

EL SENTIDO DEL DERECHO Y EL ESTADO MODERNO

SUMARIO :

- I. INTRODUCCIÓN: El sentido del Derecho como categoría histórica.—II. EL SENTIDO DEL DERECHO EN EL MUNDO ROMANO: 1. La *civitas* como estructura básica del sentido del Derecho romano. 2. *Libertas* y *Dignitas*. 3. La jurisprudencia romana y el problema de la justicia. 4. La crisis del sentido romano del Derecho. — III. EL CRISTIANISMO Y EL SENTIDO DEL DERECHO: 1. La concepción cristiana del hombre. 2. La cristianización del Derecho. 3. El orden medieval. 4. La idea del Imperio. 5. El orden público como orden de justicia. 6. El sentido del Derecho medieval. — IV. EL SENTIDO DEL DERECHO EN EL ESTADO MODERNO: 1. El problema del mundo moderno. 2. El papel del Estado en la constitución de la sociedad moderna: el principio de seguridad. 3. La gestación sociológica del Estado moderno. 4. La integración conceptual de la idea del Estado. 5. El Estado como base de equilibrio de las estructuras sociales autónomas de satisfacción de necesidades. 6. El sentido del Derecho moderno. 7. El problema de la justicia en el sistema del Derecho moderno.—V. LA CRISIS DEL SENTIDO POSITIVISTA DEL DERECHO.

I. INTRODUCCIÓN

Al pensamiento del Derecho como realidad y como idea hay que añadir la consideración de su *sentido*. El *sentido* del Derecho no atañe a su entidad *en sí* ni nos suministra sus contenidos positivos, pero condiciona el marco de posibilidades de expresión de justicia de que el Derecho *por su sentido* está dotado. El racionalismo y el cientificismo modernos han hecho de la jurisprudencia una técnica más, han seducido al jurista con el encanto de la construcción y le han recomendado con el helado léxico de las abstracciones una pureza tecnológica éticamente neutral. Todo esto forma constitutivamente parte de lo que es ya *sentido* del Derecho moderno; mas de momento interesa subrayar que no hay ninguna técnica capaz de arbitrar las recetas científicas para producir, bajo el impulso de criterios exclusivamente técnicos, la justicia, como no hay —que se sepa— una técnica «éticamente neutral» para ir a los cielos. No hay ninguna razón que

permita creer que una sociedad que hunde sus más profundas raíces en el materialismo, en la *libido dominandi*, en la ambición despiadada, que hace pasar por necesaria la aniquilación indiscriminada de masas de hombres, sea capaz de vivir por medio de expedientes técnicos, más o menos complejos, un Derecho éticamente valioso. La vida de este Derecho, su producción, su aplicación y su eficacia, pero en buena parte también sus contenidos, están en cierta medida dados por esta configuración total del ser social, y sólo dentro del marco de posibilidades que implica puede jugar la técnica su limitado papel.

Lo que presta sentido al Derecho está más allá del Derecho mismo; el Derecho expresa idealmente el «deber ser» de un orden cuyo principio de constitución es «ser» y no «deber ser». Si este «ser» aparece como una *organización* que se siente portadora de intereses específicos que ignoran la relación metafísica entre Dios y el hombre —relación en la que están finalmente ancladas todas las vivencias de significación ética—, el *sentido* del Derecho queda referido a una razón artificial y se torna indiferente a su razón natural. Las posibilidades de expresión de justicia de ese Derecho resultan condicionadas por los intereses del artefacto y no por los intereses —si es lícito hablar así— del ser, que por su propia constitución ético-natural lleva en sí la exigencia pura de justicia.

Mas en esto denuncia lo que llamo el *sentido* del Derecho su carácter radicalmente histórico. Los rasgos capitales del Derecho como norma de orden social están decididos por las grandes estructuras históricas, que funcionan precisamente por el juego de las pautas sociales. Estas estructuras son históricas, en cuanto podemos precisar el proceso de su emergencia, de su desarrollo y de su agotamiento, y afectan constitutivamente a la vida jurídica de los pueblos, en cuanto por sí mismas aparecen abiertas en mayor o menos grado a la actualización de la virtud de la justicia. Pero la historicidad del Derecho, en su *sentido*, sólo puede ser aprehendida en un esfuerzo por salir de nuestro propio marco limitado, pues es frecuente hacer valer como Derecho puro aquello que es meramente desarrollo o efecto del *sentido* que el Derecho tuvo en una estructura histórica periclitada, o exigir realizaciones del valor de justicia que están más allá de las posibilidades estructurales del sistema general de vida que nos hemos creado, sin advertir al forjarlo, al sostenerlo y al desarrollarlo que hacíamos más angosta y más ardua la senda de la justicia.

En este punto hace visibles sus más íntimas razones la actual dislocación del pensamiento jurídico. El jurista se ve sumergido en una

tarea de ingeniería social que cree está fuera de la realidad pura del Derecho; vive bajo la convicción de que el solar mismo de su pensamiento y de su sacerdocio le está siendo maquiavélicamente sustraído por un poder irresistible y arbitrario. El jurista de nuestro tiempo, al que no llega el pálpito de las grandes encrucijadas históricas donde se forja el oscuro destino de los grandes giros copérmicos (1), no advierte que agota sus últimas posibilidades el *sentido* del Derecho que alimentó su vocación, y asume así, cargado de reuelos, la tarea que los tiempos echan sobre sus espaldas, para la cual está —es justo reconocerlo— deficientemente educado.

II. EL SENTIDO DEL DERECHO EN EL MUNDO ROMANO

1. También para orientarnos en el problema así planteado resulta de imperecedero valor la jurisprudencia romana. Al igual que cuando se estudia el decurso de las formas políticas romanas, cuando se indaga el *sentido* del Derecho romano —y no se trata de una coincidencia accidental— se ofrece aquí un *curriculum* acabado, dentro del cual vemos desplegarse un sentido del Derecho que emerge de la estructura anímica de la *civitas* romana, que se desarrolla y persiste como una tradición, que es el eje mismo de la constitución real de la sociedad romana, que se deforma y finalmente salta en pedazos cuando esa misma sociedad disloca sus bases espaciales, asumiendo bajo el impulso irresistible de su expansionismo político una empresa universal para la cual sus instituciones —y en primer término su *sentido* del Derecho— no estaban calculadas.

El sentido del Derecho romano no viene impulsado ni arranca del *Ethos* ni del *Logos*, sino de la vida misma, de la *civitas*. Pensar el Derecho romano fuera de esta singular estructura sociológico-política, que es el horizonte mismo de su mundo, es «desromanizarlo». El romano no concibió jamás al Derecho como un atributo humano, como algo inseparablemente unido a la naturaleza del hombre, sino como un elevado *status* de dignidad vinculado a una noble

(1) Cfr. GISELHER WIRSING: *Schritt aus dem Nichts. Perspektiven am Ende der Revolutionen*, Diederichs, Düsseldorf-Köln, 1951, pág. 7: «Wir leben in einer *Verschränkung der Zeitalter* in der sich die Ausläufer einer langen, zu Ende gehenden Geschichtsperiode mit neuen Gestaltungen mischen, die mit den bisherigen Maßstäben nicht mehr erfasst werden können. Das ist est, was alle Generalisierungen über unseren Zeitgeist so fragwürdig macht.»

participación en la *civitas*, la cual lo configuraba y hacía posible. Según ha mostrado últimamente Wirszubski (2), la libertad de un romano está condicionada por su ciudadanía; el ámbito de libertad que un romano posee depende por completo de la estructura política de la comunidad pública romana. Así, *libertas* y *civitas* no designan más que facetas de una misma realidad, y por ello la definición exacta de la *libertas civis romani* o *libertas ex iure Quiritium* no es sino *libertas populi Romani Quiritium*. El estatuto jurídico del esclavo, y sobre todo del extranjero y de las situaciones de *capitis deminutio*, prueban cómo el romano —en su mentalidad específicamente tal— no concibió jamás la libertad como un atributo metafísico del hombre, sino como un mero reflejo de su *participatio* en la comunidad (3).

El ideal de la comunidad englobaba todo el *pathos* espiritual del romano. Alfredo Weber (4) habla del «complejo mágico» que configuró en la forma más rigurosa y severa la ciudad, sus cargos públicos y en general toda la vida romana primitiva, dando la regla para «aquella característica peculiar de los viejos romanos de identificar al hombre con la comunidad»; esta característica juega el papel del núcleo espiritual más íntimo de la sociedad romana, y la historia de Roma no es sino la tragedia de su propia grandeza, tal como la describe dramáticamente Salustio al presentar ante nuestra vista el desgarramiento de ese alma por la expansión imperialista.

Para comprender qué sentido proyecta el Derecho en esta comunidad es preciso penetrar en la articulación sociológica de su cultura. Como dice Max Weber, la cultura antigua es esencialmente urbana. La *civitas* es la protagonista de la vida política, como lo es del arte y de la literatura (5). Toda la estructura social y política de Roma está condicionada por su base territorial, en la que la *civitas* juega

(2) V. CH. WIRSZUBSKI: *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*, Cambridge University Press, 1950, págs. 4 y sigs.

(3) El Derecho romano trata al extranjero como *servus sine domino*, a menos que medie un tratado de extranjería con el país de origen. El romano que es sometido a esclavitud pierde el presupuesto jurídico de todas sus libertades políticas y civiles. Cfr. W. W. BUCKLAND: *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908. La manumisión *vindicta aut censu aut testamento* hace al esclavo ciudadano romano.

(4) A. WEBER: *Historia de la cultura*, t. e., Méjico, 4.^a ed., 1948, págs. 122-123.

(5) MAX WEBER: «Die sozialen Gründe des Untergangs der antiken Kultur», en *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, Mohr, Tübingen, 1924, pág. 291.

el papel de baluarte del agro. El alma romana adquiere sus rasgos más consistentes por virtud del espíritu de unos hombres dominados por el apego a la tierra como base de su vida y por la inquietud de quien se siente en permanente inseguridad. La expansión política de los romanos va impulsada siempre —lo que no es ni mucho menos un hecho insólito en la Historia— por la preocupación de extender su área defensiva (6). Su rudimentaria economía ganadera y campesina, sobre las exiguas bases del *heredium* y del *pecus*, se correspondía con la austeridad de las costumbres y la descentralización del poder que la disgregación de la población lleva consigo. Nada contribuye más a clarificar la mentalidad primitiva de este pueblo que la comprensión del papel del *paterfamilias* y de la limitación localista de sus cultos religiosos.

