria*. No se alcanza, ni ha sido propuesto jamás, otro criterio condicionante para distinguir estos dos conceptos (1).

Sólo después de determinar *conceptualmente* estos dos campos, surge en el interior de cada uno de ellos *otra distinción ulterior*, según que las manifestaciones concretas que allí se presenten aparezcan o no orientadas en el sentido de la *idea* de una voluntad pura. Esta segunda distinción afecta por igual a las dos cla-

(3) En punto a los *deseos*; es decir, cuando la voluntad carece de *medios externos*, puede ocurrir, o bien que éstos no se le cancelen al que sustenta el deseo en absoluto, o que, aun existiendo, no sean puestos en juego por él. *TR.*, I, 10. BINDING, *Die Normen*, II, pgs. 301 ss., y 815 ss.

(1) Tampoco ha habido nadie, hasta ahora, que negase la posibilidad de toda distinción *conceptual* entre lo social y lo ético. Con la vaguedad característica de sus doctrinas y con una gran simpleza, se preguntan los materialistas si «lo moral» no será en el hombre una supervivencia hereditaria «de su ascendencia animal», *Neue Zeit*, 25, 1, 154 y 213. V. *infra* § 35 n. 5.—FREDERICH, *Ueber das realistische Prinzip der Autorität als der Grundlage des Rechts und der Moral*, 1882 (v. § 49 n. 2). RAPPOPORT, *Die soziale Frage und die Ethik* (2.<sup>a</sup> ed. 1895). WOLTMANN, *System des moralischen Bewusstseins*, 1898.

ses de voluntad primeramente deslindadas: la «moral» y la «social». Para poder comparar entre sí y juzgar en cuanto a su bondad diferentes doctrinas «morales», es necesario que todas ellas correspondan *al concepto* de «moral», sin que estos juicios y comparaciones afecten para nada a la contraposición entre este concepto y el de la voluntad «social» (2).

Si esto ha podido dar lugar alguna vez a dudas e inseguridades, es porque a la expresión «moral» se le atribuye, además de esta fundamental distinción de lo «social», el sentido de lo «recto», por oposición a lo «reprobable» (3).

En este segundo sentido, la palabra moral se emplea con cuatro acepciones diferentes:

a) Para significar toda voluntad legítima, sin más: así se habla, v. gr., de las energías «morales de un pueblo» (4);

b) Para indicar *la bondad* de carácter en la *vida interior* de un hombre: así se dice, por ej., que son «inmorales» la envidia y la soberbia farisaica (5);

c) Para aludir a una *voluntad social justa*: se habla, por ej., de donaciones que responden a un «deber moral» (6);

d) Para designar la corrección de conducta en las relaciones sociales, como cuando, v. gr., se habla de crímenes contra «la moralidad» (7).

Toda esta terminología que se ha ido acumulando no favorece en nada a la claridad de los conceptos. Según esto, puede darse una voluntad «moral» «inmoral» y una voluntad «moral» «moral». La voluntad «moral», como concepto opuesto al de la voluntad *social*, puede ser más o menos «moral», en el sentido de *fundamen-*

(2) V. sobre esto §§ 31 y 85.

(3) REHMKE, *Ethik als Wissenschaft*, 1920, adscribe a la voz «moral» un triple significado: el de conducta discreta, el de conducta ajustada al deber y el de conducta altruista.

(4) En este sentido ZIEGLER, *Die soziale Frage eine sittliche Frage* (5.<sup>a</sup> ed. 1895), al que replica STAUDINGER, invirtiendo el título: *Die sittliche Frage eine soziale Frage*, en *Philos. Monatsh.* 29, pgs. 300 ss.

(5) V. sobre esto, § 86: *La pureza interior*.

(6) *Infra* § 158; cfr. 117. El deber *moral* es aquí lo opuesto a los deberes que imponen las normas *técnicamente moldeadas* del Derecho (§ 127) y equivale a *Derecho fundamental justo*.

(7) V. la terminología del Cód. penal al., §§ 171 ss.

*talmente justo*, pero no es necesario que coincida en absoluto con esta última acepción (8).

## II.—La voluntad vinculatoria.

### 34.—ESTADO DE NATURALEZA.

Para explicar la existencia social, era corriente, sobre todo en tiempos antiguos, traer a colación el caso del hombre que vivía *totalmente aislado* (1). Pero, las más de las veces, sin que se pretendiese presentar esto como un hecho histórico, sino a modo de simple abstracción para mejor comprender el sentido y la significación de la vida social (2).

La noción de un *estado de naturaleza* en el hombre sólo puede ser una noción *provisional*. Aislando al individuo, no deja de pensar en sus relaciones exteriores con los demás. Si desenvolvemos consecuentemente nuestros pensamientos, tenemos, pues, que relacionar las aspiraciones de cada uno con las de cuantos entran en contacto con él.

Decimos que un pensamiento es «necesario» cuando es indispensable condición para poner orden y unidad en nuestra conciencia.

(8) Fácilmente se ve que en esta situación salen ganando poco en claridad los razonamientos que se pueden construir sobre la expresión de «moral» o «ética». Y los peligros que esto encierra aumentan para nosotros, ya que en la técnica jurídica el giro de «moral» se emplea muchas veces como un ripio. Así, se habla, por ej., de contratos, de testamentos «inmorales» (*contra bonos mores*), de derechos «morales», de instituciones jurídicas «morales», como la de matrimonio, etc.; compárese esta terminología con las distintas acepciones de la palabra «moral» registradas en el texto. Cfr. §§ 158, 162.

(1) Como ocurría sobre todo en las disquisiciones sobre el Derecho natural y el Derecho racional.

(2) Otra cosa es el «estado originario de la naturaleza» de que habla uno de los personajes del «Guillermo Tell» de SCHILLER. Aquí se trata de un *estado social* peculiar, en que domina no un Derecho determinado, sino un Derecho fundamentalmente justo, sin norma alguna reprochable. Esta aspiración alienta tan pronto como el «hombre se halla frente al hombre», prescindiendo en absoluto de la fantasía propedéutica del hombre totalmente aislado. El hablar, por ej., de un *derecho* de legítima defensa contra un mal Derecho, presupone necesariamente la existencia de una voluntad *vinculatoria*, y trasciende de la posibilidad de voluntades en ab-

Con lo dicho queda, por tanto, demostrada *la necesidad de una vida social*, por oposición al «estado de naturaleza» (3).

Y no se diga, a modo de objeción, que cabe llevar durante algún tiempo una vida de aislamiento como la de Robinsón (4).

Este estado pasajero de inhibición sólo puede darse en el seno de la sociedad y no tendría sentido si ésta no existiese; es siempre un episodio breve, que acaba necesariamente con la reintegración a la vida *social*. En los Derechos germánicos había la pena de proscripción, que llevaba consigo la condena al aislamiento, como efecto de una sentencia judicial basada en una norma de Derecho; la voluntad *social* era, pues, la que en último término decidía (5).

Finalmente, no hay razón para *menospreciar* la voluntad *social*, y principalmente la *jurídica*, como a veces se quiere hacer, viendo en el orden jurídico un recurso necesario, que sólo tiene razón de ser como dique de la maldad humana. Si no fuese por proteger a los buenos de los malos—dicen los que así piensan—no habría para qué mantener una regulación social (6).

Este modo de pensar es falso.

La existencia de una voluntad *vinculatoria* responde a una *necesidad*, que se impone inexcusablemente con la vida humana. Se

soluto disociadas. Se trata ya de un conflicto planteado en el seno del Derecho y que jamás desaparecerá. V. § 144. Cómo cabe demostrar cuál es en cada caso el Derecho justo y qué camino se ha de seguir para justificar esa legítima defensa de que se habla, lo veremos cuando estudiemos la *idea del Derecho*. V. §§ 91 ss. Una aplicación muy bonita, tomada de la vida práctica, la presenta WALTER SCOTT, en *Guy Mannering*, t. II, cap. 4.

(3) STAMMLER, *Das Recht im staatenlosen Gebiete*, en *Festschr. f. Binding*, 1911, I, esp. pgs. 340 ss., 350 ss. *TR.* I, ss. *WR.* § 17 y n. 61. *Infra* § 137. V. también § 5 n. 2.

(4) O por resolución espontánea de recogerse al retiro y a la soledad. V. § 99 n. 1. Sobre Robinsón y sus imitadores. V. VILMAR, *Geschichte der deutschen Nationalliteratur* (21.<sup>a</sup> ed.), 1883, pg. 821. KIPPENBERG, *Robinson in Deutschland bis zur Insel Felsenburg*, 1892. ULLRICH, *Robinson und Robinsonaden*, 1.<sup>a</sup> parte (única publicada). Bibliogr., 1898. BRÜGGERNANN, *Utopie und Robinsonade*, 1914.

(5) SCHRÖDER, §§ 12, 36 y 37. SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte* (2.<sup>a</sup> ed., 1915), pgs. 157 s. BRUNNER, §§ 8, 22 y 50. Del mismo modo se ha de resolver el problema de la libertad de los mares; v § 139.

(6) LUTERO se inclinaba también en este sentido.

trata exclusivamente, como veíamos, de una articulación de fines para poder laborar en común, condición que no podemos desterrar de la mente si desenvolvemos consecuentemente nuestros pensamientos. Y nada tiene esto que ver con la distinción entre hombres buenos y malos (7).

### 35.—LA SOCIEDAD.

Se dice que los hombres viven *socialmente* cuando sus fines se articulan y combinan. Los hombres se unen, suele decirse con una frase corriente en los tiempos modernos, para mejor hacer frente a la lucha por la existencia. Son las aspiraciones humanas las que se enlazan en el sentido de una voluntad vinculatoria. *Vida social* quiere decir convivencia (1).

