

PRINCIPIOS PARA UNA TEORIA REALISTA DEL DERECHO

*Justus es, Domine, et rectum judi-
cium tuum.*

(Ps. 118, 137.)

SUMARIO :

Introducción.—1. Lo jurídico, como ser.—2. Derecho, adjetivo substantivado.—
3. Definición del derecho.—4. La Justicia.—5. Las fuentes del derecho.—6. El
destinatario de la ley.—7. Territorialidad y actualidad judiciales del derecho.—
8. Heterogeneidad de las normas.—9. El derecho natural.—10. Otros corola-
rios.—11. Colofón de definiciones.

Si no me equivoco, toda filosofía jurídica es una interpretación de la realidad jurídica, esto es, de la vida en cuanto se nos manifiesta como jurídica. En este sentido, toda filosofía jurídica es también resultado de una experiencia, por cuanto supone un propio esfuerzo de comprensión de la realidad jurídica histórica y actual. En este caso, se trata precisamente de la experiencia de un historiador del derecho, de un romanista, que desea esclarecer las razones de la divergencia que siente cada vez que, en la lectura, en la polémica o en el diálogo, confronta su propia interpretación de la realidad, interpretación decantada, como digo, por la experiencia del estudio histórico, y las concepciones que suelen reflejar los otros juristas en general, sobre todo los civilistas. ¿Por qué un cultivador, por modesto que sea, del *jus civile*, del *jus civile* por antonomasia, ha de sentirse tan extraño entre los modernos cultivadores del mismo derecho civil? Francamente, yo creo que la razón de tal discrepancia podría ser objeto de una investigación histórica y no filosófica, y yo mismo he intentado aclarar algún aspecto de ese complejo problema al ocuparme del tema delicado, y diríamos «neurálgico», del dogma jurídico. Pero ahora no voy a volver sobre aquellas explicaciones. Mi propó-

sito es —aceptando la acogedora hospitalidad de los filósofos del derecho y la honrosa invitación de mi admirado colega el profesor Arboleya— exponer muy simplemente los que me parecen principios fundamentales de aquella teoría jurídica en la que he venido moviéndome a lo largo de mis lecciones y contraposiciones.

Esa deliberada simplicidad supone, naturalmente, el tono del monólogo, ya que una toma en consideración de los puntos de vista de la doctrina en cada uno de los tópicos engarzados en esta mi exposición nos llevaría a confeccionar un libro, e incluso un grueso libro; pero eso está tan lejos de mi propósito como de la conveniencia y aun de la actual posibilidad. Así, no nos esforzaremos por señalar aquellos matices de semejanza o contradicción con otras teorías (1).

Por último, antes de empezar mi exposición, una palabra acerca del calificativo con que designamos nuestra teoría. El término sólo puede resultar del todo claro cuando concluyamos nuestra exposición de los principios; pero, con el fin de prevenir al lector sobre el sesgo de nuestro pensamiento, convendrá decir desde ahora que nuestro realismo se opone, por un lado, a idealismo jurídico, y, por otro, a positivismo jurídico. Idealismo y positivismo jurídico no me parecen concepciones originariamente antitéticas, sino fases históricas distintas de un mismo sesgo en la historia del pensamiento jurídico. Yo llamo idealismo al de aquellos moralistas o logicistas que trataron del

(1) En especial podría hacerse eso con la teoría «egológica», la cual, pese a su quizá poco feliz nomenclatura, constituye, probablemente, el más valiente esfuerzo de la filosofía jurídica de nuestros días. Aunque la idea fundamental de que el derecho es conducta puede hallarse en la base de nuestro pensamiento, esto no creo que deba considerarse suficiente para asignarme una adscripción egológica, sea cual sea, por lo demás, mi admiración por COSSIO. Mi discrepancia respecto a COSSIO creo que es radical e insubsanable, pues depende de una antagónica actitud de aproximación a la realidad jurídica. Porque no hay que olvidar que COSSIO se formó en el normativismo formalista, en tanto yo no soy más que un historiador del derecho. Por lo demás, hay una diferencia clave entre el sistema egológico y mis propias preferencias, y es que para mí la sentencia judicial encierra, desde luego, una norma jurídica, mejor: la norma jurídica.—Todavía quiero hacer constar que existe una semejanza entre mi posición y la que ha venido defendiendo originalmente JOSÉ LOIS; pero éste sigue un camino en el que no podría seguirle, pues quiere repudiar toda ciencia jurídica que no se rija por el método matemático. Yo no niego que esa ruta sea quizá fecunda; pero, por un lado, me resulta impenetrable, por defectos de mi formación, y, por otro, no me parece se pueda juzgar sobre ella en tanto no sirva para suministrar soluciones para casos jurídicos concretos, lo que creo constituye una exigencia lícita y primordial en todo jurista. A pesar de ello, reconozco que las posiciones teóricas de LOIS son, muchas veces, muy exactas y «realistas».

derecho como un puro deber ser. Sobre el concepto del derecho positivo, por otro lado, nos declararemos más adelante, pero entiendo por positivismo aquella disposición teórica a tomar como deber ser el «ser impuesto», excluyendo toda otra estimativa crítica sobre el valor de justicia; en realidad, positivistas son los legalistas. Aquellos zorros de los Juzgados que, prescindiendo de todo recato de justicia, y a veces de la ética más elemental, se llaman positivistas, porque creen que «lo positivo es salirse con la suya», no son, naturalmente, positivistas en mi sentido. De esos practicones está nuestro realismo algo más cerca de lo que pudiera creer quien considere cómo nuestra teoría pretende defender la entraña moral del derecho y aun una moral declaradamente cristiana. Positivista, en cambio, es —y lo es por necesidad— el legislador del Estado moderno: él es quien pone e impone el orden jurídico, sin admitir una eventual crítica de sus propios estatutos.

Nuestra teoría realista pretende interpretar lo jurídico, la vida jurídica dada, en el meollo de su coexistente complejidad, y por eso no puede prescindir del valor de justicia, sin el cual toda esa realidad dada de la vida jurídica carecería de sentido, es decir, no existiría. Porque el derecho todo, en una forma u otra, y pese a las adulteraciones y tergiversaciones, a las claudicaciones y a las petulancias soberanas o tiránicas, es y será un organismo cultural que conspira todo él a la realización de un sentimiento superior de justicia. Por eso, lejos de nuestro ánimo el querer separar al derecho de la moral, como hicieron los positivistas y aun algunos idealistas procedentes del formalismo. Eso sería como separar «la uña de la carne». Si nuestra posición se aparta, en cambio, de la de algunos moralistas, ello se debe precisamente a nuestro esfuerzo por respetar la carne como carne y analizar la uña como tal uña y no como carne, aunque esté destinada a protegerla; ni tampoco como una carne simplemente endurecida. Este discernimiento es, por otro lado, el que evita confundir nuestro realismo con un confuso sociologismo.

1. LO JURÍDICO, COMO SER

Lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre para regir la conducta inevitablemente social mediante una discriminación de interferencias, sino que es en primer lugar un

cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de normas jurídicas, es precisamente porque la *normalidad* nos proporciona la *norma*. Cuando se produce una interferencia anormal, entonces y sólo entonces tomamos conciencia de que una norma ha sido infringida; del mismo modo que sólo cuando duele una víscera nos percatamos de que se ha alterado un estado de normalidad, de salud, y aún podríamos decir que sólo entonces nos damos cuenta de la existencia misma de la víscera afectada. Como la conciencia del dolor —diríamos la patología— es anterior a la conciencia de la salud —o fisiología—, así también la conciencia de la infracción jurídica es anterior a la norma. En otras palabras: la norma —o deber ser— surge en nuestra conciencia en un caso de infracción de la normalidad —o ser—. De esta suerte, aunque lo antijurídico parece presuponer lógicamente lo jurídico, en el orden genético real ocurre al revés (2).