Los estudios clásicos de H. Sumner Maine y los más recientes de Bonfante hacen comprensible el absoluto poder del *paterfamilias* únicamente sobre la base de que la *civitas* romana fuera una articulación de centros de poder familiares, con el amplio concepto que a la primitiva familia romana permitía la integración agnaticia. Ninguno de los conceptos capitales del Derecho de familia romano, desde la *arrogatio* hasta la *hereditas* como *successio in universum ius*, así como la regla *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, alcanza auténtica comprensión histórica fuera de la idea de la constitución política de la familia. «En contraste con la organización de un Estado moderno, las comunidades de los tiempos primitivos podrían ser correctamente descritas como constituídas por un reducido número de pequeños gobiernos despóticos, cada uno perfectamente diferenciado de los demás, cada uno controlado absolutamente por las prerrogativas de un singular monarca... La familia de hecho fué una corporación y él (el patriarca) fué su representante, o casi podemos decir, su magistrado público» (7).

Esta *localización* de poderes, decidía la estructura política y jurí-

(6) Cfr. W. CUNNINGHAM: *An Essay on Western Civilisation in its Economic Aspects*, Cambridge, University Press, 5.^a ed., 1924, vol. I, pág. 152.

(7) H. SUMNER MAINE: *Ancient Law* (1.^a ed., 1861), Oxford University Press, 1950, págs. 152-153. E. MAYER: *Römischer Staat und Staatsgedanke* (Artemis, Zürich, 1948, pág. 29), anota como significativa la circunstancia de que la palabra latina *liberi* designe tanto al libre como al niño. Y asimismo indica: «Die Geschlechter hatten also alle Funktionen, die in späteren Verhältnissen dem Staat zukamen, waren geradezu ein Staat im kleinen; für eine staatliche Tätigkeit neben und über dieser Geschlechterorganisation war kein Raum mehr» (pág. 33). El subrayado es mío.

dica de la *civitas* como un sistema de intereses integrados sobre la base de un interés común. Aún dominado por la Stoa, Cicerón no definirá de otro modo el *populos* que como «*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*» (8), un concepto en el cual la plenitud de lo político, como suprema realidad, se hace manifiesta.

La sociología de la religión romana conduce, incluso por aquella vía en la que cabría esperar la magnificación de las formas puramente espirituales, a la misma conclusión. El politeísmo romano, cuyas máximas formas de integración fueron el *genius patris familiae*, y en fase avanzada el *genius populi Romani*, es el producto de una deificación sistemática de todos los aspectos prácticos de la vida en común, hasta el extremo de que apenas si hay detalle de interés para la agricultura o la vida del hogar que no aparezca bajo la égida de alguna deidad. Pero el vigoroso sentido político del pueblo romano se muestra, justamente, según ha comprobado Altheim, en la experiencia de la intervención de la divinidad en los momentos capitales de la historia del Estado (9), única vía por la que habría de abrirse paso —finalmente— el propio Cristianismo, sociológicamente hablando. De esta forma, también en la experiencia religiosa encontraba el romano sublimizada la idea de la *civitas*, idea que al menos en esta transposición sacra le acompañó a lo largo de su destino. Mientras que casi todos los cultos de base local se agostaron con la expansión política, «la historia de Roma ofrece un ejemplo único de ampliar el culto de la ciudad hasta darle el alcance de organización mundial. Puede seguirse la traza de ese imperialismo religioso observando el papel desempeñado por el *pomerium* y el panteón que le acompaña desde los albores hasta los últimos tiempos imperiales, y notando la influencia ejercida por ambos sobre el desarrollo religioso de la ciudad y del Estado» (10).

Así, sobre el ideal de la *civitas* montó el romano todo su organismo espiritual, tal como percibiera la aguda mirada histórica de Dilthey: «El centro de la vida romana estaba constituido por la voluntad que somete al mundo exterior en la propiedad, en el contrato, en el dere-

(8) *De Republica*, I, 39. Cfr. MAYER, ob. cit., pág. 235: «*Staat* heisst auf lateinisch *res publica*, also die *Sache des Volkes*, im Gegensatz zur *res privata*, der *Sache des Einzelnen*, besser gesagt, die *Gesamtheit der Angelegenheiten und Interessen des gesamten Volkes*; *Staat* is also im römischen Sinne ein abstrakter Begriff.»

(9) Cfr. la obra fundamental de FRANZ ALTHEIM: *A History of Roman Religion*, traducción ing. de H. Mattinson, Methuen, Londres, 1938; A. C. BOUQUET: *Comparative Religion*, 7.^a ed., Cloves. Harmondsworth Middlesex, 1951, págs. 80 sigs.

(10) J. WACH: *Sociología de la religión*, t. e., Méjico, 1946, pág. 136.

cho público y en el orden administrativo... El mismo carácter romano que ha producido la jurisprudencia, que la ha disciplinado y desarrollado en el pensamiento jurídico, ha encontrado también puntos de vista originales para la inteligencia del mundo... El mundo resulta una totalidad referida a los fines propuestos por el hombre y la divinidad. A una mirada superficial esta teleología externa se le antoja parecida a la legalidad interna del cosmos, pero la relación que guarda con ella es la misma que vemos entre una máquina acomodada a una finalidad del hombre y un ser vivo libre. La divinidad es como un jefe máximo, regimental, legislador del mundo y juez del hombre. Y las relaciones fundamentales del mundo metafísico son la libertad, las correspondientes esferas de libertad de los individuos, las limitaciones recíprocas de esas libertades y la dependencia común del Ser Supremo» (11).

2. El ideal puramente romano establecido sobre la tradición señorial, cuyos últimos latidos se apagaron con el suicidio de Catón en Utica; el ideal que emanaba de los senos mismos de la estirpe romana antes de que la expansión territorial hiciera de él un lastre ideológico que César y Augusto y sus sucesores se encargaron de sacrificar, no era tanto la democracia como la *dignitas*. De suyo la noción de *res publica* postulaba la participación de todo ciudadano en los asuntos públicos, por cuanto la gestión de la comunidad era, en puros principios, conferida al cuerpo de ciudadanos; pero esto no implicaba de necesidad el gobierno por el pueblo. Al principio formal, que habilitaba a todo ciudadano para el desempeño de funciones de poder, se imponía, en la existencia diaria, el principio real de cuño aristocrático, que exigía con imperatividad sociológica la posesión de *auctoritas* y *dignitas*. De esta manera tórnase visible, a través no ya de la desposesión de derechos políticos de la plebe, sino también por la interna selección social, el carácter constitutivamente aristocrático de la constitución romana. Mientras que la democracia ateniense apuntaba como estímulo legal a la igualdad bajo el Derecho (*isonomía*), la comunidad romana giraba sobre el gozne ideal de la *aequa libertas*, que era un compromiso espiritual entre, la *libertas* y la *dignitas*, a través del cual intentaba en definitiva aquel pueblo re-

(11) DILTHEY: *Los motivos fundamentales de la conciencia metafísica*, en el volumen traducido al castellano bajo el título *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, F. C. E., Méjico, 2.ª ed., 1947, págs. 3-4.

solver la permanente tensión de todo orden político entre autoridad y dignidad individual. Ciudadanía es así, señorío, y la articulación de estos señoríos, inspirada por la conciencia de algo fundamental en común, es justamente lo que de imperativo público encontramos en Roma. También aquí atina Dilthey con la expresión más segura: «La vida romana en su gran época es un orden que agrupa a íntegros varones, señores de su familia y de su propiedad, para una colaboración de autoridad en la cual su voluntad poderosa podía regir con una libertad sin igual mientras sirviera al bien del conjunto. En las familias aristocráticas de Roma, los varones crecen como señores natos, y su intervención en las situaciones reales no constituye sino el desemboque natural de la fuerza de su voluntad, cosa que sólo una vez en la historia ha tenido su réplica en la república aristocrática de Inglaterra. Estos hombres se hallan unidos, acoplados, lo mismo que en las bóvedas romanas las piedras se mantienen libremente en el aire, unas con otras, por el arte de su disposición (12).

Se comprende el despliegue histórico a que inexorablemente estaba ligado este ideal, tan pronto como las bases sociológicas que los sostenían se desplazaron por la desorbitación del espacio político. «Social y económicamente la sociedad romana no era homogénea y no había nada que previniera el que los nobles identificaran la *dignitas* con las prerrogativas y distinciones de su propia clase. El resultado fué que los nobles, desconsiderados con su propia nobleza, comenzaron a considerar la *dignitas* como algo que les estaba naturalmente debido por la sola razón de haberla recibido de sus antepasados. Un tal desarrollo sirvió sólo para sembrar los gérmenes de discordia que condujeron a una abierta lucha acompañada de todos los rencores del antagonismo social. Y del mismo modo que la *dignitas* llegó a ser una salvaguardia de «intereses disfrazados», la *libertas* fué usada como grito de combate —sincero o simulado— para la reforma social» (13). El espíritu de la historia soplaba del lado de la

(12) DILTHEY: *Concepto y análisis del hombre en los siglos XV y XVI*, en la traducción esp. cit., pág. 19. Para la contraposición con la democracia griega cfr. MAYER, ob. cit., pág. 246; «So war der römische Freiheitsbegriff in seiner notwendigen Begrenzung durch Unterordnung und Abstufung sehr verschieden vom dem griechischen Begriff der gleichen Freiheit und der gleichen Rechte aller... Den Römern blieb die griechische Demokratie mit ihrer Gleichstellung aller Bürger und der Beseitigung aller Standes- und Persönlichkeitsvorrechte unverstündlich und ein Greuel; das war keine staatliche Ordnung mehr, sondern, Anarchie...»