(7) No nos sustraeremos a esta necesidad lógica con imaginar un cierto número de hombres buenos y racionales, cada uno de los cuales sólo aspire a servirse a los otros, como hace, por ejemplo, TOLSTOI en algunas de sus obras (últimamente en su *Diario*, t. I, 1917). La misma noción de un *servir unilateral* entraña inevitablemente una *modalidad especial* de la voluntad que *articula recíprocamente* las aspiraciones de los individuos. Y *fundamentalmente* no se trata más que de eso, de penetrar claramente en el concepto de *voluntad vinculatoria*. Hecho esto y después de ver, como es consecuencia necesaria de ello, que existe dondequiera que encontramos una vida humana, ya cabrá preguntar cuál es su modalidad y su manifestación legítima con arreglo a un principio, lo cual nos llevará lógicamente a buscar una justificación de la coacción jurídica (§ 107) y a estudiar la idea del Derecho (§§ 85 y 91). Véase también *WR.*, § 19. STAMMLER, *Socialismus und Christentum* (§ 15 n. 13), pgs. 102 s. Sobre TOLSTOI v., además, §§ 92 n. 6, 93 n. 4 y 103 n. 2.

(1) REINHARD, *Versuch einer Theorie des gesellschaftlichen Menschen*, 1797. LOR. STEIN, *Die Gesellschaftslehre*, t. II de su *System der Staatswissenschaft*, 1856 (v. § 3 n. 9 y GRÜNFELD, *Die Gesellschaftslehre von Lor. Stein*, tesis doct., Halle, 1908). TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887 (3.<sup>a</sup> ed. 1919) (Rec. STAMMLER, en *Philos. Monatsh.*, 26, pgs. 36 y ss.). KIS-TIANOWSKI, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899 (Rec. HATS-CHEK, en *Zeitschr. für Strafr. wiss.* 22, pgs. 158 ss.; *WR.* n. 52). WIESE, *Zur Grundlegung der Gesellschaftslehre. Eine Kritische Untersuchung von Spencers System der synthetischen Philosophie*, 1906 (v. § 178 n. 3). MESZLÉNY, *Das Privatrecht als Organisationsrecht. Ein privatrechtsphilosophischer Versuch*, en *Zeitschr. für vergl. Recht*, 30 (1913). SPANN, *Kurzgefasstes*

Alguna vez se ha querido investigar la esencia de la *sociedad humana* en relación con las «*sociedades animales*» (2). No es éste el camino científico adecuado. No sabemos de seguro que ningún animal tenga facultad de previsión con arreglo a las nociones de *medio* y de *fin*, ni que pueda valerse de estas nociones *articulándolas* entre sí (3). Pero esto es, en último término, para decirlo con una expresión muy exacta, «*materia opinable*» (4). Y aunque haya quienes se decidan por la opinión afirmativa, no afectará ello para nada a la *modalidad determinante* de la vida social humana; es decir, a la *vinculación de las aspiraciones*. No se haría más que aumentar numéricamente el objeto de nuestra investigación, sin tocar a su esencia (5). Por su esencia, toda sociedad es una *cooperación*, y como tal cae necesariamente bajo el método de la *ciencia de los fines*.

A las investigaciones sobre la sociedad humana suele darse, modernamente, el nombre de «*sociología*». Esta palabra se usa muchas veces, sin embargo, en un sentido bien diferente (6). Por «so-

*System der Gesellschaftslehre*, 1914. SOMLO, *op. cit.* (§ 18 número 13), pgs. 236 ss. BRINKMANN, *Versuch einer Gesellschaftswissenschaft*, 1919. *WR.* § 16 y n. 44 ss.; *Zeitschr. für Rechtsphilos.* II, pgs. 116 ss., § 121.

(2) Los detalles de esto v. en *WR.* § 18.

(3) Partiendo de esta afirmación, tenemos, como segunda característica diferencial y decisiva entre los hombres y los animales, el concepto de *ciencia*, que sólo el hombre puede alcanzar críticamente, y, finalmente, *la idea de lo absoluto*, que únicamente posee el hombre, tanto en el reino de las percepciones como en el de la voluntad. V. También §§ 76 *i. f.* y 82.

(4) V. KANT, *Crítica del juicio*, 1790, § 91.

(5) Es un error muy curioso del materialismo el pensar que deba partirse de los animales, para inferir de aquí conclusiones en cuanto a la peculiaridad de la naturaleza humana. Lo que en realidad acontece es que cada cual se toma por eje y punto de partida, penetrando con la mayor seguridad posible en sus cualidades esenciales para inducir de ellas las peculiares a otros seres. V., además, sobre el materialismo §§ 17 y 58 n. 2.

(6) AMMON, *Die Gesellschaftsordnung und ihre natürlichen Grundlagen*, 1896. BARTH, *Philosophie der Geschichte als Soziologie*, 1897 (varias edics. posteriores; v. también § 177). LUDW. STEIN, *Die soziale Frage im Lichte der Philosophie*, 1897, pgs. 17 ss. ACHELIS, *Soziologie*, 1899. ANEMA, *Die grondslagen der sociologie*, Amsterdam 1900. WORD, *Soziologie von*

ciología» se entiende, sobre todo, una corriente doctrinal que aspira a investigar la vida social por los métodos de las *ciencias naturales*. Los partidarios de estas doctrinas piensan que cabe establecer lo que ellos llaman «leyes» de la vida social que, teniendo un contenido históricamente dado, rijan no obstante con valor absoluto (7).

Así entendida, la «sociología» descansa en un error metódico fundamental (8).

*heute*, trad. 1904 (enumera doce acepciones de la palabra «sociología»). ELEUTHEROPOULOS, *Soziologie*, 1904. GUMFLOWICZ, *Grundriss der Soziologie* (2.<sup>a</sup> ed. 1905). WERNSDORF, *Grundriss des System der Soziologie*, 1906. RATZENHOFER, *Soziologie*, 1907. TÖNNIES, *Das Wesen der Soziologie*, 1907; EL MISMO, *Soziologie und Politik*, en *Zeitschr. für Politik*, I, pgs. 219 ss. EL MISMO, *Soziologie im System der Wissenschaften*, en *Arch. f. Rechtsphilos.*, 9, pgs. 180 ss. DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain 1911. COHN, *Étik og soziologie*, Kopenhagen 1913. SIMMEL, *Das Problem des Soziologie*, 1917 (2.<sup>a</sup> ed. 1922); EL MISMO, en *Schmollers G.*, 18, págs. 1301 ss. HUBER, *op. cit.* (§ 6 n. 1) pgs. 14 ss.—*Verhandlungen d. s. soziolog. Tages*, 1910, pgs. 17 ss.—Para más bibliogr. v. EISLER, *Grundlagen der Philosophie des Geisteslebens*, 1908, pgs. 302 ss. V. también § 58.

(7) Claro que esto no pasa de ser un programa. Ningún sociólogo cita un ejemplo concreto de tales «leyes». ¿Quizá la «ley de la oferta y la demanda»? ¿O la de que «las cosas robadas no tienen precio»?

(8) Conviene citar aquí, en primer término, la colección «*Natur und Staat*», publ. con ocasión del concurso abierto por la casa Krupp (v. § 169 n. 6.), pgs. 1903 ss. Los trabajos más notables que comprende aquella obra son los siguientes: H. E. ZIEGLER, *Einleitung*, 1903 (EL MISMO, *Die Naturwissenschaft und die sozialdemokratische Theorie*, 1893). HESSE, *Natur und Gesellschaft*, 1904. EL MISMO, *Der Begriff der Gesellschaft in Spencers Soziologie*, tesis doct., Halle 1901 (cfr. § 178 n. 3). (Rec. TÖNNIES, *Zur naturwissenschaftlicher Gesellschaftslehre*, en *Schmollers Jahrb.* 29, pgs. 1283 ss.) KUHLENBECK, *Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften*, 1905. REHM, *Deszendenztheorie und Sozialrecht*, en *Hirths Annalen*, 1906, pgs. 703 ss. BIERMANN, *Natur und Gesellschaft*, *Conrads Jahrb.* 3.<sup>a</sup> serie, 27, pgs. 681 ss. (cfr. también § 26 n. 4., § 29 n. 1). *WR.* n. 171.—OSTWALD, *Recht und Kulturwissenschaft*, en *Ann. der Naturphilos.* I, pgs. 14 ss. BOZI, *op. cit.* (§ 21 n. 5). BOVENSIEPENS, *Naturwissenschaftli-*

Son distintas las condiciones que rigen el conocer científico de lo *físico* y de lo *social*. Las *ciencias naturales*, en el sentido que aquí nos interesa, tienen por objeto de investigación *la materia* y su dinámica dentro del espacio. Por el contrario, las *ciencias sociales* estudian *las aspiraciones* que dirigen la actividad común de varios individuos en convivencia. Lo que les interesa es, pues, lo que constituye *el contenido* de estas aspiraciones. La investigación *científica* de esto que nosotros llamamos *voluntad vinculatoria*, en su aspecto *intrínseco*, es la que de un modo absoluto ha de armonizarla en unidad, procediendo para ello mediante un método *propio*; no puede limitarse a observar simples fenómenos *físicos*.