Si esta visión de la realidad no aparece como inmediatamente sentida por el hombre moderno, que piensa ante todo en las normas, ello se debe a un espejismo del legalismo. Para la mentalidad legislativa, la ley, que constituye un deber ser normado, es lo primario, y el ser real de la conducta se reduce a un cumplimiento o incumplimiento de esa norma. Ahora bien, esa norma legal es una excogitación del legislador, y de ahí que todo lo jurídico se pueda reducir, en esa concepción, a un sistema lógico de deber ser. Y una expresión especialmente agudizada de esa mentalidad se manifiesta en el campo del derecho criminal mediante el postulado *nulla poena sine lege*. Según esta formulación, no podría tratarse como antijurídico y considerarse, en consecuencia, como digno de alguna pena o sanción todo acto no previsto por una norma legal. Por lo tanto, si en un pueblo el hurto fuera desconocido, como dicen que fué durante mucho tiempo en Menorca, y por primera vez surgiera aquel acto que las leyes de aquel país no habían sentido la necesidad de sancionar, el ladrón, según tal principio del derecho penal, debería quedar impune. Pero hoy quizá sea más dudoso que un tal aforismo tenga un valor absoluto. En especial, la realidad de los crímenes de guerra —sin implicar con esto una opinión favorable sobre la conducta de los jueces de Nüremberg— ha demostrado aspectos de la realidad que parecían insospechables. Y es que este aforismo es un

(2) Otro tanto ocurre, p. ej., con la sucesión «ab in-testato», que es históricamente anterior a la testada.

producto de la época liberal, la cual fué, en el orden jurídico, extremadamente legalista. La libertad se traducía para el hombre liberal en una reducción convencional de lo injusto, algo así como cuando los jugadores de naipes convienen en no reputar como inconvenientes más que las trampas específicamente determinadas al comenzar la partida. Como en tantos otros extremos de la concepción liberal, la libertad se concebía como libertad para la voluntad primaria, es decir, eventualmente, como libertad par el mal no-penado.

2. DERECHO, ADJETIVO SUBSTANTIVADO

Si lo jurídico es ante todo un ser, una cierta normalidad del ser, debemos precisar ahora qué tipo de normalidad es esa. Esto nos lleva al concepto del derecho.

En el número anterior hemos evitado el término «derecho» y nos hemos valido para designar lo mismo de la expresión «lo jurídico». Esa precaución obedecía al deseo de no manejar ese término sin la previa aclaración que aquí intentamos; pero tal sustitución ha sido posible precisamente por ese carácter de la idea del derecho que queremos subrayar aquí.

En efecto, derecho (como «Recht», pero también como *jus*) (3) es primariamente un adjetivo. «Derechurero» se podía decir en castellano antiguo. A derecho se opone torcido o «entuerto» (4). De aquí que el derecho pueda sustituirse por «lo jurídico», o, para adelantar nuestras conclusiones, «lo justo». En todos estos términos nos hallamos con adjetivos substantivados, como ocurre con la designación de los valores: lo bello, lo bueno, etc., Así, pues, cuando decimos «derecho», presuponemos algo de lo que esto se puede predicar. Este algo es una determinada conducta, o sea, una conducta humana. En consecuencia, el valor de lo justo está en relación con la estimativa de la conducta humana, es decir, con la ética.

Hasta aquí podemos decir que el derecho, no sólo tiene que ver con la ética, sino que es ética. Sin embargo, hay un rasgo por el que lo justo se distingue específicamente de los otros valores de la ética, principalmente del valor ético general: lo bueno.

(3) *Jus* se puede equiparar en esto a *fas*. En ambos la predicación genuina es *jus- o fas est o non est*; *jus* se opone a *injustum* como *fas* a *nefastum*.

(4) En catalán, como en otras lenguas romances, como también en inglés, «*torc*».

Es verdad que cuando Celso decía que el derecho es un *ars boni et aequi*, el término *aequum*, igualdad o equidad, no especifica mucho, a primera vista, el *bonum*; pero lo específico del derecho parece encerrarse ahí, algo solapadamente, en el *ars*. Porque *ars, téchne* en griego, quiere decir una técnica de realización; el derecho supone así una técnica de realizar lo bueno. Sólo en el momento en que damos todo su sentido al *ars* viene el término *aequum* a iluminar un rasgo específico del *bonum* jurídico. En efecto, una técnica de realizar lo bueno que deba realizar también esa igualdad supone la pluralidad de conductas y la posible interferencia entre ellas, pues sólo entre términos plurales cabe hablar de igualdad. Pero insisto en que esta dimensión de *alteridad* a que alude el *aequum* sólo cobra su verdadero valor partiendo de que estamos tratando de un *ars*, es decir, una técnica. La idea de técnica implica una operación en algo exterior, un operar en las cosas o en las personas. También Hipócrates decía que la medicina era una *techné makré*, un *ars longa*, que traducen los latinos: *ars longa, vita brevis, experientia fallax, occasio praeceps...*, aforismos de oro también para el jurista. Naturalmente, un arte médica no se concebiría sobre uno mismo, sino sobre otros: los enfermos; así también, el *ars boni et aequi* no puede referirse a una técnica de regir la propia conducta individual, sino de los demás, de los «enfermos jurídicos», es decir, aquellos que, anticipando nuestro pensamiento, podríamos llamar los pleiteantes. Así, si una conducta buena e igual todavía no destaca suficientemente la dimensión social de alteridad, una técnica de lo bueno e igual nos lleva ya al gobierno de las conductas ajenas. Porque todo gobierno es, en sí mismo, una técnica, y el gobierno de la ciudad una *téchne politiké*.

En resumen: la materia de ese *ars* que es el derecho es una conducta, y una conducta de dimensión social que la sociedad necesita gobernar mediante una cierta técnica, que es también una conducta.

No sobre toda conducta social recae esa intervención técnica, y así los llamados usos sociales no constituyen materia jurídica, porque no están sometidos a la técnica de gobierno; pero esto puede ocurrir cuando la sociedad engendra una técnica de gobierno para tales usos, aunque no siempre se conviertan en algo jurídico, pues no toda técnica de gobierno convierte en jurídico aquello que gobierna; sin embargo, frecuentemente tal extensión de la técnica gubernamental suele operarse mediante conversión de la conducta gobernada en conducta jurídica.

Con esto llegamos a un punto muy importante, y a la vez muy delicado, en nuestro itinerario para la identificación de lo jurídico; muy delicado, porque un pequeño desvío en este punto conduce por un camino que a la larga resulta notablemente divergente. Quizá apartándonos ahora un momento de la encrucijada podremos dominarla mejor con nuestra vista y elegir con más claridad el camino cierto.

3. DEFINICIÓN DEL DERECHO

Este apartamiento es una consideración verbal; pero, al fin de cuentas, nada refleja mejor nuestro pensamiento como nuestras palabras, y sin ellas no concibo que pueda articularse pensamiento alguno. Y las palabras en cuestión son ahora, *jus*, que es «lo derecho», y *judicium*, que es el juicio. «Juicio» quiere decir «declaración» de lo que es *jus* (*jus-dicare*) (5). Me atrevería a decir que la técnica —*ars*— de gobierno específica de lo jurídico es aquella en la que se inserta en la operación social de realización una previa declaración de valor social también. Confieso que la clave de todo lo que puedo decir sobre mi concepto del derecho es esto: que *el «jus» es el objeto, pero también el resultado del «judicium»*. Este punto de partida nos conduce a resultados extremadamente simples y que quizá carezcan del empaque que parece decente en un filósofo de hoy, pero del que yo, precisamente, me veo libre por negar mi profesión de filósofo.

Sin gran discurso, la conexión *jus-judicium* nos lleva a la definición de lo que es el *jus*, esto es, el derecho. Para saber qué sea derecho no tenemos más que encontrar el juicio, porque es el *judicium* el que engendra el *jus*. Ahora bien, ¿dónde está el *judicium*? Si no me equivoco, el juicio es precisamente el instrumento fundamental del *ars* de que venimos hablando; por lo tanto, el instrumento de gobierno de la conducta por la sociedad. Por consecuencia, allí donde la sociedad mantiene un organismo declarador de lo que es una conducta que requiere una intervención social (acción) tendremos un juicio. Una mayor precisión en este terreno quizá pe-

(5) Sobre el posible matiz de diferencia entre *jus-dicare* (*judicatio*, etc.) y *jus-dicere* (*jurisdictio*, etc.) vid. *Anuario de Historia del Derecho Esp.*, 20 (1950), 896.

cara de antihistórica, pues hoy tenemos en mente nuestros tribunales de justicia con toda su compleja organización, sus escalafones, sus trámites y sus papeleos; pero en otros momentos históricos la función judicial se nos presenta en formas muy distintas, hasta el extremo de que cabe la posibilidad de que la operación judicial se realice por una asistencia desorganizada de los mismos vecinos como coadyuvantes de la fuerza del miembro afectado. Ese tipo de juicio podrá estimarse muy rudimentario, pero no por eso deja de ser un juicio. Los jurados que algunos pueblos civilizados mantienen en los procesos criminales son una forma refinada (o, si se quiere, degenerada) de ese mismo juicio popular. Y en algunos pueblos, como en la antigua Roma, pero también, por ejemplo, en Inglaterra, las asambleas representativas ejercían funciones propiamente judiciales.