(13) WIRSZUBSKI, ob. cit., pág. 16 (los entrecorillados son del autor citado).

nueva sociedad, la «plebs», que se había formado bajo la expansión romana, y en ella se apoyó César para desviar la *res publica* hacia un centro de intereses objetivos que no era ya el concierto de los intereses ideales y materiales de los *optimates*, y con ello para sentar las bases de una forma política que reclamaba ya la dialéctica histórica, pero que, en sí misma, habría de resultar insolidaria con la tradición romana, y a la postre —tras un lento desarrollo, desde luego— con el *sentido* del Derecho romano (14).

3. Una expresión precisa de este *sentido* se encuentra en los trabajos de Franz Wieacker (15). Para rastrearlo —sobre ellos— es preciso hacerse cargo, ante todo, de la importancia que para la determinación de ese sentido tiene el atender al sistema de elaboración del Derecho (16); siendo este sistema, como he intentado hacer ver en otro lugar, el procedimiento técnico de actualización de un estatuto de autoridad, es claro que en su propia contextura denuncia la constelación de poder dominante en una sociedad. El jurista de nuestro tiempo que tiende —al menos cuando carece de los debidos resortes de censura histórica— a elevar a un plano absoluto el sistema de producción de normas arbitrado por el Estado moderno, que es sólo la envoltura jurídica de un tipo de organización del poder que emerge y se desarrolla en una estructura histórica determinada y a cuya suerte —ese sistema— va inexorablemente ligado, apenas si es capaz de concebir la forma en que se ha elaborado el Derecho romano en aquella fase en que éste ha mostrado con pasmoso vigor su sentido. La inserción del sentimiento de lo jurídico en el

(14) Para la ulterior reducción «carismática» de la legitimidad del Emperador —*virtus, clementia, iustitia y pietas*—, cfr. M. P. CHARLESWORTH: *The Virtues of a Roman Emperor. Propaganda and the Creation of Belief*, British Academy Raleigh Lectures, Oxford, 1937. Sobre la evolución de los títulos de Emperador véase MAYER, ob. cit., págs. 350 y sigs.

(15) V. «Vom römischen Juristen», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 99 (1939), págs. 440 y ss., y «Lex publica und politische Grundordnung im römischen Freistaat», en *Die Antike*, XVI (1941), pág. 176 y ss., reunidos en el volumen *Vom römischen Recht*, Koehler-Amelang, Leipzig, 1944, por el que cito. Cfr. también W. KUNKEL: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Böhlau-Weimar, 1952.

(16) Para todo el conjunto de problemas que plantea la significación jurídica y política del sistema de producción de normas, remito a mi trabajo: «Legitimidad, validez y eficacia», en *Revista de Administración Pública*, 6 (1951), págs. 35-83.

alma mágico-religiosa de las comunidades primitivas (17) se hace más profunda allá donde el propio impulso religioso se encuentra estrechamente vinculado a la sociedad como forma de vida. En tal situación ha de comprenderse el significado de la elaboración del Derecho en la comunidad romana primitiva a través del *Colegium* pontificio, uno de los tres grandes colegios sacros. La impronta que impuso el tratamiento esotérico y sutil del *logos* jurídico, por la acción de estos exégetas sacros a través de la técnica del precedente, el aforismo y el dictamen, selló el estilo del Derecho romano, al menos hasta la fase ya decadente de la jurisprudencia burocrática del Imperio. Aún después de que un proceso sociológico llevó a secularizar la actividad del jurista, dando paso a una estructura profesional libre, se mantiene el técnico del Derecho rodeado de un halo semicarismático que se expresa en las fuentes en los términos de «sanctus vir et gravitate et fide praedibus». En un marco de vivencias religiosas, saturado, según hemos visto más arriba, del sentido de la *civitas*, esta tradición asignaba al jurista el papel de un órgano vital de la comunidad a través del cual ésta hacía visibles y expresaba sus exigencias de integración.

Esta significación se agiganta en cuanto se tome en consideración el hecho fundamental de que el Derecho romano, en sus líneas maestras y en sus mecanismos más delicados, es un Derecho cuyo sistema de elaboración está en manos de los juristas y, por lo tanto, es en gran medida extraño a la idea de la máquina legislativa del Estado moderno (18). La *civitas* romana no conoce el monopolio centralizado de la producción del Derecho, que es algo típico —y, como veremos, archisignificativo— del Estado moderno; la elaboración legislativa del Derecho es excepcional, no obstante el campo tan amplio que el Derecho privado cubre, y al prolongarse esta situación vino a ser la jurisprudencia —pero tampoco la jurisprudencia en el moderno *sentido* de una organización judicial burocrática— la que ha conferido al Derecho romano sus rasgos más acusados. Aparentemente aislada de los cambios políticos, pero en realidad sumamente alerta al equilibrio tradición-revolución y dispuesta a satisfacer siempre las necesidades que surgen, envolviendo los nuevos contenidos

(17) Cfr. MAURICE LEENHARDT: «Das Verhältnis zwischen Religion und Recht im Lichte einiger Eigentumsbegriffe bei den Primitiven», en el vol. *Religiöse Bindungen in frühen und orientalischen Rechten*, publicado por Karl Büniger y Hermann Trimborn, Harrasowitz, Wiesbaden, 1952, págs. 9-18.

(18) WIEACKER, ob. cit., págs. 8 y 53.

en viejas fórmulas, esta jurisprudencia elaborada por hombres aureolados por el máximo respeto y consideración sociales, hizo del Derecho sencillamente el rito en que la comunidad se reconocía a sí misma (19). Y por ello la estructura de esta comunidad, como un sistema de poderes familiares y sociales integrados sobre una base común de coexistencia, se transparenta al través de esta jurisprudencia que produce el Derecho «objetivo» de los *sui iuris*, que son menos sujetos de una normatividad heterónoma, que centros de irradiación jurídica desde la esfera propia de cada uno.

En estas condiciones, sólo en una última fase, cuando la conciencia romana aparece más trabajada por la baja filosofía griega y por el Cristianismo, comienza a tener sentido la cuestión de la justicia en sí del Derecho. Pues esta cuestión, tal como se desarrolla hasta erigirse en la base incommovible de una concepción espiritual del Derecho, está dominada por supuestos metafísicos y éticos extraños por completo a la mentalidad social romana. Ciertamente encontramos fórmulas relativas al tema en el *Corpus iuris*, pero aparte de que son productos de la fase última aludida, la exaltación de la *iustitia* al papel de base transcendental del *ius* —lo que incluso tropieza con elementales obstáculos filológicos— será obra de los postglosadores (20), que realizan en el campo del Derecho un esfuerzo paralelo al de los teólogos escolásticos en el de la filosofía: la incorporación de los saberes clásicos elevándolos espiritualmente bajo la suprema pauta del Cristianismo.

La idea de que el Derecho sea expresión de justicia, sólo conoce

(19) WIEACKER, ob. cit., pág. 8. Cfr. también DILTHEY, loc. cit., págs. 19-20: «Este espíritu romano alcanza la cima con la fundación de un Derecho propio y de una ciencia jurídica independiente. Separa el Derecho de las leyes religiosas y morales y de los principios filosóficos de la justicia, que para los griegos se presentaron siempre como formando un orden por encima de todo Derecho positivo e inductivo. Apoyándose en las situaciones de la vida, formó verdades jurídicas de escasa generalidad, que después se sometieron a reglas más amplias y que, por último, se acoplaron en una conexión sistemática... De este modo surge de las entrañas del Derecho romano mismo el concepto de una *ratio naturalis*. Según ésta, en el mismo concepto de la vida se halla la razón íntima de que algo sea justo en el Derecho civil o en el de gentes.» La etimología está aquí henchida de significaciones. Como señala MAYER (ob. cit., pág. 99), *magister* y *minister* dependen de los comparativos *magis* y *minus*, mayor y menor: «Magister ist derjenige, der mehr ist, also der Herr; Minister derjenige, der weniger ist, der Diener.»

(20) Cfr. ULLMAN: *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna*, Methuen, Londres, 1946, págs. 35 y ss.

en nuestra cultura dos bases idénticamente extrañas al *sentido* que el Derecho romano tuvo: la concepción griega del orden social como una parte de la armonía total del cosmos, idea a su vez producto del excepcional genio metafísico de los helenos, y la concepción cristiana del Hombre que sitúa a éste en una posición singularísima en el conjunto de los seres creados, determinada por lo específico de su creación y por el excepcional privilegio de su Redención, que conduce a su vez a una relación ética con Dios, de la que son presupuestos la libertad y la responsabilidad de la persona. En la fase en que se establecen las condiciones que determinan el *sentido* del Derecho romano, tales presupuestos son por completo ignorados. El romano desconoció la visión del mundo como articulación lógica de ideas generales, y por ello en el casuismo de la jurisprudencia romana veía el reflejo de su actitud arbitrista ante el mundo externo. El tradicionalismo y el formalismo a ultranza se corresponden estrechamente con el sentido romano de la vida. Así pues, «no es romano preguntar si una decisión judicial es justa en sí, cuando procede de la enérgica fuerza vital de la comunidad, expresada en la *constans interpretatio iuris civilis*» (21). Los fundamentos ideales del Derecho escapan de este modo a toda determinación metafísica y ética, y encuentran su última vinculación en la estructura que presta su consistencia a la comunidad romana. «Recordemos las características espirituales de los romanos. Derecho y justicia fueron para ellos algo por completo diferente de lo que han sido para la especulación griega y sus sucesores occidentales, para el Derecho natural católico y el secularizado, para la tradición posterior de la filosofía jurídica occidental. La configuración de la propia vida que se precipita y conserva en los usos tradicionales, es la forma del Derecho que se transmite, es la ley constitucional, el poder que la conforma, no las ideas o conceptos normativos trascendentales que dominan la conciencia jurídica del espíritu griego desarrollado y de sus sucesores (22).

El orden jurídico tiende así a convertirse en una trasposición sagrada de la articulación vital de la comunidad. Constituye una forma de objetivación espiritual de lo que esa comunidad es sociológicamente, y con ello resulta, en definitiva, la sublimación de un sistema de intereses sociales. Sólo por una comprensión adecuada de este *sentido* es posible hacerse cargo de múltiples fenómenos técnicos de

(21) WIEACKER, ob. cit., pág. 23.