Ni basta, para caracterizar el método propio e independiente de las *ciencias sociales*, el decir que éstas están llamadas a estudiar «las acciones y reacciones recíprocas» que se manifiestan entre varios individuos (9). Esto, en realidad, no pasaría de ser una investigación del *hombre aislado como simple ser natural*, aunque considerado en sus relaciones con otros. Y lo que nosotros queremos es estudiar *la vida social* en cuanto tal, en su propia peculiaridad, como objeto aparte de investigación, al lado de la que tiene por materia *los fenómenos dentro del espacio* (10). Para esto, necesitamos dilucidar críticamente la posibilidad de formarnos una noción armónica de la *sociedad humana* (11).

*che Methode f. d. Rechtswissenschaft*, en *Recht und Wirtschaft*, I, pgs. 463 ss.

(9) Así se expresa SIMMEL, *Zur Methodik der Sozialwissenschaft*, en *Schmollers Jahrb.* XX, pgs. 575 ss. EL MISMO, *Soziologie* (v. arriba n. 6), pgs. 5 s. *WR.* § 21 y n. 65.

(10) La imagen, tantas veces empleada, de «organismo» es engañosa y no más que un tópico vago para apaciguar el espíritu. KRIEKEN, *Die sog. organische Staatstheorie*, 1873. SCHÄFFLE, *Ban und Leben des sozialen Körpers*, 4 vols., 1875 (2.<sup>a</sup> ed. 1896). TOWNE, *Die Auffassung der Gesellschaft als Organismus*, tesis doct., Halle 1903. KAUFMANN, *Ueber den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrh.*, 1908. EDG. LOENING, art. «Staat» en *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, esp. II, 3. Cfr. n. 11 esp. b.

(11) Ultimamente, STEINER y sus secuaces han insistido en lo que llaman «la división trimembre del organismo social». V. especialm. STEINER, *Die Kernpunkte der sozialen Frage in den Lebensnotwendigkeiten der Gegenwart und Zukunft*, 1819.

Ahora bien: el concepto de *sociedad* es una noción sintética, que, debidamente analizada, se pueda descomponer en los dos elementos siguientes (12).

Toda sociedad consta, dicen, al igual que el organismo humano, de cabeza, de sistema circulatorio o respiratorio y de sistema asimilatorio, cada uno de ellos «con una cierta sustantividad». Los tres miembros del «organismo social» son propiamente: el de la vida económica, el de la vida política en sentido estricto y el de la vida espiritual. Y cada una de estas partes se desenvuelve bajo sus leyes propias y con sus propias energías. Esta descripción hace sentir la necesidad de descubrir «el pensamiento central» a que responden *todas* las instituciones sociales (v. *op. cit.* pg. 57). Pero esto no se logra. En primer lugar, no se llega a ver claramente qué se entiende en rigor por «organismo social». No basta decir que se aspira a que el pensamiento humano, la sensibilidad humana aprendan a sentir las posibilidades vitales por la observación de los organismos de la naturaleza para hacer luego aplicación de ello al organismo social (*loc. cit.* pg. 29.). Qué haya de entenderse, con toda claridad de concepto, por *organismo natural*, eso no lo puede decir la *sensibilidad*, sino que hay que determinarlo por los elementos que condicionen esa noción en nuestra mente; y exactamente lo mismo en lo que se refiere a lo que se denomina *organismo social*. Es *organismo natural* un objeto cuyas distintas partes se engendran y producen recíprocamente (KANT, Crit. del juicio, §§ 65 s.). A diferencia del *mecanismo* de una máquina, por ejemplo. Es, pues, la categoría de la *recíproca condicionalidad originaria y funcional* la que caracteriza la armonización de lo múltiple en los *organismos naturales*. No ocurre esto con la *sociedad*, como objeto peculiar de investigación. Sociedad es la *cooperación*; es decir, la articulación de *medios* y *finés*. Lo decisivo de toda investigación *social* se halla en la peculiaridad del *contenido* de las aspiraciones humanas, en cuanto *por sus finés* se hallen vinculadas recíprocamente. Esta noción de la *voluntad vinculatoria* es en realidad lo que condiciona el concepto del llamado «organismo social». En las dos acepciones indicadas de la palabra «organismo» (la natural y la social) aparece como rasgo común la tendencia a la *unidad*. Pero de aquí no puede pasar la analogía (cfr. §§ 25 n. 1; 27 n. 3; 30 n. 1). Uno y otro concepto encierran elementos muy distintos y dispuestos de modo muy diverso y difieren por la forma y por la materia. Lo que se entiende por «organismo social» no es otra cosa que un *orden jurídico con propia sustantividad* (§ 134). Sobre las consecuencias que de aquí se siguen, v. §§ 55 n. 10; 56 n. 12. Cfr. también TRAUB, *Steiner als Philosoph und Theosoph* (2.<sup>a</sup> ed. 1921).

(12) Para poder entender exactamente este análisis crítico se requiere cierta soltura en cuanto a la ordenación de los pensamien-

1.º La *vinculación como tal*, que consiste en la *modalidad condicionante* de la convivencia y se traduce en una *regulación externa*; es decir, en una voluntad que articula los fines de los individuos vinculados en función recíproca de medios (§ 31).

2.º La *actividad común* de los individuos que componen la sociedad y que, como toda conducta humana, tiende a la satisfacción de cualesquiera necesidades, de aquellas a que se puede atender mediante cooperación (§§ 55 ss.).

Estos dos elementos que encierra el concepto de «*sociedad*» no se hallan en el mismo plano. El primero, el constituido por la voluntad vinculatoria, es la *condición lógica* de la vida y la conducta de los hombres en cooperación. En cambio, el segundo, la actividad social, no es concebible sin aquella inteligencia y aquella finalidad común; es éste, por tanto, el elemento *lógicamente condicionado* por la regulación externa, dentro del concepto de «*sociedad*». El uno es la *forma* de este concepto; el otro, su *materia* (§ 5).

Pues bien: dentro de la *forma* del concepto de la vida *social* es donde hemos de hallar el concepto *del Derecho*.

### 36.—EL DERECHO, VOLUNTAD VINCULATORIA.

El *Derecho* es una de las categorías de la voluntad *vinculatoria*. Su concepto entraña la idea de *cooperación*. Y la *ordenación* de las aspiraciones que tienden a un fin *común*, requiere que haya una voluntad *sobrepuesta* a las distintas aspiraciones y *esencialmente* diversa que las rijan (1).

tos, para ver en su propia sustantividad, por encima de la simple materia condicionada, los métodos *lógicamente condicionantes* que sirven de *pauta armónica* de ordenación (lo que se llama la forma). De este modo no se caerá en el craso error de ver en los elementos *formales* de una noción (y toda noción es sintética) a modo de resortes causales de su *materia* o como algo que la preceda perceptiblemente en el tiempo. Pues si bien aquellos elementos *formales se pueden concebir* independientemente, en la realidad *sensible* no aparecen con existencia propia, ni se anteponen en el tiempo a los otros elementos *lógicamente determinados* por ellos, ni actúan sobre éstos de modo causal. V. §§ 3 y 56. Cfr. *WR.* §§ 2, 20, 50 y 68, con los casos de curiosas confusiones allí citados: v. n. 62, 75, 134 y otras.

(1) Cfr. la bibliogr. cit. en § 22 n. 1. V. *TR.* I, 12. ARNOLD, *Philosophische Betrachtungen eines Juristen*, 1908.

Se sigue de aquí que la noción *del Derecho* es otra cosa que una *simple suma* de aspiraciones individuales que se hayan de fundir jurídicamente. Si queremos concebir y determinar *la noción del Derecho* en su esencia, tenemos que desentrañarla de aquella categoría de la voluntad que hemos caracterizado y explicado denominándola *vinculatoria* como equivalente a regulación externa (2).

## SECCIÓN CUARTA

### LA AUTARQUÍA

#### I.—Las reglas convencionales.

##### 37.—LOS USOS SOCIALES Y EL DERECHO.

En la experiencia práctica se nota la tendencia a distinguir dos clases de reglas sociales (1). Además de las reglas que se presentan como prescripciones de la voluntad *jurídica*, hay otras normas que rigen la convivencia humana: los miramientos de cortesía y de corrección, los modales del trato de gentes, las reglas del lenguaje hablado o escrito, los preceptos de la etiqueta, del honor entre caballeros o entre estudiantes, etc. Todas estas normas que concurren de este modo con el *Derecho*, las agrupamos nosotros bajo el nombre de *reglas convencionales* (2).

(2) Cuando decimos voluntad *vinculatoria* no queremos decir *obligatoria*. Es una noción de carácter *crítico*, a que llegamos por el análisis *lógico objetivo* de una noción y que para nada alude a la cuestión *psicológica* de la *vigencia* de un Derecho positivo. Esta segunda investigación vendrá luego por modo complementario y por sus cauces propios, y no se debe confundir con ésta en que nos ocupamos ni mezclarse para nada en ella (*WR.* n. 202, esp. n. 5). Con esto quedan desvirtuadas las objeciones que STURM opone en sus obras (v. § 18 n. 13) al concepto de la voluntad *vinculatoria*.

(1) «Dos poderes pacíficos hay: el Derecho y los buenos modales», dice GOETHE, *Dichos, máximas y reflexiones*, I (Ed. Cotta, III, t. 167).

(2) V. de la doctrina anterior especialmente ARNOLD, *op. cit.* (§ 3 n. 5). IHERING, *Der Zweck*, esp. II.—*WR.*, § 23. NIEMEYER, *Recht und Sitte*, 1902. TÖNNIES, *Die Sitte*, 1908. WEIGELIN,

Se habla también de «relaciones de la vida», mas esta expresión no refleja una noción clara. Se quiere aludir a las *relaciones exteriores* de unos individuos con otros (3). Pero esto sólo se puede concebir *lógicamente* tratándose de relaciones *reguladas* de algún modo. No existen relaciones no sujetas a ningún género de regulación. Y en función de *forma* de estas relaciones exteriores entre individuos (entendiendo por *forma* lo que las condiciona armónicamente) sólo puede intervenir la voluntad *vinculatoria*, tal como queda dilucidada (§ 31). Sin una inteligencia común ni una vinculación es imposible concebir relación exterior alguna (4).