Todavía conviene despejar un prejuicio del pensamiento jurídico moderno que pudiera oscurecer la realidad del acto judicial. Me refiero a la teoría de la llamada separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Tal separación pudo significar en un determinado momento de la historia de Francia un recurso para cohonestar la existencia de unas fuerzas políticas reales —sobre el carácter de fuerza real socialmente caracterizada que tenían esas «puissances», nunca se insistirá bastante (6)—, pero no puede considerarse —ni de hecho se observa así— como un dogma inalterable de la teoría política. No hay que pensar, por tanto, que aquellos que desempeñan una función legislativa o ejecutiva no puedan desempeñar esa actividad judicial que aquí nos interesa.

Así, pues, allí donde hay un juicio, sea popular, sea por jueces libres o burocráticamente organizados, o incluso por los mismos poderes gubernamentales, hay una declaración de *jus*. Lo que en tal juicio se declare justo, eso es derecho, el derecho. Como solemos llamar jueces a los que hacen tales declaraciones, podremos definir el derecho como *aquello que declaran los jueces (jus, quod judex dicit)*, y como eso que declaran los jueces es lo que les parece justo, es decir, lo que los jueces, como tales jueces, aprueban, llegamos a la definición sencilla, y a mi modo de ver verdadera, que he tomado como propia: *derecho es lo que aprueban los jueces*.

Por último, para no escamotear la complejidad de lo real, hay que tener en cuenta que esa función judicial puede ser idealmente

(6) Vid. ahora las observaciones lúcidas de WERNER WEBER: *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem* (Stuttgart, 1951), págs. 25 y 44.

asumida fuera de un juicio real determinado, por el mismo juez o por el soberano o por un particular cualquiera. Cuando, por ejemplo, un alumno en una clase de casos prácticos, emite su opinión sobre un caso hipotético, su opinión asume el carácter de una sentencia judicial; su actividad es propiamente judicial, aunque esa actividad no tenga, naturalmente, ni la eficacia ni la repercusión social que tiene la sentencia de un juez en el ejercicio propio de sus funciones. Quiere esto decir que puede haber, además de un derecho real, un derecho proyectado, hipotético, anhelado, ideal, sobrenatural, etc. Sobre esto tendremos que volver luego, pero antes hemos de obviar un reparo que sin duda puede ocurrir a la mente lógica del lector.

4. LA JUSTICIA

Decimos que es derecho aquello que los jueces —o los que asumen sus funciones— declaran justo, esto es, lo que ellos, como tales jueces, aprueban; pero es inevitable que un lector habituado a pensar lógicamente se haga esta pregunta: «¿Cómo es posible que el *jus* sea el resultado del *judicium*, si precisamente el juez debe ver qué sea justo para declararlo? Una noción previa de lo justo —pensará el lector— es necesaria.»

Creo que ahí está el camino tentador, que parece conducir a la verdad y no pasa de ser un camino sin salida. Es posible que exista una aporía, pero, en todo caso, es más conveniente advertirlo antes de tomar ese camino que no consigue superarla.

Yo sostengo que un juez puede declarar lo justo, y hacer con ello *jus*, sin tener una idea previa y general de lo justo. Es decir: creo que una idea general y abstracta de lo justo no es necesaria para que un juez declare lo justo. Para designar esa idea abstracta y previa de lo justo tenemos un vocablo exacto: justicia. La justicia es a lo concretamente justo como la belleza a lo que es concretamente bello, la bondad a lo concretamente bueno. Ahora bien, la realidad demuestra que somos todos capaces de emitir opiniones aceptables acerca de lo bello o lo bueno y también lo justo, sin tener una idea muy clara de lo que sea la belleza, la bondad o la justicia. Sería francamente temible, como dice con razón Roscoe Pound, que los jueces declararan una huelga de brazos caídos en es-

pera de que los filósofos del derecho les suministraran una definición incontrovertible de la justicia.

Sin embargo, me parece que podemos aceptar aquella definición de la justicia que se conserva en las Pandectas y recogió la mejor Teología moral: la que concibe la justicia como aquella virtud moral cardinal que inclina la voluntad a dar a otro un derecho por igual, o, como leemos en las Pandectas: *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*.

El dar lo suyo —o su «derecho», *jus suum*, como dice otra versión— a cada uno, no es más que declarar lo que es justo en cada caso. La virtud moral de la justicia está en esa buena intención de reconocer lo justo en cada caso, sin claudicaciones (7).

Ahora bien: imaginémonos a un juez que tiene en el fondo de su conciencia, muy bien arraigada, esta idea de la justicia, y que se halla sinceramente decidido a ejercitar la virtud de la justicia. Un tal juez, sin embargo, no puede deducir de tal definición una idea de lo que sea lo justo en cada caso. Aquella idea previa, importantísima para su comportamiento, no le ilumina en absoluto para poder dictar sentencias justas.

¿De dónde, pues, debe extraer el juez esos criterios sobre lo justo que le permitan dar sentencias acertadas? Esta cuestión es la que da lugar a la teoría de las llamadas fuentes del derecho.

5. LAS FUENTES DEL DERECHO

En este punto me veo obligado a repetir ideas ya expuestas y discutidas con anterioridad, pero deseo hacerlo con aquellas aclaraciones que permitan una más exacta comprensión de mi posición.

Ante todo, creo que muchas cosas se aclaran si precisamos el concepto de «fuente», lo que no hice hasta ahora, y quizá eso haya producido algunas incomprensiones y críticas.

Fuente, aplicado a la teoría jurídica, se emplea por metáfora. Quizá, por eso, sería mejor prescindir de la palabra, pero temo que no sea posible, pues sería difícil encontrar otra más cómoda para decir lo mismo. En todo caso, por tratarse de una metáfora, es necesario precisar el sentido exacto en que esta palabra se emplea.

(7) Sobre el sentido de *perpetuus*, vid. F. HZ. TEJERO en *Anuario de Historia del Derecho Esp.*, 19 (1948-49), 593.

Pues bien; yo entiendo por fuente aquel momento de la realidad jurídica en el que se nos *aparecen* los criterios sobre lo justo, o, en otros términos, las *formas de producción* de estos criterios. La íntima conciencia de un juez, donde intuitivamente puede iluminarse un criterio de lo que es justo en un determinado caso, no es para mí una fuente, pues no hay ahí una forma, esto es, una forma de exteriorizarse aquel criterio. Para acudir al símil natural: la fuente no es para mí el seno de la tierra o manantial interno donde se origina el agua, sino aquella parte del suelo por donde el agua sale, se hace visible y puede ser recogida por los hombres.

Si aplicamos esta aclaración a los que en el derecho español llamamos «principios generales del derecho», resultará que para nosotros no puede tratarse de principios racionales o innatos, sino de aquellas expresiones escritas u orales en que se formulan criterios generales de justicia (8).

Toda fuente del derecho es, para nosotros, una expresión formuladora de un criterio para discernir lo justo. Con esta precisión, creo yo, se evitarán muchos malentendidos y no se me censurará por negar el derecho natural. El derecho natural es un derecho, no una fuente especial del derecho. Pero sobre esto hablaremos después.

Ahora bien: si fuente del derecho es toda expresión formuladora de un criterio para juzgar, me parece que se deduce sin dificultad que la jurisprudencia es la fuente primaria y universal de todo derecho. Porque la jurisprudencia es precisamente eso: formulación del *jus*.

Naturalmente, la prudencia es una virtud cardinal, como la justicia. Y una virtud cardinal para discernir lo agible; esto es, que aconseja la conducta buena y desaconseja la mala. Cuando esta virtud se aplica a la conducta que hemos identificado como jurídica, es decir, cuando hablamos de *prudentia juris*, nos encontramos con el discernimiento de lo agible jurídico. Como quiera que hemos dicho que la conducta primordialmente jurídica es la conducta del que juzga, del juez, podemos concluir que la prudencia jurídica es, ante todo, la *prudencia de juez*. La justicia y la prudencia se enlazan así como virtudes capitales de la función juzgadora: por la primera se inclina el juez a juzgar bien y por la segunda averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien. Ambas virtudes pueden, sin

(8) Por lo tanto, doctrina. Pero no insisto en esto, porque ya traté de ello en una conferencia barcelonesa de próxima publicación.

embargo, andar disociadas; así ocurre en aquellas personas con gran pasión de justicia, pero incompetentes en derecho, o al revés, con aquellos buenos sabedores de derecho que no sienten la obligación moral de juzgar bien, aunque sepan hacerlo. La justicia es así una virtud volitiva (*voluntas*), en tanto la prudencia es intelectual, y por eso los romanos decían de la *prudencia juris* que era una *scientia*; precisamente una «ciencia de lo justo e injusto», para lo que se requiere a la vez un saber de cosas divinas y humanas. Sobre lo divino volveremos. Cuando esta prudencia se da en un grado extraordinario a infuso, nos hallamos en presencia de un don del Espíritu Santo.