(22) WIEACKER, ob. cit., pág. 78.

la jurisprudencia romana. Así, por ejemplo, el papel que en esa técnica juega la ficción. La ficción no es tal en la superposición de una realidad jurídica a la realidad de objetos naturales que la técnica jurídica lleva a cabo; es un mero instrumento técnico por virtud del cual cabe conseguir en ese otro mundo efectivo un resultado que se ajuste al sentimiento de la vida común, a la *religio* civil.

4. Por virtud de tal *sentido* es posible comprender la tragedia de esta obra magna del artificio humano que constituye el Derecho en que todos los juristas occidentales se han educado. La historia del desgarramiento de ese *sentido* es, vista desde otro ángulo, la misma historia de la dislocación de la arquitectura social y política romanas irresistiblemente movida por la expansión del espacio político. El Imperio, tal como quiere el dramático texto de Salustio, «*civitas immutata; Imperium ex iustissimo atque optimo crudele intolerandum-que factum*», hizo saltar los ejes ideales más finos de la vieja *civitas*. «En todo el tiempo en que sus actividades se confinaron a Italia, los romanos habían conservado el carácter de una sociedad campesina y los impulsos de aseveración individual, por más poderosos que fueran, se sentían atraídos por el egotismo conjunto del ideal cívico. Pero con el derrocamiento de Cartago y los reinos del Oriente helénico, hízose en breve notorio que el espíritu que había servido para crear el Imperio carecía de ingrediente que alcanzara a frenar su propio exceso. En la ebriedad del vino de la victoria, empezaron los romanos a explotar su posición de señores del mundo; pero con resultados casi tan desastrosos para ellos como para sus víctimas. Porque al paso que el Imperio, hasta entonces modelo de justicia y de acción benéfica, era de esta suerte convertido en instrumento de intolerable opresión, la traza de la propia sociedad romana se vió radicalmente transformada» (23). El proceso de expansión se desarrolla con estricta fidelidad a una dialéctica de reducción a puro poder de la integración comunitaria. Desde que la sucesión de Augusto, en cuanto planteaba el problema de la institucionalización de un monopolio de poderes que descansaba sobre la pura apoteosis de la persona, se resolvió por la línea de menor resistencia, quedando la máquina política entregada a su propia inercia, el destino de la sociedad romana y su entrega a un absolutismo ciego a todos los valores morales, estaban prescritos de modo irremisible.

(23) Cfr. CH. NORRIS COCHRANE: *Cristianismo y cultura clásica*, trad. española, F. C. E., Méjico, 1949 (1.ª ed. ing., 1939), pág. 14.

Pero una interpretación que reduzca el sentido de los acontecimientos simplemente a la historia constitucional —o inconstitucional— sin ser de suyo falsa, queda siempre en la superficie en la que ese mismo sentido se proyecta, no alcanzando jamás a aprehenderlo en sus raíces más hondas. La trayectoria hacia una concentración del poder no fué la causa de la descomposición del civismo romano, o, en la medida que lo fué, venía inexorablemente movida desde una plataforma sociológica que no pudo ser dominada, fundamentalmente, por la constitutiva limitación espiritual del alma romana.

Las nuevas condiciones que estableció la expansión en todo el campo de la acción política y la obligada organización y burocratización del poder que llevaba consigo a fin de poder manipular políticamente todo el cuerpo social, sólo podían ser compensadas por asimilaciones espirituales de las que el pueblo romano fué incapaz. Desde el punto de vista de la suerte peculiar del pueblo romano, fué su inmensa desgracia el no haber incorporado los valores cristianos sino en última instancia, y en un momento en que la entrega del hombre al culto sin límites de la autoridad dejaba a ésta fuera de toda restricción legitimadora (24). En defecto de esos valores y, en general, en defecto de todo eje rector capaz de imprimir un sentido civilizador en las nuevas dimensiones político-espaciales, el cesarismo romano fué llevado por su propia inercia a un límite histórico que no podía superar: el de la impotencia de todo poder, como mero artefacto de mando técnicamente calculado, para hacer frente a las exigencias morales de la comunidad tan pronto como éstas cristalizan sociológicamente en una base de resistencia. Los estrechos ideales de la severa aristocracia romana, que eran, según hemos visto, la sublimación de formas locales de coexistencia, tenían necesariamente que quedar arruinados en cuanto se impuso a Roma una misión universal. La incapacidad del *genius populi* para trascenderse a sí mismo en tal coyuntura selló el destino catastrófico del absolutismo. La imagen que Roma ofrece en el dramático contraste de su desgarrada mentalidad primitivista y su hegemonía sobre el mundo occidental, explica las agrias palabras de un escritor contemporáneo: «Los romanos

(24) Así se explican las pretensiones césaropapistas de Constantino. Véase BURCKHARDT: *Del paganismo al cristianismo*, t. e. de F. C. E., Méjico, 1945, páginas 350 y ss., que da una versión ingenua, si no tendenciosa, de los hechos, por virtud de la cual era la Iglesia la que se «oficializaba». Más objetivo es el reciente estudio de A. H. JONES: *Constantine and the Conversion of Europe*, Hodder Stoughton, Londres, 1948; especialmente págs. 252 y ss.

no tuvieron su filosofía como los griegos; ellos son juristas hasta cuando filosofan. No tienen una historia de los dioses, ni tragedias, ni una epopeya propia. ¡Un pueblo sin fantasía! ¡Empleados del Estado y soldados! ¡Los prusianos de la Antigüedad! (25).

Pero juicios de esta índole —al margen la cuestión de su justicia con respecto a Roma— son ya producto del profundo recelo del hombre de nuestro tiempo frente al Derecho. Aquello que constituye la perversión misma del Derecho, la enajenación diabólica de su sentido, es cabalmente lo que se piensa como *sustancia* misma del Derecho y lo que estimula la anémica y fantasmal idea de una existencia «auténtica» del individuo como existencia anormativa (26). La impotencia del Derecho romano —cuya finura técnica nos sigue siendo inigualable— para conseguir una vida justa, es la más enérgica lección que la historia ofrece a los juristas contemporáneos, puesto que pone al descubierto cuánto hay de engañosa ilusión en ese ideal de los técnicos puros, que se esfuerzan con la más noble ceguera en encontrar la justicia por medio de sus fórmulas cabalísticas.

Bajo el Imperio cambió por completo la fisonomía de la jurisprudencia romana. Esta alteración fué el producto de una necesidad histórica, pues aquel su arte del Derecho, sin la base real de la *civitas*, flotaba en el vacío de la vida espiritual romana. Morfológicamente, esta progresiva destrucción del sentido del Derecho se muestra, en primer término, en la pérdida de su papel de órgano de producción del Derecho. La jurisprudencia se ve desbordada por completo por el frenético ejercicio de la máquina legislativa. La ley se convierte en instrumento del plan de ordenación política. Es cierto que en cuanto a los juristas se refiere la nueva estructura no degradó su posición en la vida social, sino, antes al contrario, la exaltó. Mas es sabido que este es, quizá, el más refinado recurso político de eliminación de los poderes indirectos: Augusto y Trajano confieren a la jurisprudencia una

(25) W. SCHUBARTS: *Europa y el alma de Oriente*, t. e., Studium de Cultura, Madrid, 1946, págs. 64-65. Aún más enérgica es la condena de Heine: «¡Qué libro tan terrible es el *Corpus juris*! ¡La Biblia del egoísmo! Siempre he sentido contra los romanos el mismo odio que contra su Código de Derecho. Esos ladrones querían asegurar el fruto de sus rapiñas, y amparaban con sus leyes lo que con la espada habían conquistado», *Memorias*, t. e., Madrid, 1932, pág. 19.

(26) Las dos últimas obras de BERDIAJEV: *La destination de l'homme*, traducción esp., Barcelona, 1947, y *Das Reich des Geistes und das Reich des Caesar*, Holle Verlag, Baden-Baden, 1952, son —que yo sepa— las dos más estridentes proclamas de esta actitud hostil a toda forma de vida ético-jurídica cifrada en un sistema de normas.

misión *oficial*, legitiman una posición que en la *civitas* era impersonal —pero efectiva— para hacerla formal, burocrática, predeterminando en cierta medida los contenidos de su obra. Los corifeos de la jurisprudencia clásica, Papiniano, Paulo, Ulpiano, etc., ocupan puestos oficiales en la administración imperial (27); el Derecho imperial es todavía, en su armadura conceptual, una construcción de estos juristas; pero tras ella ya no hay un sentimiento valorativo de la coexistencia, sino el reclamo de las exigencias de un poder de movilización social. La realidad que se construye dogmáticamente ha cambiado por completo de *sentido* y la exégesis de la ley imperial se convierte en el límite técnico de la función del jurisperito (28). Esto permite explicar la construcción jurídico-política de la legitimidad imperial. La formulación del principio «quod principi placuit legis habet vigorem», que es la apoteosis del cesarismo, es obra de unos teóricos que tratan de dar expresión conceptual al hecho cotidiano, desde Claudio, de que los actos del Emperador y de su séquito quedaban sustraídos a la administración de justicia. Y aún en ello hace patente esta jurisprudencia sus perspectivas limitadas, pues esta fórmula se alimenta después con la importación de la doctrina helénica del *basileus*, como «encarnación viva del Derecho», la cual, aun cuando producto decadente del racionalismo griego, se inspiraba en la idea de una extraordinaria virtud del monarca para interpretar el *logos*, y, por lo mismo, estaba impregnada de un sentido por completo extraño a aquel con que la asimilaron los juristas oficiales de la época de Nerón y sus sucesores (29).

Medida desde el nivel moral en que el Cristianismo situó al hombre, la razón del *ius* romano fué siempre obtusa para el sentido de la justicia; no ya la idea de Dios en la magnitud religiosa y metafísica que el Cristianismo le proporcionó le fué sociológicamente extraña, sino que la idea misma del hombre en sí, sin reducciones localistas, no llegó a impregnar nunca el alma romana. Así, el despliegue expansivo de esta mentalidad política no hizo sino obturar las posibilidades de justicia entre los hombres. En el momento en que el desasosiego general, fomentado por esta limitación constitutiva, llegó a

(27) Cfr. L. WENGER: «Die Verfassung und Verwaltung des Europäischen Altertums», en *Allgemeine Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte* (varios), Teubner, Leipzig-Berlin, 1911, págs. 172-173.