Las que se llaman «relaciones de hecho» o «relaciones de la vida» son, o relaciones *convencionales*, a diferencia de las relaciones *jurídicas* (5), o verdaderas relaciones de Derecho que no han hallado aún acogida entre los *artículos técnicamente moldeados* de una ley, quedando su regulación, por el momento, a merced de la *libre voluntad* de los individuos (6).

Las dos clases de *voluntad vinculatoria* indicadas se manifiestan

*Sitte, Recht und Moral*, 1919. KAHN, *Conventions of polittike Strelgeits*, Amsterdam, 1919.—§ 42 n. 1.

(3) *RR.*, pgs. 238 ss. *TR.* V. 16.—AHRENS, I, § 36, páginas 297 ss.—No se trata simplemente de un patrimonio espiritual común. Cfr. BESTMANN, *Geschichte der christlichen Sitte*, 1885-6. STAMMLER, *Recht und Kirche*, 1919, pgs. 62 ss.

(4) No es, pues, que las relaciones «de la vida» que ya existan de por sí sean *después (en el tiempo)* sujetas a regulación; lo que decimos es que esas *relaciones exteriores* sólo son posibles en cuanto tales *bajo la condición lógica* de una voluntad *vinculatoria*. Y teniendo siempre presente que el concepto de voluntad *vinculatoria* no quiere significar más que una voluntad *fundamental* con su *peculiaridad propia*. Que esta voluntad *puede* sobreponerse *autárquicamente* a los individuos vinculados es lo que se ha de ver después, mediante un nuevo *análisis crítico* de la voluntad *vinculatoria* (§ 40).

(5) Sobre la amistad v. KANT, *Metafísica de las costumbres. Teoría de la virtud*, I, 2, 2, § 46.

(6) A veces, se usan aquellas expresiones aplicándolas a casos en que cabe dudar si se trata en realidad de *relaciones jurídicas* y de cuáles. Sobre los esponsales, v. WOLFF, *Familienrecht* (9.<sup>a</sup>-11.<sup>a</sup> ed 1920), § 4, con los textos legales. Sobre los requisitos del derecho de retención (Cód. civ. al., § 273), v. *Seuffert-Archiv*, 65, n. 46. Sobre si cabe deferir un juramento en materia de «relaciones amorosas» v. *Gesetz und Recht*, 19, p. 375.

tan incesantemente en el curso de la Historia. Hasta ahora, no se sabe de ninguna sociedad que se haya valido de una de las dos clases de normas exclusivamente (7).

Ambas manifestaciones de voluntad pueden ejercer sobre el ánimo una notable *presión*, cuya intensidad cambia y varía (8). Esto es, en todo caso, una cuestión que afecta al influjo que en su vigencia se pueda conquistar el Derecho, y de la que trataremos en nuestra investigación *psicológica* (§§ 67 ss.). Lo que aquí nos importa es el poder distinguir *conceptualmente* las dos categorías indicadas. ¿Cuál es, en términos generales, la frontera que las separa?

### 38.—CAMBIOS Y VICISITUDES DE LAS REGLAS SOCIALES.

Los preceptos que rigen la conducta en el seno de la vida social cambian constantemente (1), tanto por lo que se refiere a su contenido como en cuanto a su desplazamiento de una a otra categoría de la voluntad social. Tan pronto giran dentro de la órbita del *Derecho* como se pasan al campo de las reglas *convencionales*; y hasta hay ocasiones en que la misma materia se halla regida a la vez por normas *convencionales* y normas *jurídicas* sin distinción (2).

El saludo y la bienvenida se verifican de modo distinto en los diferentes pueblos, pero en casi todos como simple usanza de la cortesía. Sin embargo, en ciertos puestos oficiales y sobre todo

(7) V. sobre esto §§ 103 ss. (El anarquismo.)

(8) Piénsese, por ej., en el duelo y en cómo puede coaccionar a un hombre a batirse su posición o el medio social. Un factor muy importante en las luchas económicas es «el terror» desplegado sin la asistencia del Derecho o en contra de él.—V. NOTNAGEL, *Exekution durch soziale Interessengruppen*, 1899.

(1) HILDEBRAND, *Recht und Sitte auf den primitiveren wirtschaftlichen Stufen* (2.<sup>a</sup> ed., 1907). GRABE, *Sterbende Sitte*. Zürich, 1921.

(2) Tal ocurre, por ej., en los catecismos de moral que enseñan en las escuelas francesas y que bajo el título de *Morale et instruction civique* entremezclan cuanto se puede presentar al hombre como norma de conducta.

dentro del Ejército, el deber del saludo constituye una obligación de carácter jurídico (3).

Las reglas de la gramática son, en sí, simples reglas *convencionales*, pero cabe elevarlas a normas *jurídicas*, con sus efectos consiguientes, velando cuidadosamente por su aplicación y desarrollo. Y puede ocurrir también que en comunicaciones oficiales, por ejemplo, o en otros actos importantes para el Derecho se prescriban determinadas fórmulas de lenguaje con carácter *jurídico* (4).

Entre el campo del Derecho y el de la convención oscilan constantemente las ordenanzas sobre la mesa y el vestido, con las medidas mediante las cuales se ha intentado en algunas épocas reprimir el lujo y los excesos de la moda (5).

Las ordenanzas sobre construcciones tienen hoy, dentro de las ciudades, carácter *jurídico* —en nuestro país al menos— mientras que en el campo son generalmente materia *convencional* (6). En el

(3) Los observadores que se dediquen a lo que se llama Historia de las costumbres, y al estudio de los usos populares y de la etiqueta, tienen aquí abundantísimo material. V. por ej., TORNIUS, *Die Dame. Ein Kulturgeschichtlicher Zeitspiegel aus dem Leben der Gesellschaft*, 1920. MARTIN, *Heimatgück*, 1917, p. 124: costumbres campesinas. NOTKER DER STAMMLER, *Geschichten von Karl dem Grossen*, trad. al. de BRUGMANN (Inzelnr.), II, 6 (donde se habla de una pena de muerte impuesta por volver un pez en la fuente en la mesa del rey de Grecia). GLEICHEN-RUSZWURM, *Geschichte der Geselligkeit*, 6 vols.

(4) V. sobre la cortesía y el Derecho, *Gesetz und Recht*, VII, p. 219; *ibíd.* 17, p. 382, y 20, p. 94 (la cortesía y el punto de vista jurídico en la correspondencia mercantil); cfr. *infra* § 117).

(5) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, lib. 7. VELLEMAN, *Der Luxus in seinen Beziehungen zur Sozialökonomie*, tesis doct. Halle, 1898. KOCH, *Wesen und Wertung des Luxus*, 1914. SOMMERLAND, art. «Luxus» en *Handwört. der Staatswiss.* (39 ed.), VI, pgs. 537 ss. Merecen citarse: la ordenanza de Policía llam. de Joachim, de 1515 y la ley sobre el lujo, de I. Jorge de Brandeburgo, de 1580 (v. VEHSE, *Preuss. Hofgeschichten*, 1913, I, p. 31) y la ordenanza de Lubeck regulando los regalos nupciales y las ceremonias de bodas, bautizos, entierros y sepulturas, de 1697, adic. y conf. en 1767. Por el contrario, en 1916 fueron fijadas contractualmente bajo pena convencional las tasas de las confecciones. V. también LEVY, *Soziologische Studien*, esp. pgs. 46 n. 2, 48 n. 2 y 51.

(6) V. Cod. pen. al. § 330. BERLOWITZ, *Der Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst*, 1915.

campo rigen en cambio preceptos *jurídicos* en defensa del paisaje de algunas bellas comarcas (7). Y hay casos en que las normas de significación *jurídica* se mezclan con otras de carácter *convencional*, lo que ocurre cuando en la práctica arraigan ciertas reglas introducidas por el uso: tales, por ejemplo, las que tienden a determinar la conducta más adecuada entre caseros e inquilinos, entre el correo y los que tienen negocios con él, etc.

Claro que todo esto no es más que una descripción más o menos aproximada de lo que acaece. En rigor, la descripción de estos hechos supone ya una distinción en la práctica fundamental entre las dos nociones: el *Derecho* y los *usos sociales*. Y no encontraremos el verdadero criterio de esta distinción limitándonos a la *materia concreta y condicionada* que constituye el contenido de ambas categorías de normas. La linde *conceptual* entre los preceptos *jurídicos* y los *convencionales* no se puede trazar atendiendo simplemente a los *objetos determinados* sobre que recaen. La materia de la separación social no puede darnos base *de por sí* para desintegrar con carácter *absoluto* las dos modalidades fundamentales de la voluntad a que nos referimos. Para esto, tenemos que fijarnos en la regulación social *como tal*, cualquiera que sea el contenido que en cada caso encierre (§ 39, *i. f.*) (8).

### 39.—ALGUNOS INTENTOS DE DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE REGLA CONVENCIONAL.

No está el límite *conceptual* que separa las normas *jurídicas* de las *convencionales* en los *orígenes* de unas y otras. Todas ellas pueden nacer, bien de una formulación reflexiva, bien de la práctica consuetudinaria. El hecho de que en una determinada época y respecto de ciertas reglas prevalezca una de estas dos fuentes sólo es algo cuantitativo y contingente (1).