Por lo tanto, la jurisprudencia, al discernir lo justo de lo injusto, decimos que es la fuente del derecho, pero, se entiende, siempre que sea una expresión formuladora de tales criterios de lo justo, pues un conocimiento inexpresado, que puede incluso dar lugar a una sentencia judicial, no es todavía una fuente, aunque se hace fuente tan pronto se expresa en aquella sentencia.

No creo sea necesario repetir aquí cómo, en mi opinión, todas las otras que llamamos fuentes del derecho, como la ley, los decretos, los «principios generales», la costumbre, etc., no son más que fuentes derivadas de la prudencia judicial, cuya derivación se puede explicar por aquel que hemos llamado «ciclo de la producción normativa» (9). Únicamente quiero dar dos breves aclaraciones acerca de ese valor primordial —de fuente primaria— que atribuyo la prudencia judicial.

En primer lugar: se me ha objetado algunas veces —y por juristas muy dignos de mi respeto— que hay también una vida jurídica extra-judicial, y que es exagerado reducir todo el derecho a un derecho de jueces. A esto debo responder lo siguiente:

Ya he aclarado que la función juzgadora es una función judicial, pero que puede ser asumida hipotética o preventivamente por personas —juristas— que no se hallan en el ejercicio de una jurisdicción oficial; por ejemplo, el alumno que resuelve un caso práctico, para tomar un ejemplo extremo. Toda formulación de un criterio de juzgar es ya una forma de jurisprudencia, sea la formulación de un juez propiamente dicho, sea un prudente libre, un mago, un legislador o un viejo de aldea.

(9) Vid. el prólogo de mi conferencia madrileña *Los romanistas ante la crisis de la ley* («O crece o muere», 1952).

Ahora bien, lo que yo afirmo es: primeramente, que toda esa actividad jurisprudencial se endereza a un juicio previsible, y, por otro lado, que toda otra actividad que, no adoptando la forma de un juicio, se nos presenta, sin embargo, como integrante de la vida jurídica real que tratamos de explicar, depende de la actividad judicial fundamental. Quiero decir que todos cuantos intervienen de algún modo en esa vida acomodan su propia conducta a la conducta que esperan ha de tener el juez llamado eventualmente a fallar sobre aquel acto que están realizando. Naturalmente, ese acomodarse a la conducta judicial no implica obrar siempre de conformidad con los criterios o normas judiciales, sino contando con ellos. Así, en muchos casos se cuenta con la desidia eventual de los tribunales, para hacer algo que se sospecha que no debería ser aprobado por ellos, o se cuenta con la pasividad general y las probabilidades de que el acto no sea sometido al juicio del juez, y cuando el acto se hace a sabiendas de la previsible desaprobación judicial decimos que aquel acto es antijurídico, es decir, contrario a lo que los jueces aprueban: la conciencia de antijuridicidad es una conciencia de desaprobación judicial. Así, toda la vida jurídica se acomoda a la conducta judicial. Los notarios, los registradores, los negociantes, los bandidos, los testadores, los que constituyen las dotes o hacen fundaciones, todos ponen más o menos conscientemente la mira de su conducta en la probable conducta judicial.

Esta función central de la conducta judicial tiene una especial consecuencia para el problema del destinatario de la ley. Es este un problema en el que los autores han derrochado energías, pero que desde el punto de vista de nuestro sistema no tiene más que una solución. Para no romper el hilo de nuestras dos aclaraciones trataremos de eso en párrafo aparte.

La segunda aclaración que me parece oportuno hacer se refiere al valor normativo de la sentencia judicial. Si no me equivoco, una sentencia judicial es norma en un triple sentido: como norma particular, como norma profesional y como norma pública:

1.º Es norma particular para las partes afectadas por el fallo, para los litigantes; se entiende en la medida en que aquella sentencia tiene fuerza de cosa juzgada. Entre los litigantes la sentencia impone una norma indiscutible, pues su conflicto de intereses ha sido resuelto de conformidad con aquel criterio judicial contenido expresa o implícitamente en la sentencia.

2.º Es norma profesional por cuanto cada sentencia constituye un

precedente, que tendrá una influencia más o menos intensa sobre las futuras sentencias de aquel mismo juez o de otros jueces.

3.º Es norma pública, ya que aquella muestra de conducta judicial será tenida en cuenta por todos los que tengan que intervenir en un caso análogo, y los técnicos del derecho, en especial, no olvidarán aquella muestra cuando se trate de dar un consejo al «público».

A esto debe unirse el valor generador que tienen las sentencias judiciales respecto a las otras fuentes que de ella se derivan: la costumbre, la ley, la ley privada negocial, etc.

6. EL DESTINATARIO DE LA LEY

Hemos dejado para tratar en párrafo aparte la cuestión del destinatario de la ley. Decíamos que si partimos de nuestro sistema, según el cual el juicio (*ju-dicium*) es el momento central del derecho (*jus*), la solución en este punto no puede ser más que una: la identificación del destinatario de la ley con el juez, o mejor, con el que juzga. En efecto, si toda norma —y la ley pretende serlo o contenerla— es un criterio para discernir lo justo de lo injusto, y precisamente por ello decíamos que la norma legal es también ella, en su primera fuente, jurisprudencial, la norma legal será también un criterio destinado al que debe discernir lo justo de lo injusto, esto es, el juzgador o juez.

Esta afirmación, congruente y necesaria dentro de nuestro sistema, parece estar en fricción con la creencia general de que la ley es imperativa. Es este uno de los problemas más sutiles de la filosofía jurídica, y conviene que nos detengamos un momento en él.

Lo primero que conviene recordar es que los criterios jurisprudenciales, es decir, las normas jurídicas en general, no son en sí mismas dictados imperativos. No pueden serlo por la razón evidente de que quien las formula no tiene, por su misma autoridad jurisprudencial, una *potestas imperandi*. Ya hemos dicho que la prudencia es virtud intelectual; el *imperare*, en cambio, supone expresión de voluntad. Lo que el prudente, formulador de la norma jurídica, puede decir no es más que «esto es justo» o «esto es injusto»; declara lo que es *jus* (*ju-dicat*), pero no impone una regla de obediencia. Los juristas romanos, como es sabido, formulaban sus criterios con

un recato de rara elegancia: «parece ser...», «plugo...», «parece preferible...» Su *jus* no era de ningún modo un *jus imperativum*.

Si las normas jurídicas no son por sí mismas imperativas, ¿quiere esto decir que no son vinculantes, que no obligan? Esta es la cuestión, anexa a la de la imperatividad, de la obligatoriedad de las normas.

El positivismo legalista, por aquella absorción del dogmatismo de origen teológico que hemos descrito en otros lugares, ha tendido a oscurecer esta cuestión, que quizá no sea tan difícil de aclarar. Porque una cosa es la obligatoriedad moral y otra la vinculación material.

Las normas jurídicas, por ser criterios definidores de lo justo, obligan en conciencia, puesto que existe en la conciencia de cada uno de nosotros un imperativo innato que nos dice: «Haz lo justo y no hagas lo injusto». Para cumplir este imperativo moral debemos aceptar las normas jurídicas y ajustar nuestra conducta a ellas. No es, por lo tanto, que la norma sea imperativa, sino que por señalar la conducta justa estamos moralmente obligados a cumplirla. La imperatividad no proviene así de una *voluntas imperandi* del que da la norma, sino que es un reflejo de la recepción de esa norma no imperativa por el imperativo de nuestra propia conciencia. Puede ocurrir así que el que da la norma tenga él una vehemente voluntad de que su norma sea cumplida, y que la formule no sólo como criterio de lo justo, sino como verdadero dictado imperativo. Tal imperatividad no altera, empero, la no imperatividad de la norma en sí misma. La prueba está en que si la conciencia repudia sinceramente aquella norma, por considerarla injusta, esto es, errónea (como ocurre cuando la persona que formula las normas no tiene autoridad moral ante nuestras conciencias), tal conciencia no está moralmente obligada a acatarla; es más, puede estar obligado moralmente a desobedecerla y combatirla. La obligatoriedad de las normas depende así de nuestra conciencia; prácticamente, de las autoridades que gobiernan nuestra conciencia.