(28) Cfr. WIEACKER, ob. cit., pág. 83-84. Sobre desplazamiento del Senado como órgano de producción del Derecho véase MAYER, ob. cit., pág. 390.

(29) Cfr. WIRSZUBSKI, ob. cit., págs. 132-133.

cobrar vigencia política, los conservadores romanos buscaron en vano un giro desde dentro del sistema. Pero sus fórmulas —la *romanitas virgiliana*— estaban también dentro del campo angosto de posibilidades determinadas por aquel sistema, y en lugar de aquella conciencia del genio de Roma se subroga, por la vía de una revolución espiritual, el genio universal del Cristianismo (30).

III. CRISTIANISMO Y SENTIDO DEL DERECHO

1. La constitutiva insuficiencia del Derecho griego y del Derecho romano para incorporar un sentido de justicia resultaba de su limitada comprensión del ser del hombre. El pensamiento griego hundía al hombre en la totalidad cósmica, sin dejar resquicio alguno por el que pudiera aparecer su singular condición metafísica; es cierto que hasta en los presocráticos hay una enérgica afirmación ética (31), pero el *Ethos* va referido a aquella totalidad y no a la Humanidad como entidad singular; en buena parte se hace del hombre más la operación que el agente del bien (32). El solo rasgo por el que el hombre cobra una posición determinada entre las cosas es el *logos*, pero el *logos* no extrae al hombre del fluir de las cosas. «Recuérdese —dice Zubiri— cuán diferente es el horizonte en que el hombre de nuestra era descubre el universo: no la *caducidad*, sino la *nihilidad*. De ahí que su esquema del universo no se parezca en nada al del griego. De un lado, las cosas; de otro lado, el hombre. El hombre que existe entre ellas para hacer con ellas su vida, consistente en la determinación de un destino trascendente y eterno. Para el griego existen el cielo y la tierra; para el cristiano, el cielo y la tierra son el mundo, sede de esta vida; frente a ella la otra vida. Por esto el esquema cristiano del universo no es el dualismo *cielo-tierra*, sino *mundo-alma*» (33).

(30) Sobre este punto, cfr. R. PARIBENI: «Cristianesimo e Impero», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LX (1929), págs. 534-551.

(31) Cfr. STENZEL: *Metaphysik des Altertums*, Oldenbourg, Munich, Berlín, 1934, págs. 31 y ss.

(32) Cfr. C. MAZZANTINI: «L'Essere e il valore in Platone e in Aristotele», en *Filosofia perenne e personalità filosofiche*, Cedam, Padua, 1942, pág. 39.

(33) ZUBIRI: «Sócrates y la sabiduría griega», en *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1944, pág. 203. Cfr. también F. J. CONDE, *Teoría y sistema de las formas políticas*, 3.ª ed., Madrid, 1951, en la lúcida contraposición entre el «cosmos» griego y el universo cristiano, que recibe su sentido de la *creación*, pág. 144 y siguientes.

El Derecho tenía que asumir otro sentido por completo diferente bajo las vigencias cristianas. Puesto que tras todo orden jurídico hay un cierto modo de comprender al hombre en sí y en su ser con otros, el Cristianismo, que liberaba a la persona humana de su *cosificación*, que revolucionaba el orden cósmico por la dignificación esencial de un ser objeto de creación privilegiada y de una redención insólita, ha sido precisamente la fuente espiritual exclusiva en la que la cultura del Derecho ha bebido en forma imperecedera sus contenidos éticos. Ni el orden del universo como totalidad, ni el orden social de la *polis* o de la *civitas* confirieron jamás al hombre esa vocación de justicia que suministró los contenidos de conciencia del cristiano; y que no es sino una postulación inderogable de tratar y ser tratado conforme a *su naturaleza* y no a la *Naturaleza*, conforme a su intransferible humanidad y no a intereses objetivos *deshumanizados*; en una palabra, conforme a lo que exige aquel desenlace escatológico, que es el destino más grandioso y trágico del hombre redimido.

La afirmación del hombre en este sentido es una afirmación de su individualidad empírica, de su *mismidad*; pero al propio tiempo también de su ser con los demás. La comunión con Dios da al hombre su verdadera personalidad, que borra aquella otra definida por el orden percedero del mundo; pero lejos de separarlo de sus semejantes lo une con ellos sobre una misma base trascendental, fundamentalmente por virtud del hecho de que todos los hombres se santifican por Dios, se encuentran en Dios, «y puesto que el pensamiento dominante sobre Dios no es aquel de una beatitud estática que absorbe en sí las almas, sino más bien aquel otro de una voluntad creadora, así los unidos en Dios, saturados de la voluntad o del sentir de Dios, deben actuar la voluntad divina del amor» (34). Así concibe el Cristianismo la sociedad cristiana como una *comunidad de hijos de Dios*, como una comunión de amor que tiene su fundamento en el *Padre nuestro* y en la redención de la Humanidad por Cristo.

Ahora bien, la comprensión de cómo históricamente las formas de vida jurídica se impregnaron de las esencias cristianas, de tal manera que éstas no aparecían al modo de hoy —en la conciencia secularizada del hombre de nuestros días— como un ideal metajurídico,

(34) V. TROELTSCH: *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppe* (1.ª ed., 1923), t. it. de G. Sanna, 2.ª ed.; «La Nuova Italia», Florencia, 1949, página 35.

sino precisamente como aquello que prestaba a la *lex* su propio ser jurídico, su juridicidad misma, exige tener en cuenta que la idea del amor fraterno, del amor hacia el prójimo, penetró todas las valoraciones de la vida y provocó una mitigación de los rígidos conceptos de la moral sociológica, y fomentó al propio tiempo una exaltación de los intereses comunes sobre el egotismo individual.

2. Con todo, es preciso encontrar una explicación al hecho de que aun cuando el ideal cristiano de la justicia se mantiene por propia virtud como algo imperecedero, el Derecho posteristiano aparece inserto en estructuras históricas de fisonomía muy distinta, que le han proporcionado sentidos muy diferentes. En primer término requiere explicación el hecho de que las formas institucionalizadas y racionalmente desarrolladas del patrón cristiano de la justicia no alcancen el carácter de tales sino hasta una fase un tanto evolucionada en la historia de Occidente. El Cristianismo primitivo tuvo una vivencia tan enérgica de la *parousia* que le hizo volver la espalda al orden del mundo, del cual por antonomasia el Derecho de los hombres es la regla capital. «Oportet illos derelinquere hoc saeculum et divitias suas», se lee en el *Pastor de Hermas*. Así se habla frecuentemente, desbordando toda ponderación, de la «transformación» del Cristianismo como consecuencia del alejamiento de la catástrofe escatológica (35). Pero la oposición entre la imagen del mundo del Cristianismo primitivo y aquella otra que de ese mundo cristianamente ordenado presenta la temprana Edad Media, es una oposición arbitraria entre formas que no son sino momentos en el desarrollo histórico de la sociedad cristiana, y entre las que, por lo tanto, media una continuidad verdaderamente orgánica. La expansión sociológica del Cristianismo, la caída del Imperio romano y la dominación progresiva del escenario histórico por los pueblos germánicos, que entraron por la vía de su conversión en nuestra constelación cultural, son fenómenos que se entrecruzan en una misma trayectoria, al cabo de la cual todas las formas de relación espiritual terminan por encontrarse bajo la égida de la Iglesia católica, que de esta manera se encuentra

(35) Cfr. K. FARNER: *Christentum und Eigentum bis Thomas von Aquin*, A. Francke, Berna, 1947, págs. 43-44: «Das originale Christentum machte eine Metamorphose durch, weil keine Weltkatastrophe eintrat. Der paulinische Glaube wurde Stück für Stück abgebaut und durch eine neue kirchenlehre ersetzt für welche dieses Welt keineswegs untergeht, sondern Vorbereitung im Leben auf die Ewigkeit erheischt.»

ante un mundo que ha de ser gobernado y que no puede serlo sino cristianamente. El cambio de actitud frente a este mundo, en relación al gentil, no es una *metamorfosis* del Cristianismo, sino una modificación decisiva de la estructura histórico-espiritual del mundo, con la que se corresponde lógicamente aquel diferente sentido que las instituciones humanas han de cobrar al empaparse de sentimientos cristianos.

Uno de los aspectos más considerables de esta nueva situación fué la *cristianización* del Derecho. Aquí se trata mucho menos del hecho de que los contenidos de las relaciones jurídicas se reajustaran a las nuevas exigencias éticas del Cristianismo, en un lento proceso de reelaboración, que del carácter radicalmente insólito que el Derecho recibe en la comprensión misma de sus fundamentos. La expresión teórica y formal de esta nueva fundamentación no se encuentra, como es lógico, sino hasta un momento en que la nueva sociedad ha cobrado una conciencia plena y reflexiva del sentido mismo de su vida, aun cuando materialmente en ese mismo momento estén ya operando los factores de una nueva transformación decisiva. La literatura de los siglos XII y XIII proporciona la imagen de esta sociedad cristiana, que es preciso no erigir en un patrón absoluto, por cuanto sería tanto como condenarnos a una estéril nostalgia. Debe tenerse a la vista, empero, no sólo por cuanto constituye la más alta configuración cristiana del mundo histórico, sino porque además viene a ser el contrapié dialéctico del mundo moderno, ofreciendo así por vía negativa el mejor recurso para captar la fisonomía de éste. «El hecho más importante para nuestros espíritus sofisticados —escribe Randall—, que ven en el mundo del hombre medieval un universo de juguete, es que este mundo tuviera como finalidad esencial ser el escenario del drama que Dios había preparado para la especie humana. Por limitado que haya sido el conocimiento del hombre medieval sobre su mundo jamás dudó de una cosa: de que la tierra y los cielos y todo lo que contenían habían sido creados para que él pudiera realizar su vida y su destino» (36). Pero la comprensión del mundo que anima el espíritu de la Alta Edad Media es menos antropomórfica que teocéntrica; es la imagen que resulta no ya de la razón objetiva, de la legalidad inmanente que la ciencia moderna encuentra en el mundo, sino de la Suprema Razón, que todo lo ordena

(36) JOHN H. RANDALL: *La formación del pensamiento moderno*, trad. española J. A. Vázquez, Nova, Buenos Aires, 1952, pág. 23.

y en la que el hombre participa por la revelación y por su propia naturaleza racional. Todo el universo medieval aparece así trascendentalizado, y aun cuando, como advierte Bühler, los grandes sistemas especulativos que algunos grandes escolásticos supieron construir sobre los principios católicos, edificando sobre las condiciones generales existentes la catedral de la concepción del mundo, no puedan ser, rigurosamente hablando, utilizados como elementos de descripción de una realidad histórica (37), proporcionan el horizonte ideal de esa sociedad, en el cual hunde sus raíces el *sentido* del Derecho.