(7) Ley prus. de 15-7-1907.

(8) Las indicaciones que quedan hechas arriba en el texto sólo pretenden, naturalmente, pintar la inseguridad y la inquietud que provoca el problema de deslindar de un modo *absoluto* las dos categorías de la voluntad. No se trata más que de eso, de exponer las materias antes de entrar a determinar metódicamente la posibilidad de trazar esa distinción.

(1) Es inexacto ver en el *Derecho* un producto del *Estado* y

Alguien ha intentado valerse de imágenes: así, hay quien, por ejemplo, ve en los *usos sociales* «los cartílagos» y en el *Derecho* «los huesos» de la sociedad (2). Pero esto no puede bastar, como no basta una descripción más o menos aproximada de ciertos rasgos característicos que se presenten con relativa generalidad en las manifestaciones de una y otra categoría de normas sociales (3).

Ni basta tampoco decir que en materia de *Derecho* existe la posibilidad de acudir a los «tribunales», ni hacer referencia de otro cualquier modo a la *organización externa* del orden *jurídico*. «Organizar» quiere decir tanto como «articular bajo normas», sin prejuzgar para nada las características de una u otra categoría de la voluntad vinculatoria (4).

Tampoco es lícito dejar a un lado como insoluble este problema de deslindar conceptualmente ambas clases de normas (5). Antes bien, podremos resolverlo definitivamente con sólo fijarnos en el *sentido formal* que entraña la voluntad vinculatoria, al

en las reglas *convencionales* un producto de la «*sociedad*». El concepto del *Estado* encierra ya lógicamente la noción de un orden *jurídico* (§ 136). La distinción que investigamos se contiene ya de un modo latente en la alusión a la que se llama la «*sociedad*». *WR.* § 23.—HATSCHER, *Jahrb. f. öffentl. Recht*, III, pgs. 1 ss.

(2) SCHMOLLER, *Ueber einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft*, 1875, ps. 31 ss. EL MISMO, *Grundriss der allg. Volkswirtschaftslehre*, 1900. V. también *WR.* n. 131 y 201).

(3) WUNDT, *op. cit.* (§ 9 n. 3), p. 370, plantea la cuestión así: ¿qué caracteres han de concurrir en las normas originarias de los usos sociales para imprimirles, ya en un estado anterior al de un verdadero orden jurídico, el sello con que aparecen las normas de Derecho? Los usos sociales son, según él, lo originario, si bien entre las normas de los usos sociales existen *ab origine* algunas con carácter obligatorio, «análogo» al de la normación jurídica.—Cfr. MERKEL, *Juristische Encyclopädie* (1.<sup>a</sup> ed. 1885), § 78.

(4) V. KELSEN, *op. cit.* (§ 27 n. 5), p. 38. *Contra WR.* n. 72.

(5) NIEMEYER, *op. cit.* (§ 37 n. 2) insiste fundadamente en los cambios y oscilaciones que en este punto se manifiestan, y afirma (p. 513) que hay aquí algún «misterio» que «impide la demarcación *conceptual* entre los campos del Derecho y los usos sociales». No es fácil demostrar tales aseveraciones negativas. La distinción reside *conceptualmente* en la afirmación de que los «usos sociales» se convierten en «normas jurídicas» y viceversa; no será imposible penetrar en su esencia mediante un análisis metódico preciso.

articular entre sí los fines y los medios de los individuos, vinculados. Si logramos, pues, demostrar que cada una de las dos categorías conceptuales de normas descansan sobre diversas formas puras del pensar, estableceremos decididamente y de modo *absoluto* la distinción fundamental entre la voluntad *convencional* y la *jurídica*.

## II.—La voluntad autárquicamente vinculatoria.

### 40.—CONCEPTO DE LA AUTARQUÍA.

La característica esencial de la *noción del Derecho*, por oposición al concepto de las *reglas convencionales*, sólo puede consistir en la diversa modalidad que separe de un modo *absoluto* las varias categorías de la voluntad *vinculatoria*. Recordemos que ésta toma y articula las voluntades de diferentes individuos como medios recíprocos en sus relaciones (§ 31). Caben dos posibilidades, fijándonos simplemente en las modalidades *puras*: según que la decisión de articular así los fines de los individuos se deje a la misma *voluntad vinculatoria* o a los propios *individuos vinculados*. En el primer supuesto, la vinculación es fija y *permanente*; en el segundo tendrá lugar *en cada caso concreto* (1).

Aquí, la cadena de los fines y los medios se tiene que engarzar siempre de nuevo, cuando la ocasión concreta se presente, por parte de los interesados; mientras que en el otro caso la vinculación de las distintas voluntades entre sí, en función de medios, no es ni puede ser obra de las voluntades mismas. Y aunque *el contenido* de la voluntad vinculatoria cambie y varíe incesantemente, *la vinculación como tal* permanece en este caso inmutable. Y nadie podrá discutir *que se trata de una verdadera voluntad vinculatoria* (2).

La segunda posibilidad sólo entraña, pues, lógicamente, una

(1) *TR.*, I, 13, pgs. 95 ss.

(2) En otro sentido aparece tratado el problema de la coacción jurídica por BINDING, *Die Normen*, I, pgs. 481 ss. Cfr. también SILER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse nach deutschem Reichsrecht*, 1903. CLAUSINS, *Das Merkmal der Macht im Begriff des subjektiven Rechts*, tesis doct., Bonn, 1890. KORNFELD, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911. Cfr., § 41 n. 5.

invitación a los individuos que se han de vincular y de los cuales depende el vincularse o no; por el contrario, la otra modalidad encierra la noción de una voluntad *autárquicamente* vinculatoria, en cuanto que sustrae la vinculación a la voluntad de los individuos vinculados. A aquélla corresponde el concepto de la regla *convencional*, a ésta el de la norma *jurídica* (§ 41) (3).

El fundamento de esta distinción de carácter general entre los dos conceptos así definidos está en que, tanto uno como otro, se basan *exclusivamente* en las dos posibilidades específicas que se presentan en cuanto a la elección y empleo de medios, simplemente *como tales medios*, es decir, sin aludir para nada a las *materias concretas* en que consista la aspiración. *Sólo* presuponen las nociones de *medio* y *fin*, determinando por tanto sus posibles manifestaciones de modo *absoluto* e *incondicionado*. Sobre estos dos conceptos se pueden, pues, elevar los planos de toda ciencia teleológica pura.

### 41.—EL DERECHO, VOLUNTAD AUTÁRQUICA E INVOLABLE.

La voluntad *jurídica* vincula a diversos individuos en cooperación, prescribiendo los fines que se *sobreponen* a los individuos vinculados. Hay que distinguir, pues, su contenido propio del que entrañan las diversas voluntades de éstos. Y es el derecho mismo el que determina quién se halla sometido a él y quién no (1).

Esta observación descriptiva de hechos históricos incuestionables (2) nos lleva a discernir críticamente lo que en la noción de las normas *jurídicas* se contiene como *elemento conceptual determinante*. La *noción del Derecho* no es la de una mera suma de

(3) Una doctrina peculiar es la de TEN HOMPEL, *Der Verständigungszweck im Recht*, 1908.

(1) Asienten J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, 1908, § 1, p. 3 s. PFENNINGER, *Uebung und Ortsgebrauch in schweizer. ZGB.*, Aaran, 1911, pgs. 11 ss. SOHM, *Weltliches und geistliches Recht*, en «*Festg. für Binding*», 1914, pgs. 10 ss. *Contra*, BIERLING, en *Arch. für Rechtsphilos.* III, pgs. 155 ss. (Sobre la confusión del imperativo de vigencia con la vigencia efectiva, en que incurre este autor v. *WR.* n. 82). SOMLO, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 78 ss. KATZ, Hanna, *Lücken im Arbeitsvertrag*, 1922, pgs. 113 ss.

(2) V. por ejemplo la ley de 1-6-1870, modificada por la de 22-7-1913, sobre la ciudadanía alemana.

diversas resoluciones y aspiraciones de los individuos vinculados, sino que se sobrepone a ellos como voluntad *autárquicamente* vinculatoria (3).

Se sigue de aquí que *el concepto del Derecho es incompatible* con la libertad y la autonomía *absolutas* de los individuos sometidos a sus normas. La libertad *ilimitada* sólo se puede concebir en sociedades regidas *exclusivamente* por *reglas convencionales*, puesto que éstas no imponen deber permanente alguno. Pero no se puede hablar de libertad *absoluta* cuando los individuos se hallen obligados a cumplir sus compromisos y a respetar la integridad de sus semejantes (4).

Queda así dilucidada en un sentido *crítico* la característica de la *autarquía*, esencial al concepto del Derecho. Nada tiene que ver aquí, así planteado el problema, lo que se refiere a la *coacción jurídica*, porque esto afecta ya a la implantación y eficacia de un Derecho dado. Son cuestiones distintas la de determinar *conceptualmente* una noción en lo que la diferencia de otras nociones y la de saber si de los hechos ya conceptualmente determinados se debe esperar o no un cierto resultado de carácter *psicológico* (5).

(3) V. sobre esto STAMMLER, *Recht und Kirche* (§ 37 n. 3), pgs. 68 ss. En sentido algo diferente KAHL, *Lehrsystem d. Kirchenrecht*, 1894.