Una voluntad imperativa en el formulador de las normas, como en la hipótesis que acabamos de proponer, se da normalmente en los legisladores. Tanto es así que sus normas, expresiones más o menos generalizadas de un criterio de lo justo, aparecen frecuentemente redactadas en el modo imperativo. Debemos, pues, aclarar ahora en qué sentido tales leyes formalmente imperativas pueden considerarse obligatorias.

Hemos de advertir antes de entrar en este punto que la cuestión

sólo se plantea para las leyes formalmente imperativas, porque el mismo legislador puede no dar tal imperatividad a sus leyes, como ocurre no sólo con aquellas normas que llamamos discrecionales, sino sobre todo con las leyes meramente penales. Como sostiene la más sana doctrina de los moralistas, no hay obligación moral ante la ley meramente penal (aunque sí ante la sentencia que nos impone la pena). Esta particularidad altamente interesante de la no obligatoriedad de la ley meramente penal —tema que no debemos tratar más a fondo, por pertenecer enteramente a la moral, es decir, que constituye una cuestión de confesionario, no de juzgado— nos sirve para analizar debidamente el efecto de la voluntad imperativa de un legislador al producir sus normas. ¿Diremos ante una ley meramente penal que no es querida por el legislador? De ningún modo se trata de eso. Cuando el legislador produce una ley meramente penal, por ejemplo, cuando multa el contrabando de tabaco, hemos de creer que el legislador quiere impedir la importación de ese producto fuera del monopolio, y, sin embargo, una tal ley no obliga en conciencia, y el contrabandista está exento de culpa moral en tanto no es descubierto y multado, pues sólo en ese momento queda obligado en conciencia a pagar la multa. Esto nos demuestra que aparte la imperatividad formal de la ley, que hace a esa ley obligante en el fuero de la conciencia, existe siempre una imperatividad en el legislador, y esta imperatividad general tiene por objeto la organización de un orden jurídico. El Estado, para cumplir sus fines de orden social, se vale de normas creadas por él, como instrumento para realizar tal organización. El que tales normas aparezcan como formalmente imperativas o no, no afecta a esa voluntad general de conseguir la organización, sino tan sólo a los matices de la obligatoriedad moral.

Así, pues, el problema de la imperatividad de la ley, problema de filosofía jurídica, debe separarse del problema de la obligatoriedad de la ley, que es netamente moral.

Debemos aclarar todavía que aunque hemos dicho que la ley, como tal norma, obliga en conciencia, por enunciar un criterio de conducta justa, esa obligatoriedad se extiende incluso a aquellas leyes que no parecen enunciar tal criterio, sino que simplemente trazan una norma de organización. En tanto esa norma de organización es formalmente imperativa obliga a nuestra conciencia, pero no ya por ser criterio de lo justo, sino por ser expresión de la voluntad de quien tiene la *potestas imperandi*. Como existe en nuestra conciencia un impera-

tivo de obedecer a la potestad política constituida (10), cualquier mandato de ésta nos resulta obligante; se entiende en cuanto no está en contradicción con otro imperativo moral superior. En consecuencia, la ley imperativa dictada por el legislador es obligante de un modo general, por ser una orden del que tiene la *potestas imperandi*, pero puede ser obligante también por contener una norma verdaderamente justa. En los Estados modernos la actividad legiferante ha sido tan intensa que esos dos grados han querido ser confundidos, y toda norma legislada pretende ser una norma de conducta justa. Pero sobre el problema de la ley injusta trataremos después.

Hasta aquí hemos venido hablando del problema de la obligatoriedad, que es puramente moral; pero ahora debemos hablar del otro aspecto de obligatoriedad de toda norma legislada, que es el de la vinculación material.

Ya hemos dicho que toda norma legislada, incluso la que no es formalmente imperativa, supone una voluntad en el legislador. Como quiera que la obligatoriedad moral depende de las conciencias y éstas son autónomas, o mejor dicho, se rigen por autoridades frecuentemente ajenas a la voluntad del legislador (11), la imperatividad de la ley no puede agotarse en una consecuencia tan eventual e incontrolable. Debemos analizar, pues, qué otra consecuencia produce esa imperatividad general de la ley, incluso cuando no se presenta como ley formalmente imperativa, es decir, la vinculación material.

Esa imperatividad general de la ley, emanada de quien tiene la *potestas imperandi*, se concentra en dos verbos imperativos: ordenar y mandar. «Ordeno y mando» ha sido siempre la auténtica expresión del legislador.

¿Qué quiere decir ordenar y qué mandar?

Ordenar quiere decir «poner en orden». Cuando el legislador ordena una norma jurídica no hace más que insertar tal norma dentro del sistema jurídico. Este poner e imponer una norma convierte tal norma en *norma positiva*, es decir, puesta o impuesta. Esto mismo

(10) El carácter de «constituida» depende, en último término, de condiciones fácticas, y de ahí que no digamos «legalmente constituida». La ley explica, pero no da la fuerza; como en Física.

(11) La conciencia de un católico, p. ej., se rige por los principios que la Iglesia le suministra a través de la catequesis, predicación pastoral, dirección espiritual, etc., en la que el Estado no puede (ni debe) intervenir. La misma obligatoriedad moral de acatar al imperante depende de esas autoridades espirituales, empezando por San Pablo.

ocurre cuando la ley extiende su fuerza imperativa a otra norma que no determina desde el primer momento, por ejemplo, cuando reconoce una norma extranjera (verdadera recepción), y sobre todo cuando da validez legal a las sentencias dictadas por determinados jueces, pues entonces aquella norma judicial vale como ley, aunque tan sólo sea entre las partes litigantes (cfr. supra), y se hace norma positiva. Así, pues, el ordenar equivale a imponer o a positivizar una norma jurídica. El positivismo es ordenancismo.

El concepto de derecho positivo no equivale dentro de nuestro sistema al de *derecho vigente*, pues una norma impuesta por el legislador no es necesariamente una norma efectivamente viva. No sólo la derogación de una ley le quita la vigencia (en este caso mediante un cambio de imposición o positividad), sino que el mismo uso puede dejar sin vida, sin vigencia, una ley que no ha dejado de ser positiva (12).

¿Qué quiere decir *mandar*? Si el ordenar hace que una norma sea derecho positivo, su condición jurídica implica que entra dentro de aquella serie de criterios que serán tenidos en cuenta por el juez. Pues bien, mandar no quiere decir más que imperar al juez que adopte y aplique tales criterios de juicio que le ofrece la ley. Porque mandar quiere decir destinar, como se manda una comisión o encargo. La ley es mandada al juez, de suerte que incurra en responsabilidad por su incumplimiento. Esto quiere decir que, como venimos analizando, el juez —y, por tanto, el juzgador en general— es el destinatario de la ley estatal.

También aquí hay que achacar a la teoría legalista el haber confundido perniciosamente la obligatoriedad moral de todos los súbditos, que, como hemos visto, escapa a ese control, con la necesidad material derivada del hecho de la vinculación del juez por el mandato del legislador. Esta confusión resulta favorecida por el espejismo de que los súbditos en general quedan en cierto modo cogidos por el hecho de la vinculación del juez, esto es, de que el juez aplique las leyes que se le han mandado; pero esta vinculación es secundaria, ya que depende primordialmente de la vinculación judicial. Si

(12) El que la misma ley, como ocurre en el art. 5 de nuestro Código Civil, prohíba tal tipo de privación de vigencia por el uso, no prueba nada, pues la vigencia es una condición *de facto*, como la vida de los seres orgánicos. Cuando realmente una ley no es observada, nuestra teoría realista debe concluir simplemente que tampoco el art. 5 del Código Civil puede asegurarse a sí mismo una vigencia absoluta.

el legislador no organizara un sistema para exigir materialmente la responsabilidad de los jueces que no cumplieran el mandato recibido, tampoco los súbditos quedarían vinculados por la ley. Así, cuando una ley positiva no es observada por los jueces, porque de hecho no se les exige responsabilidad —y no olvidemos que tal responsabilidad o no depende también de otros jueces—, hemos dicho que tal ley deja de ser vigente, y lo deja de ser para todos. Esto quiere decir que la vinculación material por la ley y la vigencia de ésta dependen de la aprobación o no de los jueces supremos, esto es, del *summum jus* (13).