3. Toda comprensión del Derecho en su estructura histórica remite de necesidad a los elementos capitales de ésta, es decir, a la articulación material de esa sociedad que vive jurídicamente y al orden político, por el que esa misma sociedad denuncia el carácter de su *orden en autoridad*; esto es, al principio ontológico de su misma constitución (38). Aquello que hace del grupo comunidad, y aquello que asume la expresión del primado de esa comunidad frente a sus miembros, constituyen las bases determinadoras de lo que en ellas se hace valer como jurídico. Para la configuración del mundo jurídico-medieval estos dos soportes son la Cristiandad y el Imperio.

La sociedad humana se reconoce a sí misma como sociedad cristiana; su unidad está justamente anclada en su comunión en la fe de Cristo (39). Esto significa por de pronto que su eje rector trasciende de ella misma. «En la cristiandad la razón fundamental de la autoridad es la bondad; del mismo modo que Dios ha creado para rodearse de seres dichosos, las autoridades deben proponerse el bien de sus subordinados. Son los súbditos y no la gloria del príncipe el verdadero fin de los gobiernos» (40). Con ello establece esta sociedad su fin y su razón de ser, que no es otro que la salvación de las almas; pero por otra parte, en cuanto conduce su principio a Dios, que reina y pone orden en el universo, potencialmente abarca a la Humanidad entera; está no constituida, pero sí *abierta* a la Humanidad entera;

(37) J. BÜHLER: *Vida y cultura de la Edad Media* (1.ª ed., al 1931), traducción esp. de W. Roces, F. C. E., Méjico, 1946, pág. 49.

(38) Sobre estos conceptos remito a mi trabajo antes citado: *Legitimidad, validez y eficacia*, pág. 44 y ss.

(39) Para todo lo que sigue es fundamental y se ha utilizado especialmente el excelente estudio de BERNARD LANDRY: *L'idée de chrétienté chez les scolastiques du XIII^e siècle*, Alcan, París, 1929.

(40) LANDRY, ob. cit., pág. 11.

es un orden en expansión sin límites sociológico-espaciales que lo cierran *a priori* sobre sí. Es un orden humano que se une por Dios y no un orden histórico-temporal, racial, nacional, social, profesional, etcétera; en una palabra, no es un orden determinado por estructuras internas dadas en el mundo. No se trata de una superordenación en la que las distintas unidades políticas se encuentren en una síntesis suprema, sino de la totalidad política misma. Como ha escrito recientemente Ernst von Hippel, esta comunidad aparece penetrada en un profundo sentido por la sustancia de Cristo; pertenece al *corpus mysticum* que une a la Humanidad en Cristo, y por ello difiere, tanto de las antiguas unidades sociales, familiares, tribales y gentilicias como de los posteriores y modernos órdenes espaciales de límites concretos (41).

El *orden en autoridad* de esta sociedad es la articulación *Sacerdotium-Imperium*. Puesto que para la Edad Media —dice Kohn— el Cristianismo equivalía a la humanidad, al menos como finalidad, ésta se consideraba una sola raza, una *res publica generis humani*, una *ecclesia universalis* con una ley y un gobierno (42). La doctrina de la dualidad de poderes, antes de rarificarse con las adulteraciones ideológicas de las que ha salido el mundo moderno, tal como aparece en la llamada teocracia medieval, distingue la sociedad universal cristiana en dos órdenes organizados para el *servicio de los servidores de Dios*, el clerical, que tiene a su cargo los intereses religiosos, y el laical, que tiene por misión proveer a la satisfacción de las necesidades comunes terrenas; estas dos organizaciones —si cabe hablar así— constituyen un mismo cuerpo, y entre ellas la relación de subordinación, cuyo sentido es manifiesto, está *idealizada* por el reflejo de la relación *espíritu-carne*, que le sirve de paradigma; así, no es una relación funcional jerarquizada, *una estructura de competencias* al estilo de la estructuración del poder en el Estado moderno, sino una relación cardinal, de sentido metafísico, y sin la cual la comunidad destruye su propia esencia, al modo que el hombre se degrada e inhumaniza si se entrega a los instintos animales. Por ello esta dualidad orgánica ascende hacia una síntesis de unidad que es la que proporciona a la Edad Media su más impresionante característica. La *reductio ad unum* es el tema constante, que se repite en uno y otro ámbito del pensamien-

(41) Cfr. ERNST VON HIPPEL: *Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staatsgewalt*, Metztersche, Stuttgart, 1950, págs. 14 y ss.

(42) H. KOHN: *Historia del nacionalismo* (1.ª ed. ing., 1944), t. e. de S. COSSIO, F. C. E., Méjico, 1949, pág. 79.

to medieval, y por ello es el pivote mismo de su concepción política, a la que sirve de prototipo la jerarquización de los coros celestiales, de la cual el mundo político en su propia jerarquización es un mero reflejo (43).

4. La idea del Imperio es una de las más potentes construcciones que el pensamiento político de Occidente ha llevado a cabo en su historia. Se trata más, con mucho, de un magno mito político que de una estructura formal desmontable en su articulación jurídica; en la realidad apenas si logra alguna vez hacerse perceptible la institución material de ese macrocosmos político, pero no por ello su vigencia espiritual resulta menos enérgica y operante. En la formación del Estado moderno esta idea del Imperio constituye el fondo ideológico desde el cual emerge, en un modo de lento desprendimiento, esa otra forma política cargada de dinamismo y efectividad que es el Estado soberano. El Imperio fué la trasposición sacralizada de la idea virgiliana de la *Romanitas*, que tenía por horizonte la *civitas mundi*, y quería alzarse en oposición vigorosa a los despotismos orientales —mera expresión de la *libido dominandi*— merced a un fundamental cambio de sentido, producto del insertarse en ella el espíritu ecuménico del Cristianismo. La impotencia realizadora del Imperio, su incapacidad histórica para organizarse como efectivo poder y el hecho de que los primeros reinos nacionales asuman esa misma idea secularizada en su constitución ideológica, han servido de base a la concepción que quiere explicar la forma política medieval como *Estado*, y aún más, como *Estado*

(43) Cfr. F. A. FREIHERR VON DER HEYDTE: *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, Habel, Regensburg, 1952, págs. 12 y ss. Cfr. CALASSO: *Introduzione al Diritto commune*, Giuffrè, Milán, 1951, pág. 40: «El Imperio comprendía precisamente el orbe romano-cristiano, conceptualmente universal, como el dominio de la Iglesia de Cristo *per Romani fines Imperii corcumquamque diffusa*. Los dos dominios coincidían y se integraban: el uno no hubiera podido pasarse sin el otro.» V. también C. SCHMITT: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven, Colonia, 1950, pág. 30: «Die mittelalterliche, west- und mitteleuropäische Einheit vom Imperium und Sacerdotium ist niemals eine zentralistische Machtanhäufung in der Hand eines Menschen gewesen. Sie beruhte von Anfang an auf der Unterscheidung von *potestas* und *auctoritas* als zwei verschiedenen Ordnungsreihen derselben umfassenden Einheit. Die Gegensätze von Kaiser und Papst sind daher keine absoluten Gegensätze, sondern nur *diversi ordines*, in denen die Ordnung der *Respublica Christiana* lebt. Das davon liegende Problem des Verhältnisses von Kirche und Reich ist wesentlich anders als das spätere Problem des Verhältnisses von Kirche und Staat.»

de Derecho (44). Pero nada de esto basta para desvirtuar las enérgicas vigencias ideales con las que esta, en cierta manera utopía, se afirma, y de la cual el Estado moderno es precisamente su contrafigura espiritual y material.

Cuanto se insista sobre la conformación religiosa de esta idea del Imperio será sin duda insuficiente para proporcionar al hombre de nuestro tiempo una imagen lo suficientemente plástica de ella. «El pensamiento de que Cristo, el cual en la creencia popular fué sencillamente identificado con el Dios Padre —escribe Heer—, es el Rey del cielo y de la tierra, tuvo en la Alta Edad Media una realidad, de la que nosotros hoy difícilmente podemos tener idea (45). Y, sin embargo, es por todos conceptos preciso llevar hasta el límite tal supuesto, por cuanto sólo de esta manera es posible hacerse cargo de la energía con que el poder político quedaba vinculado a sus fines, y consecuentemente de las fuerzas trascendentales que irresistiblemente gobiernan el mundo del Derecho.

Recientemente Von der Heydte se ha esforzado en descubrir la articulación conceptual del Imperio medieval como plataforma sobre la que se alza —bien que, como veremos, con sentido plenamente opuesto— el Estado moderno. Los fundamentos espirituales del Imperio son para él: a) la *reductio ad unum*, la tendencia irreprimible del alma medieval a elevar toda multiplicidad a una unidad final y suprema, tal como aparece, por ejemplo, en la obra de Adam Marsh *De recuperatione terre sancte*, publicada alrededor de 1250; b) la *articulación de los miembros en la unidad*, es decir, aquel modo de resolver la eterna dialéctica de lo político entre el individuo y el todo, llevando el primero hasta el segundo, no en su desnuda y apolítica individualidad, sino envuelto e integrado en formas comunitarias parciales dotadas de sentido en el inmenso conjunto que tiene a Dios por cima; y finalmente c) el *reconocimiento del propio valor de las partes*, que hace de toda comunidad no el fin, sino el medio de que los propios miembros se sirven para realizar su misión y su destino. Desde tales presupuestos el perfil institucional del Imperio, del que se cita como máximo teorizante a Otto de Freising, cronista de Federico Barbarroja a mediados del siglo XII, aparece ante nosotros

(44) Sobre este punto cfr. von BELOW: *Der deutsche Staat des Mittelalters*. Quelle-Meyer, Leipzig, 1914, t. I, págs. 204 y ss., y la literatura allí citada.