(4) Sólo en un sentido impropio podemos, pues, hablar de «comunidades convencionales». Todas las que tenemos ocasión de observar no pasan de ser, en realidad, casos concretos agrupados y relacionados, pero sin el más mínimo efecto vinculatorio. Esta distinción entre el *Derecho* y las *reglas convencionales*, basada en fundamentos críticos, no se debe perder de vista. V. también § 84 y §§ 103 ss.—Muy otra cosa eran, por ej., las ordenanzas de paz del antiguo Imperio, que sólo obligaban a quienes expresamente hubiesen jurado guardarlas. Pero existía un deber jurídico a prestar el juramento bajo sanción penal, y la ordenanza que hubiese entrado en vigor producía evidentemente plenos efectos jurídicos. SCHRÖDER, § 53. BRUNNER, § 27.

(5) Se discute desde antiguo si la *coacción* es o no nota esencial del *concepto «del Derecho»*; todo dependerá de lo que se entienda por *coacción*; es decir, del sentido en que esta noción se investigue. Si la concebimos *críticamente*, en el sentido de *vinculación autárquica*, la *coacción* es ciertamente criterio *lógico condicionante* del *concepto de «Derecho»*; pero si la interpretamos *psicológicamente*, en el sentido de *aplicación eficaz*, entonces nos salimos de nuestra misión *conceptual*, que consiste en caracte-

Finalmente, se comprenderá que al determinar de este modo *el concepto del Derecho* no se alude para nada al poder *de quien* haya de emanar la voluntad *jurídica*. Tampoco este problema tiene nada que ver con el problema *conceptual*, sino que supone ya una *aplicación práctica* de la noción del Derecho(6). Sólo puede, pues, plantearse y resolverse a base de un material histórico concreto, y se entronca a su vez, en último término, con la cuestión de la vigencia; es decir, de la eficacia de una voluntad jurídica (7).

#### 42.—PREDOMINIO DEL DERECHO SOBRE LAS REGLAS CONVENCIONALES.

La voluntad *jurídica*, por su carácter *autárquico*, prevalece sobre las reglas *convencionales* con su eficacia de *simples invitaciones*. Estas se circunscriben al puesto que el Derecho les cede y les señala. La forma del Derecho abarca, pues, *la totalidad* de la vida social, aunque poniendo a contribución los *usos* y las *costumbres* posibles o existentes para regular la comunidad como la ley *suprema* lo exige (1).

rizar los elementos *condicionantes* contenidos en la *noción del Derecho* como modalidad unitaria de la voluntad, y que a la vez la distinguen en términos absolutos *de otras modalidades* de la voluntad humana. Sobre la teoría de la coacción v. NEUKAMP, *Das Zwangsmoment im Rechte in entwicklungsgeschichtlicher Beleuchtung*, en *Jahrb. d. Ver. für vergleich. Rechtswiss. u. Volkswirtschaft*, IV, pgs. 22 ss. BIERLING, *Jurist. Prinzipienlehre*, I, pgs. 48 ss. SOMLÒ, *op. cit.* (§ 18 n. 13), pgs. 140 ss. DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, 1906 (2ª ed. 1912), pgs. 111 ss.—Cfr. § 40 n. 2.

(6) Concretando, para mayor claridad: no puede definirse *qué* es el Derecho diciendo que el «Derecho» nace de este o de aquel modo, o que *es proclamado* por este o aquel poder. V. sobre el problema sistemático y el genético § 22 y las citas que allí se hacen.

(7) En otro sentido, v. EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, 1885.

(1) Cfr., por ej., los artículos en que el Cód. civ. se remite «a los miramientos debidos a las buenas costumbres» (v. *infra* § 159) y sobre todo aquellos, numerosísimos, en que se invocan «los usos del comercio». BIERLING, *Prinzipienlehre* (§ 18 n. 13), II, páginas 291 ss. PFENNINGER, *op. cit.* (§ 41 n. 1). DERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte insbes. nach bürgerl. Recht*, 1914 (rec. REICHEL, en *Zeitschr. für Rechtsphilos.*, II, pgs. 267 ss). TEZNER,

Pero no por esto se convierten las reglas *convencionales* en normas *jurídicas*, pues les falta la característica esencial de la *autarquía*. Siguen siendo reglas de carácter especial, aunque al servicio del orden jurídico y dominadas por la *idea del Derecho* que señala a la vida social su camino *justo* (2).

Así, pues, todo *Derecho* es responsable de las reglas *convencionales* que rijan dentro del campo de su actuación. El simple hecho de inhibirse, tolerando la regulación de ciertas materias por simples normas *convencionales* es ya una modalidad especial de regulación *jurídica*. Y si en estas circunstancias se produce un uso intrínsecamente reprochable o una costumbre torpe podremos decir que el *Derecho* que rige es un *mal Derecho*.

Claro que también puede ocurrir que el *Derecho* no pueda realizar plenamente sus intenciones porque se formen prácticas *convencionales*, adversas, que desplieguen una presión más fuerte que la suya. En este caso, las reglas *convencionales* y las normas *jurídicas* chocarán unas contra otras hostilmente, en vez de cooperar a un fin común (3).

## SECCIÓN QUINTA

### LA INVIOLABILIDAD

#### I.—La arbitrariedad.

##### 43.—COMINACIONES DE VIOLENCIA.

En todos los tiempos se ha mostrado en la vida social una cierta preocupación y un cierto horror ante la violencia *arbitraria*, a la que se opone la voluntad *jurídica* (1).

*Konventionalregeln und Systemzwang*, 1916.—§ 150 n. 5.—Sobre la distinción entre los usos del comercio y las opiniones generales de ciertas profesiones, v. *Seufferts Arch.* 74, 160. Cfr. §§ 116 n. 3 y 150 n. 5.

(2) *RR*, pgs. 236 ss. Sobre la unidad de la rectitud social, v. *infra* § 106 y también § 132.

(3) Es lo que ocurre, por ej., con los preceptos del llamado «Código del honor» en lo referente al duelo.—Sobre Derechos débiles en general, v. § 71.

(1) «No despreciemos el severo orden de nuestros antiguos....., pues la arbitrariedad es siempre espantosa.» SCHILLER, *Los Piccolomini* P, 4.

Y en efecto, es en extremo necesario advertir esta distinción entre la *arbitrariedad* y el *Derecho*, ahora que sabemos, por habérnoslo mostrado el análisis crítico, que ambos son manifestación de una voluntad *autárquicamente* vinculatoria. Tanto uno como otra dictan sus normas con un alcance que no es el de las simples invitaciones, sin condicionar la vinculación al asentimiento de los individuos vinculados en cada caso concreto. La intromisión de conminaciones de un poder *arbitrario* en materias que debe regir el *Derecho* se nos presenta así como peligro inminente, que más de una vez se ha desatado en la Historia (2).

Las voces claman entonces por el *Derecho* y su aplicación, por la justicia, en este sentido de la palabra (3). La separación entre el *Derecho* y la *arbitrariedad* se ahonda, y estos dos poderes, aunque conceptualmente afines por su carácter *autárquico*, entran en lucha como adversarios. Quizá es igualmente intensa la presión que ambos ejercen y quizá hay quien es más susceptible a la opresión del *Derecho* y la encuentra más molesta en un caso dado, rebelándose con más vigor contra ella que contra una violación arbitraria del orden jurídico. Esto no obstante, el *Derecho* es siempre como tal *Derecho* ensalzado y deseado (4). «El *Derecho* debe siempre prevalecer como *Derecho*» (5).

¿Cómo deslindar la noción *del Derecho* del concepto de la *arbitrariedad*?

(2) *Die Gerechtigkeit in der Geschichte, Reden in schwerer Zeit*, III, 43 ss. (1915).—Un choque muy importante entre los dos poderes se produjo en el famoso proceso del molinero Arnoldo, bajo Federico el Grande, en 1779-1780. V. los detalles en § 163 n. 3. Análogo a éste es el caso de la destitución del conde Carlo Magno por José II, en 1790; v. el relato de LAUKHARD, nueva ed. por PETERSEN, 1911.

(3) Sobre el *Derecho* y la justicia y el doble significado de esta última palabra; v. § 91.

(4) «El puño del *Derecho*—dice un proverbio antiguo—duele menos que el dedo pequeño de la arbitrariedad.»—V. también la comedia «*L'amí des lois*», que cita TEZNER (§ 42 n. 1), en página 3 n. 5.

(5) Ant. Test. Salm. 94, 15. V. *supra* § 10 n. 1.

## 44.—LA LEGITIMIDAD.

Pudiera creerse que la voluntad *jurídica* se caracteriza y distingue del poder *arbitrario* por el hecho de apoyarse en el *Derecho vigente*, derivándose de él. La *arbitrariedad* sería entonces lo contrario de esto, es decir, aquella regulación de conducta que no se ajustase al Derecho a la sazón vigente, llegando quizá hasta surgir en rebeldía contra el Derecho constituido (1).

Los que así piensan no ven, sin embargo, que con gran frecuencia en el transcurso de la Historia nacen nuevas normas de *Derecho* que no se derivan para nada del *Derecho* anterior. Estas normas surgen y se implantan sin acatar en lo más mínimo los preceptos establecidos por las leyes fundamentales para la elaboración de nuevas reglas jurídicas. (2).

Pero esto no es más que una observación relativa.

Lo decisivo es que en aquella referencia se da ya por supuesto de un modo implícito el concepto mismo del «*Derecho*» que se investiga, al hablar de un «*Derecho*» anterior en que se debe apoyar el nuevo «*Derecho*» que surge; de éste se deberá derivar a su vez otro «*Derecho*» ulterior, y así sucesivamente.

No se nos dice cuál sea el *punto lógico de arranque*, que no puede faltar; el criterio determinante que sirva para fijar el concepto «del Derecho».