Que la ley es mandada, esto es, destinada al juez, tiene una consecuencia que me parece digna de ser destacada, y es la de que sólo el juez tiene necesidad de conocer las leyes, y por lo mismo, que éstas pueden (quizá deben) estar redactadas en un estilo técnico sólo inteligible para el juez. Esto parece herir un sentimiento muy generalizado de la necesidad de leyes populares, pero este punto de la popularidad de la ley tiene una explicación histórica muy sencilla: las leyes son «populares» porque es el pueblo quien las hace. Ahora bien, cuando, en virtud del mito político de la representación popular, el legislador no es ya el pueblo mismo que aprueba una propuesta legal, sino una pequeña Cámara, la popularidad de la ley debe ser suplida por la publicación. El que una ley del pueblo necesite ser difundida por medio de la publicación quiere decir que aquella ley no es conocida por el pueblo, esto es, que no la hizo el pueblo. Ahora bien, este remiendo de popularidad es, en realidad, ficticio, pues sería ilusorio pensar que mediante la publicación todo el pueblo llega a conocer las leyes. Sólo el fariseísmo burocrático puede contar con el supuesto de que todos los españoles leemos cotidianamente el *Boletín Oficial*. La realidad es, por tanto, que las leyes modernas han dejado de ser populares. Si la publicación es todavía recomendable, ello se debe a la conveniencia de que el público pueda orientarse cuando lo desee, ni más ni menos que se hace con las sentencias judiciales.

En el cruce del mito de la obligatoriedad de la ley con el mito de la popularidad está la fatigada cuestión de la ignorancia del derecho. En el fuero de la conciencia la ignorancia de una ley que no

(13) *Summum jus* es aquel supremo derecho que depende de la decisión de una última instancia y del que depende a su vez todo el orden jurídico. En España el *summum jus* es el del Tribunal Supremo. La vieja confusión de *summum jus* con *jus strictum* es una relajación de la Retórica.

traduce una ley natural excusa de culpa; en el fuero del juez la ignorancia del litigante es irrelevante, salvo aquellos supuestos en que existan normas especiales sobre el error. En el fuero del juez hay un conocimiento por parte del juez, destinatario de la ley, y eso basta. La doctrina jurídica, en cambio, ha pretendido salir del apuro con una ficción: la de que el ignorante queda obligado como si conociese; el fariseísmo burocrático, con la de que la ignorancia es siempre culposa. Según la teoría realista que defendemos, el problema de la ignorancia de la ley no existe más que para el confesor.

Cuestión aparte, propia de la Política del Derecho, es la de si la ley conviene que pueda ser conocida directamente por un aldeano o debe ser interpretada siempre por un prudente. Esto no afecta, empero, a la eficacia jurídica de la ley. Si el Código Civil estuviera publicado únicamente en Latín, su valor jurídico sería exactamente el mismo, con tal que admitamos que los jueces supieran Latín; en otro caso, su positividad sería siempre la misma, pero su vigencia resultaría algo problemática.

7. TERRITORIALIDAD Y ACTUALIDAD JUDICIALES DEL DERECHO

El principio de que el juez es el destinatario de la ley y que todas las normas, tanto por su origen como por su destino y realización, son judiciales, tiene una importante consecuencia para la doctrina jurídica, cuyo pleno desarrollo en problemas concretos no podemos emprender aquí.

En la doctrina jurídica se ha discutido mucho acerca de la territorialidad o personalidad de las leyes (en general de las normas jurídicas). Si no me equivoco esta cuestión presenta un planteamiento más sencillo y claro desde el punto de vista de la teoría realista. Porque si las normas son siembre normas judiciales, la cuestión se reduce a saber cuáles son las normas de cada juez. Ahora bien, todo juez tiene un ámbito de jurisdicción oficial que es territorial, entendiendo por jurisdicción oficial aquel ámbito dentro del cual sus sentencias pueden ser ejecutadas. El que se halla fuera del alcance ejecutivo (lo que puede ocurrir en la persona o en los bienes) de una determinada jurisdicción no queda jurídicamente afectado por las normas vigentes de aquella jurisdicción. Quiero decir por «jurídicamente afectado» que no existe para él aquella vinculación material que implica-

ban, según hemos visto, las leyes. Cuando se dice, por ejemplo, que una ley española obliga a un ciudadano español, aunque éste se halle en el extranjero, esto no tiene sentido alguno sino entendiendo que de algún modo aquel ciudadano español, por ejemplo, en sus bienes, puede quedar afectado por una sentencia de un juez español, pues aquella tal norma sólo a los jueces españoles puede ir destinada (esto es, como ya hemos explicado, «mandada»).

Cada juez aplica sus propios criterios, y todo criterio judicial tiene una órbita territorial de vigencia. La vigencia de las normas es, pues, siempre una *vigencia territorial*. Pero esta territorialidad no debe confundirse con lo que la doctrina llama «estatuto territorial». Nuestra consecuencia es, por tanto, que todo el derecho es territorial, porque todas las normas jurídicas son *judicialmente territoriales* (14).

Esta territorialidad de las normas no impide, naturalmente, que el mismo juez ante determinados casos —los que constituyen los supuestos del llamado «estatuto personal»— no aplique sin más los criterios que aplica asiduamente, sino que imite en lo posible (límite del «orden público», etc.) la actitud del juez extranjero al que correspondería normalmente el fallo sobre aquella cuestión. Así, un juez puede aplicar una ley extranjera. Esta ley extranjera no le ha sido destinada a él, y por eso aquélla no es en su jurisdicción una norma positiva; pero, si corrientemente aquel juez viene aplicando en aquellos casos aquella norma extranjera, ésta vale, aunque no sea positiva, como norma vigente. Puede ocurrir incluso que tal preferencia de una ley extranjera indeterminada esté prescrita en un texto legal —éste sí positivo para el juez—, pero ni aun en ese caso se puede decir que la ley extranjera valga como norma positiva. Si el juez desatiende aquella prescripción legal, la infracción que se le puede imputar es de la ley propia, no de la ley extranjera; así, ésta nunca es para él una norma positiva (salvo en los casos de verdadera «recepción»). ¿Qué clase de norma es entonces esa ley extranjera que un juez puede aplicar en determinados casos? Si tenemos en cuenta que se trata, como dije, de una «imitación» de la posible sentencia de un juez extranjero, podremos admitir que aquella ley vale entonces como *uso judicial preferible*.

(14) Esta territorialidad del derecho está, naturalmente, en íntima relación con la territorialidad genética del orden jurídico, en el sentido que ha iluminado magistralmente CARL SCHMITT: *Der Nomos der Erde*.

Todavía quiero señalar otra importante consecuencia, que llamamos de la *actualidad judicial*. También aquí la doctrina jurídica se ha fatigado inútilmente acerca de si las leyes son «retroactivas» o «irretroactivas». Desde nuestro punto de vista de la teoría realista, es evidente que *todo juez aplica normalmente las normas actualmente vigentes*. El que en ciertos casos el juez aplique una ley derogada sólo puede considerarse como una excepción; excepción explicable por el fin de un mejor ajuste al caso y una consideración del elemento previsibilidad, ya que, de no ser así, las consecuencias de nuestros actos serían más imprevisibles de lo que aun con tal consideración vienen siendo. De todos modos, es claro que el juez cambia de criterio, especialmente cuando el legislador se lo manda así, sin más consideración, y que, por tanto, la previsión resulta siempre algo relativo.

Los dos problemas, tan agitados por los autores, de la territorialidad o personalidad de las leyes y de su retroactividad o no, son, en cierto modo, engendros de la dogmática legalista. Las cosas resultan mucho más claras si tenemos en cuenta que el derecho es ante todo una realidad judicial, que el juez aplica normalmente unas mismas normas, las normas vigentes, y que las excepciones a esa normalidad deben explicarse como normas secundarias de prudencia, a veces recogidas por la misma ley.

8. HETEROGENEIDAD DE LAS NORMAS

El lector que haya seguido nuestro pensamiento comprenderá que nada hay más ajeno a éste que el imaginar el orden jurídico como una pirámide o cosa parecida en que unas normas se escalonan ajustadas sobre otras. Y es que para nosotros el derecho es realidad viva, y la realidad viva nunca adopta esas formas tan geométricas. El orden jurídico se nos presenta más bien como una combinación de criterios de justicia entrelazados en agrupaciones territoriales y actualizados siempre por los jueces.

La idea de que el derecho contiene normas heterogéneas y muchas veces contradictorias suena a herejía para el legalismo dogmático, pero, si la realidad es así, una teoría realista no tiene más remedio que contar con ello.