(45) FRIEDRICH HEER: *Aufgang Europas. Eine studie zu den Zusammenhängen zwischen politischer Religiosität, Frömmigkeitstil und dem Werden Europas im 12. Jahrhundert*, Europa, Viena-Zurich, 1949, pág. 107.

como la ordenación política de un mundo sobre el eje ideal de la *auctoritas non potestas*. En el Imperio son los *pueblos* los que se organizan como *miembros* bajo la autoridad de uno, al que el destino providencial ha entregado la custodia misma de orden imperial; para Von der Heydte el soporte temporal del Imperio es necesariamente una comunidad histórica, pues el Estado puede concebirse como pura dominación de hombres, pero no el Imperio, que precisa un sujeto histórico de su *auctoritas*; los miembros —comunidades políticas con sus *potestas* a la cabeza— son entre sí independientes; pero entran en la vinculación imperial por la conciencia de la unidad y del fin común de que el Imperio es expresión: «El portador del Imperio tiene el deber de la dirección política de los miembros sin el derecho de potestad política; impregna a los miembros espiritual y culturalmente, sin destruir su propia vida espiritual y cultural» (46).

5. Pero ¿qué sentido, qué sistema de intereses engloba lo *político* dentro de este marco espiritual? En la respuesta a esta pregunta está justamente la clave que hace posible el sistema mismo en su insólita e inactual fisonomía. Una investigación sobre el sentido de esta otra realidad, la de lo *político*, que fluye también dentro de un cauce histórico que le presta una u otra vez contexturas entre sí insolidarias, pertenece a la base misma de una filosofía de la historia del Derecho. De momento es capital hacerse cargo de la violenta contraposición de sentidos que esa *realidad* asume en la línea histórica fronteriza del mundo moderno. Tal contraposición ha encontrado un agudo analista en F. Javier Conde. Estudiando la articulación de fondo de la *civitas christiana*, dentro del marco del pensamiento agustiniano, subraya que «la realidad social y política humana está prendida en lo trascendente con tanta fuerza que la terrenalidad carece de sustantividad propia. No hay —añade— una realidad política sustante constituida en la aquendidad. La realidad política es sólo realidad

(46) VON DER HEYDTE, ob. cit., págs. 12-16. Cfr. también F. CALASSO, ob. cit., Giuffrè, Milán, 1951, pág. 37: «Como sobre todas estas legislaciones particulares estaba el Derecho de Roma, así sobre todas las unidades políticas estaba el Imperio, aquel Imperio que se reconstituye bajo Carlomagno, que fué universal porque se dijo sacro y legítimo, porque se consideraba romano. Era la más grande herencia que el Alto Medievo, llamado romano-bárbaro, transmitía a la nueva edad que se abre con el milenio. Y el ideal del Imperio, al cual se coordinó o contrapuso, según los momentos históricos, aquel Papado, fué el fundamental motivo de la vida política y jurídica de nuestra Edad Media.»

simbólica, figurada o significante de la realidad trascendente» (47). Esta *realidad* política emerge, según Conde, de su imagen refleja para *sustantivarse* (Santo Tomás); cobra después su propia autonomía, «desvinculada del orden de la salvación» (Ockam), y finalmente se erige en técnica regida por su propia legalidad: «La sabiduría política es para Maquiavelo un modo específico de sabiduría, que participa en todas las notas que a ésta distinguen. Por consiguiente, un saber *positivo, técnico y pragmático*. El político es un *teknites*, cuya función consiste en conocer la realidad política como siempre es, su naturaleza, predecir el curso necesario de las cosas políticas y saber hacer con perfección para manejarlas con la mayor sencillez posible» (48).

La concepción del mundo medieval se hace translúcida, en sus fundamentos mismos, al sumergir en el Imperio todo lo que la mente moderna confina dentro del dominio de la política. El Imperio es la *justicia* históricamente institucionalizada, que encuentra en Dios su esencia y su raíz metafísica. No es *autoridad* política, no es *dominación* ni mando, sino *orden de justicia: Derecho*. La expresión más enérgica de este concepto capital la ofrece, como cabría esperar, San Agustín: «... ubi ergo non est ista justitia profecto non est coetus **hominum juris consensu et utilitatis communione sociatus**. Quod si non est, utique populus non est, si vera est haec populi definitio. Ergo nec respublica est: quia res populi non est, ubi ipse populus non est» (49). Donde no hay *justicia* no hay *respublica*, no hay *política*: «Remota itaque justitia, quia sunt regna nisi magna latrocinia?» (50).

(47) F. J. CONDE, ob. cit., págs. 150-151. Los entrecomillados son del autor citado.

(48) F. J. CONDE: *El saber político en Maquiavelo*, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, págs. 149-150. Los entrecomillados son también del mismo autor.

(49) *De Civitate Dei*, lib. XIX, cap. 23. Cfr. F. KERN: *Recht und Verfassung im früheren Mittelalter* (t. ing. S. B. Chrimes, en *Kingship and Law in the Middle Ages*, Blackwell, Oxford, 2.^a ed., 1948), pág. 152: «Pero la característica fundamental del pensamiento jurídico medieval —sin conocer la cual el historiador es llevado a establecer muchas inferencias erróneas— es la de no señalar distinción entre Derecho, equidad, *raison d'État* y ética. Mientras nosotros los modernos hemos erigido tres altares separados al Derecho, a la política y a la conciencia y adoramos a cada uno de ellos como suprema deidad, para la mente medieval la santidad de la justicia es la única entronizada, con sólo Dios y la fe por encima de ella, y nadie lo posee en exclusiva.»

(50) *De Civitate Dei*, lib. IV, cap. 4.

6. Ahora es ya posible fijar las notas constitutivas del *sentido* del Derecho medieval. Para la mentalidad jurídica moderna la idea de que el Derecho no sea el producto de una creación reflexiva, lógica y *técnica*, sino algo perennemente dado en sus esencias, no susceptible de cambio, sino meramente de desarrollo; la idea de que en efecto el Derecho sea algo más que el producto cotidiano de la actividad del legislador, es sencillamente incomprensible. Como hemos de ver, esta ceguera axiológica del jurista de nuestro tiempo no es sino el resultado de la demolición sistemática de los fundamentos trascendentales de la coexistencia humana, que es la obra misma del hombre moderno, y por ello es aquí donde se hace patente la dominación de otros supuestos espirituales en los que el Derecho medieval bebe su sentido: «Para nosotros el Derecho precisa solamente un atributo para cobrar validez; necesita ser sancionado directa o indirectamente por el Estado. Pero en la Edad Media otros atributos enteramente distintos eran esenciales: el Derecho medieval precisa ser «viejo» y precisa ser «justo». El Derecho medieval podía pasarse sin la sanción del Estado, pero no carecer de las dos cualidades de vejez y justicia, las cuales, como hemos de ver, fueron consideradas una misma y sola cosa. Si el Derecho no era viejo y justo, sencillamente, no era Derecho, aun cuando fuera formalmente promulgado por el Estado» (51).

Idealmente siente el hombre de la Alta Edad Media el Derecho como la norma más valiosa de su ser con los demás. «El Derecho es para el hombre medieval pura y simplemente orden. Es orden divino. Es como el principio estructural de un mundo unitario y jerárquicamente articulado no sólo como parte del *cosmos* creado, sino también de ese mismo *cosmos*, en cuanto en él se realiza el pensamiento del Creador divino. Un Derecho válido en el cielo y en la tierra» (52).

(51) El trabajo sobre la vida jurídica medieval iluminado por la percepción histórica más fina es, que yo sepa, el de FRITZ KERN: «Recht und Verfassung im Mittelalter», publicado en *Historische Zeitschrift* en 1919, en íntima relación con su monografía *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*, publicado en 1914. Desgraciadamente no he tenido acceso a estas publicaciones, que conozco sólo a través de la traducción inglesa de S. B. Chrimes, en la que se ha prescindido del considerable aparato crítico original. Dicha traducción reúne los dos trabajos en el volumen *Kingship and Law in the Middle Ages* (Blackwell, Oxford, 2.ª edición, 1948), por el que cito. El pasaje del texto corresponde a la página 149, en que comienza el primero de los trabajos indicados.

(52) VON DER HEYDTE, ob. cit., pág. 305. V. KERN, ob. cit., pág. 153: «Para la Edad Media el Derecho era un fin en sí mismo, porque el término «Derecho»

Precisamente porque el Derecho no es *sentido* sino de este modo, lo incorpora el hombre medieval al centro mismo de su vida espiritual, siendo para él algo tan intransferible y propio como la misma fe. La síntesis entre los elementos trascendentales procedentes del cristianismo y el eterno sentimiento comunitario, entonces vigorosamente rejuvenecido en el ímpetu de los jóvenes pueblos germánicos, da al Derecho aquel carácter *espiritual-objetivo*, esto es, aquel carácter que resulta de su validez objetiva, impuesta no por una voluntad irresistible, sino por una vigencia espiritual inquebrantable, que conferirá al Derecho una soberanía sustantiva sobre la vida de los hombres. Frente a la concepción romanista del Bajo Imperio, que ha hecho del Derecho mera expresión de la voluntad del príncipe, se alza la idea que hace del Derecho la esencia espiritual de la comunidad, vieja idea que constituye el centro anímico de la integración sociológica de los pueblos primitivos, pero que ahora se magnifica en el vuelo espiritual que el Cristianismo le confiere, imprimiendo con ello al Derecho un carácter místico y sagrado, una energía moral de la que careció en la antigüedad y que no ha vuelto a recuperar en la vida jurídica de Occidente. «La vida política de los nuevos Estados surgidos de las invasiones de los bárbaros se caracteriza ante todo por el abandono de la concepción tradicional de origen romano según la cual el Derecho es producto de una consciente voluntad legisladora estatal. Al contrario, para los pueblos germánicos por encima de toda experiencia jurídica se sitúa el concepto de nación, esto es, de una unidad étnica mística fundada sobre la sangre y sobre la tradición de lucha contra enemigos comunes. Es de este ente indistinto colectivo del que impersonalmente emana, a través de la lenta repetición de actos idénticos, la ley; la cual es, por tanto, el alma de toda la organización social, que es dirigida por ella y que existe en cuanto función suya» (53). Es este *sentido* por virtud del cual el Derecho

expresaba de una sola vez y al mismo tiempo el sentimiento moral, las bases espirituales de la sociedad humana, la justicia, y por ello los cimientos mismos del Estado.»