## 45.—DIVERSIDAD INTRÍNSECA DE LA VOLUNTAD ARBITRARIA.

No se pueden deslindar tampoco el *Derecho* y el poder *arbitrario* atendiendo a la calidad *buena* o *mala* del *contenido* de unas y otras reglas (1). Se trata de una desintegración de la voluntad de

(1) ROTTECK, voc. «*Legitimität*» en el *Staatslesikon*, ed. por este autor con WELCKER.

(2) Es muy interesante la correspondencia sostenida sobre este punto entre Bismarck y el general Leopoldo von Gerlach, ed. nuevam. por KOHL, 1896.—§ 66.

(1) Tal es, por ej., la opinión de IHERING (v. § 18 n. 10). Para este autor, «la *arbitrariedad*» es una prescripción *legal* en que «el legislador chocha, según nuestro modo de ver, con los *principios generales del Derecho*», *Zweck im Recht*, I, pg. 531; v. tam-

dos nociones parciales conceptualmente determinadas. Y la cuestión de la *legitimidad intrínseca* de una aspiración puede afectar *por igual* al contenido de ambas nociones, ya que la llamada a responderla es la ley suprema de *toda* voluntad (§ 106) (2).

Por consiguiente, el que una voluntad sea o no *fundamentalmente justa*, no puede servir de criterio determinante para desintegrar conceptualmente la voluntad en sus diferentes categorías. Las mismas intromisiones «*arbitrarias*» pueden ser reprobables, pero pueden también, sin duda, responder a una buena intención, y hasta, en ciertos casos, conseguir un resultado mejor que la aplicación estricta de los preceptos del *Derecho* (§ 2).

Este modo de ver que rechazamos tendríamos que demostrar, para prosperar, que es *imposible* circunscribir conceptualmente la noción del Derecho mediante caracteres específicos fijos y determinados que la distinguan de otras modalidades de la voluntad. Nadie ha demostrado esto hasta ahora, ni podrá demostrarse nunca, por las razones indicadas.

Por el contrario, hemos de ver cómo cabe trazar una distinción conceptual absoluta entre el *Derecho* y el poder *arbitrario*, atendiendo a características determinantes fijas, de tal modo, que toda voluntad así deslindada se ajuste plenamente a las condiciones lógicas que fijaremos, sin entrar para nada a ver si esta voluntad es o no *fundamentalmente justa*.

Para ello, nos basta fijarnos, como lo venimos haciendo, en el *sentido lógicamente condicionante* que pueden entrañar las diversas manifestaciones de una voluntad vinculatoria y autárquica.

bién pgs. 336, 346 y 349. Se trata, como se ve, de una modalidad especial de «*Derecho*», que nada tiene que ver con la distinción conceptual entre el «*Derecho*» y el poder *arbitrario*. V. WR. n. 239. TEN HOMPEL, *op. cit.* (§ 40 n. 3), pgs. 74 ss.

(2) Tal es también la cuestión de la *coacción de la conciencia* (V. § 173), que supone la existencia de un Derecho de contenido reprochable sin tener en sí nada que ver con la distinción entre los conceptos de *Derecho* y de *arbitrariedad*. Confuso, ZENKNER, *Der Anarchinuus*, 1895, pg. 84. V. sobre este libro. WR. n. 238.

## II.—La voluntad inviolablemente vinculatoria.

### 46.—CONCEPTO DE LA INVOLABILIDAD.

Llegamos al concepto de la *autarquía* viendo que era la *voluntad vinculatoria* misma y no la aquiescencia de los individuos vinculados la que decidía en cuanto a la vinculación de los distintos fines (§ 40). Y surge ahora una última distinción lógica, dada la doble modalidad formal que a su vez puede adoptar aquella decisión determinante de la voluntad vinculatoria que constituye la autarquía. Cabe, en efecto, que la tal decisión se manifieste como algo *concreto*, es decir, *en cada caso*, o que se conciba de un modo *permanente*, como una *unidad*.

Si se da la primera de estas posibilidades, nos encontraremos con una serie de manifestaciones aisladas del capricho de cada momento, que, cuando más, se podrán hilvanar por la cohesión meramente externa del número. En el segundo caso, tenemos una *voluntad nueva y peculiar*, que se destaca formando una unidad de la noción general de la voluntad *autárquica* (1).

En este segundo supuesto es donde se contiene, ya precisado, el concepto de la *inviolabilidad* de una voluntad vinculatoria. La característica que le condiciona es la noción de su *permanencia uniforme* en la vinculación de los fines humanos (2).

(1) *WR*. § 84, especialmente pg. 483. *TR*. I, pgs. 16 s.

(2) El concepto de la *inviolabilidad*, que separa a los dictados *jurídicos* de los *arbitrarios*, excluye la posibilidad de caprichos subjetivos *en cada caso concreto*. Lo opuesto a este concepto es el de la modalidad *permanente* de la vinculación, que no quiere decir, claro es, que el contenido del orden jurídico no pueda cambiar en cuanto a sus normas concretas, como cambia incesantemente en la Historia, pero siempre en el sentido formal de que el Derecho que en un momento dado rija no puede quedar sin efecto por un simple capricho personal. Este sentido formal determinante deberá, naturalmente, adoptar una nueva modalidad para ajustarse al concepto propio de la ordenación *jurídica*. Interpreta inexactamente esta doctrina KANTOROWICZ, *Zur Lehre von dem richtigem Recht*, en *Arch. für Rechtsphilos.*, II, pg. 47.—Sobre algunas consecuencias prácticas de esto v. § 48, 6.º

### 47.—EL DERECHO, VOLUNTAD VINCULATORIA, AUTÁRQUICA E INVOLABLE.

Fijada la noción de una vinculación *inviolable*, tenemos ya la última de las notas cuya unidad constituye el concepto «*del Derecho*», después de analizar las posibilidades que nos podían procurar la determinación segura de este concepto.

Refiriéndonos ahora concretamente a la última nota indicada, no puede dudarse que la noción «*del Derecho*» entraña, como modalidad condicionante de su existencia, el carácter de *inviolabilidad* en el sentido que queda precisado (§ 46) (1). Los dictados del poder *arbitrario* abrigan la intención de que el que los dicta no queda sujeto por sí mismo a ellos. Proclaman una voluntad vinculatoria, que el titular del poder acatará *si voluerit*. Lo contrario precisamente de lo que ocurre con la voluntad constitutiva de normas *jurídicas* (2). El Derecho es la ordenación *permanente* de la vida social, que *como tal* Derecho debe mantenerse inconvencible, y no disponer una regulación *nueva* para cada caso, a merced de las veleidades del que ocupa el poder, como una serie de órdenes conminadas al azar y tan pronto dictadas como revocadas, sin asiento sólido alguno (3).

Podemos, pues, definir «*el Derecho*» como la *voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable*.

Queda con esto determinado definitivamente el concepto «*del Derecho*». No descubriremos ninguna otra forma pura de ordenación de nuestra conciencia que pueda entrar como *condición necesaria* en las nociones «*jurídicas*». Cuantas cuestiones «*de Derecho*» podamos plantear fuera de éstas, afectarán ya a la *materia* de aspiraciones *limitadas*, siempre *transitorias y variables* por su propia esencia (4).

(1) FEHR, *Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern*, 1912, pg. VII.

(2) «Es buen señor aquel que cumple él mismo lo que ordena.» GOETHE, *Dichos rimados* (Ed. Cotta, III, 11).

(3) Decr. Grat., pars. I, dist. IV, c. 3: *Augustinus, de vera religione* (hacia 390): *In istis temporalibus legibus, quamquam de his homines indicent, cum eas instituunt: tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas* (v. § 12 n. 4).—V. también § 11 n. 1.

(4) Cfr. sobre esto § 115 n. 4.

48.—CUESTIONES FRONTERIZAS ENTRE EL DERECHO  
Y LA ARBITRARIEDAD.

Fijado el concepto del Derecho según los caracteres metódicos que le condicionan, podemos ya resolver con seguridad científica algunas cuestiones dudosas que surgen al tratar de deslindar aquel concepto del de las conminaciones *arbitrarias*. Son principalmente las que siguen:

1.º *El despotismo*. Es, no obstante, un régimen *jurídico* que, concebido del modo más escueto, designa una ordenación reducida a un artículo único: el de que todas las relaciones jurídicas entre los individuos del Estado despótico se rigen en cada caso a tenor de las decisiones del déspota. No importa, para este efecto, que el despotismo encarne en un individuo, en un grupo o en una masa. Aun dentro de una organización jurídica tan imperfecta como ésta, podrán siempre producirse violencias *antijurídicas* y actos arbitrarios y de indisciplina, una guerra civil, etc. (1).

Claro que tan descaradamente como aquí le describimos de modo hipotético no se llega a manifestar nunca el despotismo. En todos los Estados despóticos que conocemos por la Historia hay otros poderes que concurren con el déspota: comunidades sacerdotales, familias aristocráticas, servidores e instrumentos del dominador, que ejercen siempre un cierto influjo mediato sobre él. Y hay en estos Estados propiedad, tráfico y comercio y muchas veces dentro del mismo territorio gobernado despóticamente pueblos y agrupaciones con una organización propia (2).

Así, pues, el despotismo, aunque un régimen social bien triste, no deja de ser en conjunto una verdadera ordenación *jurídica*. Y el peligro que encierra es precisamente el de no ofrecer las suficientes garantías contra posibles intromisiones *arbitrarias* (3).

(1) IHERING, *Der Zurech* (v. § 18 n. 8), pg. 338. ARNOLD, *op. cit.* (§ 36 n. 1), pgs. 82 s. *WR.* § 91, pgs. 502 ss.