La posible contradicción es inevitable, puesto que dentro de un mismo territorio hay diversos jueces, cada uno de los cuales puede

preferir unos criterios a otros, y un mismo juez puede variar frecuentemente de criterio. Por lo demás, como la ley no es la única fuente del derecho —y aun ella no siempre carece de contradicciones—, es natural que las normas emanadas por las distintas fuentes no siempre sean coincidentes.

Esta heterogeneidad dificulta a veces la previsibilidad, y de ahí el razonable esfuerzo del legislador por la unificación y sistematización de las normas; pero aun así la variedad vital de aquéllas, como las de los preceptos terapéuticos, como todo lo que es natural, presenta una heterogeneidad incoercible.

Ante esta real heterogeneidad y aun contradicción inevitables, una pregunta surge automáticamente en nuestra reflexión, y es la de que, si hay contradicción, es que hay normas equivocadas.

Tal reflexión depende en parte de un prejuicio legalista, pero en parte es fundada. Depende en parte de un prejuicio legalista porque no es necesario que, de dos normas contradictorias sobre un mismo conflicto jurídico, una de ellas sea injusta. Pongamos por caso que una persona toma unas tablas ajenas y hace una mesa. Un juez tendrá el criterio de que la mesa es del que la hizo, pero que debe indemnizar el valor de las tablas al que fué su propietario, y otro juez, en cambio, que la mesa es del dueño de las tablas, pero que éste debe indemnizar al que hizo la mesa. Los dos criterios, con ser contradictorios, pueden estimarse como justos, pese al *pathos* uniformista y ordenancista del legislador. Así, hay muchas cuestiones que pueden ser resueltas con criterios contradictorios sin que ninguno de ellos deba ser estimado como injusto.

Sin embargo, es evidente que en algunos casos de contradicción una de las normas, incluso vigente y muy arraigada, es injusta.

Esto no es más que una natural expresión de la imperfección humana. Aunque las normas jurídicas son criterios de lo justo, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que tales normas no sean verdaderamente justas. Existe así la posibilidad de distinguir entre lo que se cree justo y lo que verdaderamente es justo. Y esta falibilidad del juicio humano no es exclusiva del juzgador, sino que también el legislador puede equivocarse en esta forma; es decir, puede haber *leyes injustas*.

Si la ley injusta no ha sido admitida por la doctrina escolástica, y aun la moderna civilística parece seguir esa actitud negativa, ello se debe a que la Escolástica especuló sobre la idea de que la ley es un precepto moralmente obligante; así, si una ley es injusta, como

no puede obligar, resulta que no es ley. Pero este razonamiento, válido para los moralistas, no es válido para los juristas. Para un jurista la expresión de la voluntad del legislador es siempre ley, pero esa ley puede ser injusta. Una comparación adecuada es la de la receta de un médico. Una receta, aunque produzca la muerte de un enfermo, es siempre una receta. Cicerón dice en un lugar que una receta que mata no es una receta, pero esto se debe a que Cicerón tampoco es jurista.

Así, pues, la posibilidad de contradicción entre el *jus* vigente, es decir, el que aprueban los jueces, y el *jus* verdadero es eterno. De esa tensión nace el más noble impulso de una lucha por la justicia. Pero ¿cómo saber cuándo una ley o norma en general es injusta? Para ello tiene la mente humana dos recursos. En primer lugar la dialéctica, gracias a la cual la razón humana puede llegar a comparar un criterio de lo justo con otro y decir cuál es más justo; en segundo lugar, el contraste con un orden jurídico superior, y con esto llegamos al tema del derecho llamado natural.

9. EL DERECHO NATURAL

Tema magno y siempre actual, porque la naturaleza, como los pobres, «siempre la tenemos con nosotros».

Para no repetir aclaraciones ya expuestas en otras ocasiones diré, sin más, que entiendo por «derecho natural» aquel orden jurídico de origen divino que viene admitido por la tradición de la Iglesia Católica.

En él tenemos un orden para contrastar el orden jurídico real, y allí donde aquel orden superior aparezca infringido por el vigente o el positivo diremos que éste contiene una norma injusta.

Que este orden jurídico superior sea alcanzable por las simples luces de nuestra razón natural, puede admitirse, pero la cuestión está en encontrar tal razón natural, ya que nuestra naturaleza se halla de «origen» bastante quebrantada. Es de Fe que sólo por el lucro de la Redención divina esa naturaleza puede ser subsanada y perfeccionada, y de ahí que sólo una razón natural cristiana pueda quizá alcanzar esta clarividencia; pero precisamente al cristiano esta clarividencia le viene facilitada por la Revelación y la Tradición. Así, resulta que para llegar a lo naturalmente justo la razón natural puede servir precisamente para aquéllos que pueden prescindir de ella.

Por otro lado, la doctrina escolástica ha distinguido el derecho divino revelado del derecho divino natural, pero como acabamos de decir, sólo aquellos que conocen el primero parecen estar en condiciones de averiguar sin error el segundo.

Sin embargo, es evidente que los infieles pueden tener tales sentimientos de lo justo que coincidan con los criterios o normas de derecho divino natural, y que podamos juzgar como injusta una conducta de un infiel contraria al orden natural. Así, este derecho natural se nos presenta como algo universal.

Todo esto lleva a una serie de problemas muy bien analizados por los teólogos, pero que quizá no conduzcan a resultados siempre aceptables para un jurista. De ahí nuestro deseo, *sub correctione Ecclesiae*, de explicar brevemente la naturaleza del derecho natural desde el punto de vista jurídico de nuestra doctrina realista.

Desde el punto de vista de la doctrina realista todo derecho es una realidad judicial; consecuentemente, si el *jus naturale* es realmente un *jus*, hay que admitir que se apoya también en un sistema judicial. Ahora bien, dado que ese *jus naturale* es un derecho divino, nos vemos obligados a extraer la importante consecuencia de que el «*jus naturale*» es aquello que aprueba el tribunal de Dios. ¿Qué tribunal es ese?

Es dogma de Fe que Jesucristo vendrá, *cum gloria*, a juzgarnos, en el fin de los tiempos, en un juicio público que llamamos *Judicium Universale*. De ese juicio universal es un adelanto el juicio particular que sufren nuestras almas en el momento del tránsito de cada una de ellas, y en cierto modo un adelanto de éste podemos hallar en el juicio actual de la Iglesia. Ahí tenemos, por tanto, el sistema judicial en que se apoya el *jus naturale*.

Si queremos prescindir de esta instancia del infalible juicio de Dios, o tenemos que prescindir del derecho natural, como hicieron muy consecuentemente los positivistas, o bien lo mantendremos como un sistema de normas formuladas por la pura razón humana, pero sin una sanción judicial, con lo que habremos convertido el *jus naturale* en un conjunto de imperativos morales que, aunque sirven para orientar la conducta jurídica, no son propiamente jurídicos, sino simplemente morales. Y no se diga también que los jueces humanos pueden sancionar con sus decisiones tales imperativos, porque en la medida en que los jueces observan aquellos criterios que llamamos de derecho natural, en la misma medida aquellos criterios constituyen un verdadero derecho humano, y no simplemente natural.

Una observación cabe todavía oponer a esta construcción del *jus naturale* como aquello que aprueba el Tribunal Supremo de Dios, y es la siguiente: en el Juicio de Dios, lo mismo en aquel universal, como en el particular, como en el de la Iglesia, la materia objeto del mismo abarca una realidad de conducta que excede con mucho de aquella conducta que normalmente entra como materia de los juicios humanos. Aquí mismo hemos insistido más de una vez en la distinción entre aquello que es del fuero interno, de pura moral, y lo que interesa al juez. ¿Cómo se explica, pues, esta aparente desorbitación de lo jurídico en el plano del *jus natura'le*? ¿Acaso todo lo moral es jurídico a estos efectos?

Evidentemente, toda aquella conducta que será juzgada por Dios puede llamarse jurídica desde el momento en que puede recaer sobre ella un *judicium*. Lo que ocurre es que el alcance del juez humano es mucho más corto, y de ahí que exista para éste una gran zona de conducta humana inaccesible a su perspicacia y a su juicio, acerca de la cual se abstiene de pronunciar una sentencia, como ocurre, por lo demás, siempre que un acto, aun siendo normalmente jurídico, queda fuera del alcance judicial por no poder ser comprobado. Un homicidio ha sido cometido, y normalmente el juez humano debe dar una sentencia punitiva, pero resulta que aquel homicidio no puede ser probado; entonces el juez se abstiene de dar sentencia y se remite al Juicio infalible de Dios. Pues bien, lo mismo ocurre en todas aquellas materias que llamamos puramente morales: son materias que resultan extrajurídicas, porque quedan —o así lo estima el juez— fuera del alcance del discernimiento judicial.

En consecuencia, si el Juicio divino es omnicompreensivo, porque abarca toda la conducta humana —y así se confunden en él moral y derecho, lo que explica muchas posiciones de los teólogos—, el juicio humano tiene un ámbito más reducido, y aquello que excede de tal ámbito viene a ser convenientemente considerado como conducta extrajurídica, puramente moral.

No es necesario advertir todavía que los límites de este ámbito de la jurisdicción humana no son históricamente inmutables, pues la experiencia jurídica nos enseña cómo pueden variar de época a época y de juez a juez. Hubo un momento, como es sabido, en que el *dolus malus* o engaño entre los contratantes era considerado con indiferencia por los jueces, y luego dejó de ser así; por el contrario, el crimen de herejía ha desaparecido en las legislaciones agnósticas de hoy. Es más, toda la teoría del abuso del derecho se mueve pre-

cisamente por el impulso de una tendencia a considerar como dignas de sanción judicial ciertas conductas legalmente intachables; es decir, una tendencia a convertir en jurídico lo que venía siendo puramente moral. Lo que el pensamiento jurídico oprimido por el legalismo no ha sabido ver ahí es que en la misma medida en que un juez sanciona como indebida una cierta conducta, aunque no la declare ilegal, aquella conducta se ha hecho antijurídica, y, por lo tanto, el problema del «abuso del derecho» está mal planteado: cuando un juez desaprueba una conducta ya la está declarando antijurídica, pues *jus* es, como decimos, aquello que los jueces aprueban, aunque las leyes escritas permanezcan mudas sobre el caso.

En consecuencia, para el *Judicium* divino toda conducta humana puede ser jurídica. Por otro lado, el *jus naturale* es *jus* porque está constituido por la aprobación de Dios como *Judex*. Es *jus divinum*.

Pero ¿puede mantenerse todavía alguna diferencia entre el *jus naturale* y el *jus divinum*? Efectivamente, Dios no juzgará por igual a los conocedores de la Revelación y a los infieles que no la conocen, pues aquéllos tuvieron una Gracia mayor, que les hizo a la vez más culpables de sus infracciones. Pues bien, quizá pueda decirse simplemente que el *jus naturale* es un *jus divinum* moderado merced a la consideración de una excusa por la natural ignorancia, o, lo que es lo mismo, que el *jus naturale* es un «*jus divinum para infieles*» (15). Esto, si no me equivoco, no ha sido tenido debidamente en cuenta por los que actualmente se erigen en paladines del jusnaturalismo. Para el cristiano el *jus naturale* supone «una fórmula de exportación» de aquel mismo *jus* que él vive y siente y conoce como verdadero *jus divinum*.

Así, pues, según nuestro punto de vista de la teoría realista, existe una instancia judicial divina superior a la instancia judicial humana, un tribunal divino que pudiera llamarse supremo con mayor propiedad que ningún otro, y derecho natural no es, ni más ni menos, que aquello que aprueba el tribunal de Dios. Cuando los juicios humanos infringen aquellos criterios propios del tribunal de Dios tales juicios son erróneos e injustos, como puede ser el juicio de un tribunal inferior rectificado en una instancia superior. Y ahí entra también la posibilidad de una previsión, puesto que las normas del

(15) Vid. SAN PABLO, *ad Rom.*, 2, 14: *Cum enim Gentes, quae legem non habent, naturaliter ea quae legis sunt faciunt, eiusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex.*

tribunal de Dios nos son conocidas: los Diez Mandamientos y la Ley Nueva del Evangelio. Esta previsibilidad es la que determina que normas del Tribunal de Dios resultan actualmente jurídicas para los hombres. Así, pues, la cognoscibilidad del acto y la previsibilidad de la norma acotan lo que los hombres podemos percibir como derecho divino o natural, a diferencia de lo simplemente moral.

Con esta construcción realista, el derecho llamado natural, *jus divinum* para el cristiano, cobra verdadera realidad y se incorpora como orden superior al conjunto de la vida jurídica de los hombres.

10. OTROS COROLARIOS

Muchos aspectos han debido ser omitidos en esta nuestra exposición de una teoría realista del derecho, pero quizá con los principios establecidos pueda el lector derivar todas las consecuencias que tal teoría puede lógicamente tener para una explicación congruente de todo el complejo de ordenamientos judiciales que constituyen lo que llamamos el derecho.

El juicio es siempre la piedra fundamental de todo el sistema, y basta traer cualquier problema de la teoría jurídica al terreno de la actividad juzgadora para que se nos aparezca en su verdadero planteamiento y la solución se deduzca por sí sola.

Derecho es lo que los jueces aprueban, y como los jueces pueden ser varios así también los derechos vigentes en sus respectivos tribunales. Tal es el tribunal, tal el derecho, y así, cuando discutimos sobre la nomenclatura de los ordenamientos, no tenemos más que preguntarnos por la calificación del tribunal correspondiente. Entonces diremos, por ejemplo, que el derecho laboral es aquel que observan los tribunales de la magistratura del trabajo, y diríamos, en cambio, que el derecho llamado mercantil sigue siendo siempre una parte del derecho civil, puesto que son los tribunales que seguimos llamando civiles los que observan los criterios en él contenidos.

Finalmente, como el acto del juicio tiene siempre por objeto un *caso concreto*, toda la actividad jurídica será eminentemente casuística. Y también la enseñanza del derecho debe serlo. La aplastante hegemonía de la ley sobre las otras fuentes del derecho ha tenido también por consecuencia la desorientación en los métodos de la enseñanza del derecho. En efecto, la enseñanza se ha reducido a unas exposiciones sin sustancia de los mismos siempre escasos preceptos.

legales, ordenados (o desordenados) con fines principalmente nemotécnicos, según las preferencias particulares de cada expositor, por lo demás bastante uniformes, y hasta se ha llegado en algunos casos a un nuevo tipo de positivismo: el positivismo de un libro sistemático de enseñanza. Pero una actividad jurídica liberada de las trabas impuestas por el legalismo ha de consistir fundamentalmente en el *ars boni et aequi*, esto es, en la adaptación siempre viva y llena de posibilidades de la inteligencia humana para la realización prudente de aquel impulso noble que es la justicia, de aquella voluntad de dar en cada caso concreto a cada uno lo suyo. En este sentido nos atrevemos a afirmar que el más auténtico método de investigación y aun de exposición del derecho es, según la teoría realista, *el casuismo*.

11. COLOFÓN DE DEFINICIONES

Las páginas que anteceden son, como dije al principio, un extracto, a modo de muestra, para una visión completa de la realidad jurídica. Muchos aspectos, y aun aspectos importantes, como, por ejemplo, el de la interpretación, han debido ser dejados a un lado. Quizá en fecha no muy lejana llegue a publicar mis «Lecciones sobre el Título Preliminar», en las que estos principios alcanzan un mayor desarrollo. Por hoy, me limito a someter a la crítica del lector inteligente esta tan sumaria exposición, pero quiero terminar ofreciéndole, como resumen de esta exposición, ya ella misma tan breve, este cuadro de catorce definiciones, en las cuales se encierra todo lo anterior:

- I. Derecho es aquello que aprueban los jueces.
- II. Derecho divino es aquello que el Juez Divino aprueba.
- III. Derecho natural es aquello que el Juez Divino aprueba respecto a los infieles.
- IV. Derecho público es aquello que los jueces aprueban por convenir a la ordenación de las distintas situaciones sociales.
- V. Derecho privado es aquello que los jueces aprueban por convenir al orden de las relaciones humanas individuales.
- VI. Derecho foral es aquello que los jueces siguen aprobando como propio de determinadas regiones de España.

- VII. Derecho civil es aquello que aprueben los tribunales que se llamen civiles (*ídem*, respectivamente, del administrativo, laboral, criminal, etc.).
- VIII. Derecho positivo es aquello que el Soberano impone a la aprobación de los jueces.
- IX. Derecho vigente es aquello que los jueces real y actualmente aprueban.
- X. Derecho preterido es el derecho positivo no vigente.
- XI. Derecho injusto es aquello que un juez aprueba y otro juez superior desaprueba.
- XII. Derecho supremo (*summum jus*) es aquello que el Tribunal Supremo aprueba.
- XIII. Derecho oculto es aquello que no se prueba ante el juez humano y se remite al Juez Divino.
- XIV. Derecho judicial es el derecho.

ALVARO D'ORS