(2) Quizá cabe imaginarse un despotismo consumado, si no por las artes de la brujería, al menos con la más arraigada superstición. Lo que podemos decir es que en todos los casos de que nos habla la Historia se ha sabido discernir el sentido de la vinculación *inviolable* del Derecho de los dictados de la *arbitrariedad*.

(3) Una de las manifestaciones del despotismo es «la dictadura del proletariado». V. DIEHL, *Die Diktatur des Proletariats und das Rätssystem*, 1920.—SCHMIDT-DOROTIÉ, *Die Diktatur*, 1921.

2.º Y, por el contrario, hasta dentro del Estado de Derecho más cuidadosamente organizado se puede producir un acto de *arbitrariedad* por parte de los mismos órganos legislativos (4). De nada sirve la mera forma de la ley si con ella se menosprecia y quebranta el Derecho vigente, dictándose una ley especial contra la organización jurídica que rija sólo para regular un caso concreto (5).

3.º El titular de los poderes del Estado se halla sujeto, con sus derechos y sus deberes, a los preceptos del orden *jurídico*, siendo indiferente que existan o no medios constrictivos contra él. No por hallarse sustraído a toda coacción degenera en *arbitraria* su posición dentro de la comunidad socialmente ordenada; su puesto es un puesto regulado *jurídicamente*, ya que se le otorga en el sentido de una vinculación *inviolable* (6). Ni altera en nada esta doctrina la irresponsabilidad de los monarcas sancionada por las constituciones modernas, beneficio que también se reconoce en cierto modo a otros órganos del Estado. Y nada importa tampoco que sea uno o sean varios, pocos o muchos, los titulares del poder, según las normas jurídicas positivas que rijan en cada comunidad. Son diferencias *simplemente relativas* que afectan a las instituciones de gobierno como meros *medios condicionados*, de cuya legitimidad se ha de juzgar atendiendo a la *noción central y absoluta del Derecho*. Lo que por ahora nos importa saber es que en toda sociedad

(4) Ya lo había visto muy bien GOETHE, en el Fausto, 2.ª parte, primer acto: «Donde lo informe domina informemente y la ley misma dispone legalmente, en un mundo de error».

(5) Ejemplo de esto es la famosa historia del molinero de Sans-Souci. V. HOLFZE, *Krieg und Enteignung in der Mark vor 300 Jahren*, en *Deutsche Jur.-Zeit.*, 23, pgs. 287 ss. Sobre inmovilidad de los jueces v. *WR.* § 91, pg. 500.—Habría sido un acto de *arbitrariedad* la ley de 1913 concediendo a Bayreuth el privilegio exclusivo para la representación del «Parsifal», si al mismo tiempo se hubiese mantenido en vigor la prohibición de estos privilegios según las leyes de propiedad intelectual.—V. STAMMLER, *Privilegien und Vorrechten*, 1903, pgs. 17 ss. VERDROSS, *Zum Problem des Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, en *Jur.-Blätter*, 1916.—V. § 152 n. 5.

(6) § 47 n. 2 y 3.—V. también § 91 n. 6. FEUERBACH, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und des Zwangsrechts der Bürger gegen den Oberherrn*, 1798, esp. páginas 289 ss.—§ 144 n. 4.

el puesto otorgado al titular de los poderes públicos entraña problemas de carácter *jurídico*, cuyo contenido es siempre aplicación a casos concretos

4.º La *anarquía* es también un *estado de Derecho*, aunque caótico y desordenado. En un régimen de anarquía, el Derecho positivo en vigor no tiene poder bastante para imponerse (cfr. § 71). Se producen entonces constantes actos de *arbitrariedad*, pero en conjunto, la sociedad no deja por esto de hallarse sujeta a una verdadera ordenación jurídica (7).

Hemos de hacer referencia aquí también a eso que se llama «*el Derecho del puño*» y de que tantas veces se habla. Es sencillamente una manifestación abusiva de la *justicia por la propia mano*, regulada como institución *jurídica* en algunos Derechos antiguos, sobre todo en el antiguo derecho germánico del duelo, que le reconocía un gran campo de acción y que hoy sólo se admite en casos excepcionales según los preceptos de nuestro Derecho actual (8).

5.º La *guerra* es también una *institución jurídica*. Es un medio para defender o establecer un Derecho en peligro o violado. Así, la guerra es en el orden internacional lo que corresponde al procedimiento judicial y a la ejecución forzosa en el seno de un orden jurídico. Sustituir la guerra por otras instituciones, como se ha propuesto, sería, pues, modificar un régimen de Derecho histórico tradicional por otro nuevo. Y no basta, por tanto, decir que esta institución jurídica existente tiene defectos y produce males; hay que demostrar, además, que las que se proponen para sustituirla traerían una regulación mejor y más justa (9).

(7) Y de suyo se comprende que sólo como institución *jurídica* se puede asimismo concebir dentro de la distinción fundamental a que aludimos, el llamado régimen de excepción que se declara en casos de violación, o de inminente peligro, de la seguridad y de orden público. V.—la Const. alem. vigente de 11. 8. 19, art. 48.

(8) KOCH, *Sammlung der Reichsabschiede*, 1747, I, pgs. 5, 21, 73, 261. *Const. Carol. Crim. (ccc.)* art. 129. SCHRÖDER, §§ 12, 53, 68 y 78. BRUNNER, §§ 8, 21, 27 y 43.

(9) CLAUSEWITZ, *Vom Kriege*. Ed. póst. 1832 (frecuentem. ed. después, 8.ª ed. 1914 con una Introd. de SCHLIEFEN). KATTENBUSCH, *Das sittliche Recht des Krieges*, 1906. PFERSCHKE, *Recht und Krieg*, 1906. STURM, *Die Reaktion des Rechtes*, 1914; EL MISMO, *Das Kriegsrecht, das Recht des Krieges und das Recht*

6.º De la doctrina expuesta en § 47 se sigue la consecuencia práctica de que, para apartarse *juridicamente* del Derecho en vigor en un caso concreto, es necesario que se empiece por derogar la norma jurídica que lo impide. Si se mantiene en vigor y no obstante se obra en *contra* suya en un determinado caso, este modo de proceder es *arbitrariedad*, puesto que va contra la nota de la *inviolabilidad* condicionante del *concepto del Derecho* (10).

7.º Pero, *el concepto del «Derecho»* no puede garantizar que el contenido de un Derecho no haya de ser modificado y acaso sustituido por otro Derecho opuesto (11). Estas modificaciones pueden tener lugar, tanto en armonía con el Derecho vigente como independientemente de él. Y dentro de esta segunda hipótesis, cabe, a su vez, que el nuevo Derecho surja mediante acuerdo pacífico, por ej., mediante tratados celebrados entre Estados independientes, en los que establezcan un poder jurídico superior a ellos, o, como tantas veces ha ocurrido, por el quebrantamiento del Derecho

*der Völker auf Frieden*, 1919. MENDELSON-BARTHOLDY, *Der Kriegsbegriff des englischen Rechts*, 1915. FINGER, *Die Stellung der Person und des Privateigentums im «Kriegsrecht»*, 1916. MOOG, *Fichte über den Krieg*, 1917.—V. también § 179.

(10) También dentro del Derecho privado, en el régimen de las asociaciones, podemos observar esta modalidad inviolable de la vinculación como factor de una voluntad *jurídica*, por oposición a la *arbitraria*. Puede ocurrir que la colectividad de los miembros quede vinculados a la competencia de los órganos designados por la asamblea, o que en un caso dado se pueda apartar voluntariamente de sus acuerdos, dejando subsistir en general, no obstante, lo acordado en la reunión así quebrantada. De lo expuesto en el texto se inferirá la negación de esta segunda alternativa. V.—*supra* n. 5. Normas concretas del Cód. civ. en §§ 26, 30, 32, 712 y 715.

(11) La noción de la *inviolabilidad* sólo exige que una voluntad vinculatoria entrañe el sentido de vincular de un modo *permanente* y *no en cada caso concreto*. En cuanto a su significación práctica, cabe deducir de aquí la consecuencia de que choca contra el sentido de una *Derecho* vigente el ser quebrantado por la *arbitrariedad*, porque su contenido concreto sólo se debe sustituir por el de otra voluntad igualmente *jurídica*. Pero no es, naturalmente, esta consecuencia práctica la que contiene el criterio lógico determinante de una voluntad *inviolablemente* vinculatoria, sino su carácter ya anticipado de vinculación *permanente*.—KANTOROWICZ, en *Arch. für Rechtsphilos.* II, pg. 47, interpreta falsamente esta doctrina.

en vigor mediante la fuerza, o por un golpe de Estado, v. gr., por una revolución, etc. El quebrantamiento del Derecho vigente será *arbitrariedad* si en vez de imponer la transformación del Derecho avasallador, lo deja subsistir para hallarlo en unos casos y otros según el capricho subjetivo de quien disponga del poder; pero puede también la violencia echar los cimientos de un nuevo *Derecho* si en efecto se acomoda al *concepto del «Derecho»* la nueva regulación que instaura (12).

---

(12) El que un *Derecho* existente sea quebrantado de modo ilegítimo por la fuerza es *siempre*, de por sí, un caso de *arbitrariedad*. Consumado este hecho, cabe que la arbitrariedad se mantenga como tal, dominando en la vida social un régimen caótico, pero cabe también que aquella violación haga nacer un *Derecho* nuevo, siempre que la voluntad vinculatoria que suplante a la que se hallaba vigente corresponda por el sentido que la anime a las características determinantes del *concepto del Derecho* (§ 66). No parece que medie divergencia alguna entre esta doctrina y la asentada por KIPP en sus notas a las Pandectas de WINDSCHEID § 15 n. 3.