(53) M. GALIZIA: *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Giuffrè, Milán, 1951, pág. 30, que como se ve exagera los elementos puramente germánicos bajo la influencia de GIERKE, aparte del uso que hace de términos como «Estado» y «nación», que pertenecen al sistema conceptual del mundo político moderno. Compárese con K. J. FRIEDRICHS: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática* (1.ª ed. ing., 1937), t. e. de V. Herroero, F. C. E., Méjico, 1946, pág. 128: «Aun en la Edad Media los gobiernos de los países de la civilización occidental tendían hacia el tipo constitucional. Esta

adquiere la consistencia de su específica realidad el único punto de partida válido para una explicación radical de los tres fenómenos más salientes de la vida jurídica medieval: la posición jurídica del poder político, el ámbito de validez personal de la regla de Derecho y el sistema de producción por vía consuetudinaria.

Según hace notar A. J. Carlyle, la forma primera y más importante de la concepción de la libertad política en la Edad Media era la supremacía del Derecho, no en cuanto creado por el príncipe o cualquiera otro legislador, sino como expresión de los hábitos y costumbres de vida de la comunidad: «Es esto lo que hace que sea un mero absurdo la concepción de que en la Edad Media el Derecho fuera creado a voluntad del Monarca, absurdo que no sostuvieron más que algunos romanistas, tan absortos en el estudio del *Corpus Juris Civilis* que se olvidaron del mundo en que vivían» (54). El poder político queda así dentro de un sistema de imperativos que están sobre él no por virtud de un mecanismo formal de *autolimitación*, sino por razón de la inderogable validez que su propia condición confiere al Derecho. En tal concepto el príncipe no es el árbitro del Derecho, sino su mero ejecutor. «Su misión es meramente formal y externa: reconocimiento, tutela y garantía mediante su sanción de una forma ya existente en la costumbre popular» (55). En los documentos constitucionales de los siglos IX y X relativos a la elección de Monarcas, en las capitulares de la época, se exige al Rey y éste hace la promesa de conservar «con la ayuda de Dios», la justicia y las leyes de la comunidad (56). Quizá la comprensión más exacta de esta dominación

tendencia puede ser atribuida con justicia a la preocupación *cristiana* por la personalidad individual. Los intentos hechos por los historiadores nacionalistas para demostrar que debe atribuirse a las tradiciones populares germánicas o al carácter nacional inglés no son convincentes.» El subrayado es de FRIEDRICH'S.

(54) A. J. CARLYLE: *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos* (1.^o ed. ing., 1941), t. e. de V. Herrero, F. C. E., México, 1942, pág. 27

(55) GALIZIA, ob. cit., pág. 31. V. KERN: *Gottesgnadentum und Widerstandrecht im früheren Mittelalter* (t. ing. cit.), págs. 70-71: «En el Estado germánico el derecho fué derecho consuetudinario, «el derecho de los padres de uno», la situación legal preexistente objetiva, la cual era un complejo de innumerables derechos subjetivos. Todos los derechos bien fundados estaban protegidos contra el cambio arbitrario, como partes de la misma estructura jurídica objetiva, a la cual el Monarca debía su propia autoridad. La comunidad germánica fué en esencia una organización para el mantenimiento del derecho y el orden.»

(56) V. los textos citados por R. W. y A. J. CARLYLE: *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, 3.^a ed., Blackwood-Sons, Edimburgo y Londres, 1930,

jurídica del poder se exprese con los términos que en una fase ya evolucionada se interpreta la fórmula *sed ed quod principi placuit legis habet vigorem*. En la obra del archidiacono de Barnstaple, Bracton o Bratton, que muere hacia 1268, *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae* (57), se desarrolla una interpretación de esta fórmula sumamente reveladora. Como hace notar Maitland (58), Bracton trabaja ya sobre condiciones más modernas de producción del Derecho por vía legislativa y por la jurisprudencia burocrática, surgidas en Inglaterra a lo largo del reinado de Enrique III; pero ello no obstante rechaza terminantemente la idea de que el Rey pueda estar por encima del Derecho. La idea del Derecho sigue siendo en su núcleo la expresión objetivada de la entidad espiritual de la comunidad misma. «La legislación se considera entonces como la función de la *communitas regni, universitas regni*, el cuerpo entero del reino unido en un Parlamento» (59); pero, sin embargo, el Rey ocupa una posición singular dentro del ordenamiento jurídico: «¿Y cuál fué entonces la posición jurídica del Rey? Creo que, en primer lugar, podemos decir con alguna certeza que contra él no cabe entablar procedimientos coercitivos; no existe ningún procedimiento legal mediante el cual el Rey pudiera ser sancionado u obligado a una reparación... Si el Rey infringe el Derecho el único recurso es una petición dirigida a él en súplica de lo que quiera dar como reparación. Pero de otro lado esto no implica admitir que el Rey esté por encima del Derecho» (60), porque Bracton repite que si el Rey está sobre los hombres está bajo Dios y bajo el Derecho; es el Derecho el que *hace* al Rey, y por ello está vinculado a él, aun cuando si lo infringe su castigo incumba sólo a Dios. Así viene a entenderse la fórmula con el sentido originario con que aparece en el Derecho romano: la situación al margen de la ley en que el príncipe se sitúa, primero *de facto*, luego *de jure* y sólo en una última fase —ya plenamente absolutista— como *dominus* del Derecho mismo (61).

Otro de los rasgos más significativos en los que encuentra expre-

tomo I, págs. 246 y ss.; GALIZIA, ob. cit., pág. 31 y ss., y KERN, loc. cit., págs. 74 y siguientes.

(57) Cfr. E. JENKS: *A Short History of English Law*, Methuen, Londres, 6.^a ed., 1949, pág. 24 y ss.

(58) F. W. MAITLAND: *The Constitutional History of England*, 12.^a edición, Cambridge University Press, 1950, pág. 104.

(59) MAITLAND, ob. cit., pág. 100.

(60) MAITLAND, ob. cit., ib.

(61) WIRSZBUSKI, ob. cit., pág. 134 y ss.

sión el *sentido* del Derecho medieval es el llamado sistema de la *personalidad* del Derecho. También aquí para el jurista moderno, que discurre en términos de *organización jurídica del espacio*, que hace del territorio del Estado *el ámbito espacial de validez de un orden jurídico* (62), resulta incomprensible la idea de que cada individuo incorporase al concepto mismo de su personalidad jurídica el estatuto normativo de su comunidad. Pero lógicamente no podía ser de otro modo: para el hombre medieval el Derecho —el Derecho de la comunidad, a la que pertenecía, no por un mero vínculo jurídico de sumisión, sino por integración espiritual sociológica— era un contenido de su alma, del que no podía ser privado sin aniquilar su misma personalidad. Aquí encuentra explicación la aparente paradoja de que la unidad simbólica del Imperio en vez de reflejarse en una unidad jurídica, en un estatuto jurídico uniforme, alojara dentro de sí una increíble multiplicidad de ordenamientos. «Es preciso reconocer ante todo —dice Calasso— que precisamente en el Imperio universal el principio de la personalidad del Derecho, exigido, por lo demás, por la propia configuración política de la sociedad que vive dentro de la órbita del Imperio, encontró su justificación teórica» (63). Cualquiera que sea el juicio que a un técnico de nuestros días pueda merecer esta multiplicidad de ordenamientos sobre una base personal, vista desde la perspectiva del sistema jurídico-espacial del Estado moderno, no cabe duda de que en él encontraba expresión acabada la idea medieval del respeto a la variedad dentro de la unidad, del respeto a la *personalidad* de los miembros dentro de la suprema síntesis unitaria del Imperio. Pero además, de hecho, y como una muestra más de la rica complejidad de las relaciones medievales frente a la lógica geométrica y lineal del pensamiento jurídico moderno, es preciso registrar la circunstancia de que esa variedad y esa unidad se actuaban jurídicamente mediante lo que sin duda es un disparate científico, pero al mismo tiempo una maravillosa intuición lógica de *sentido*: «En el comentario de la escuela de Pavía a la legislación longobardo-franca, el Derecho bárbaro, como ha sido notado por todos, es muy frecuentemente interpretado con la ayuda del Derecho romano; el hecho es científicamente absurdo, pero es muy importan-

(62) Kelsen: *Teoría general del Estado*, t. e. de Legaz, Labor, Madrid, 1934, página 181.

(63) F. CALASSO, *ob. cit.*, pág. 41.

te la justificación que los comentaristas nos dan de esa desenvoltura: 'la ley romana, dicen, es *lex omnium generalis*' (64).

Finalmente también aquí aparece el sistema de producción del Derecho como una expresión técnica de su *sentido*. Carlyle ha insistido en el hecho de que para los juristas del medievo el Derecho positivo normalmente no era algo creado, sino primordialmente la costumbre de la comunidad, y ha aducido en prueba que todavía a mediados del siglo XIII, en el *Decretum* de Graciano, se sienta el principio de que la Humanidad se rige por el Derecho natural o por la costumbre, asegurando que las leyes quedan establecidas cuando se promulgan, pero tienen que ser confirmadas por la costumbre de quienes viven bajo ellas (65). Por su parte, estudiando W. Ullmann el pensamiento del Derecho en fase más avanzada —siglo XIV—, en la que, como hemos de ver, aparecen ya larvados los elementos del nuevo *sentido* que al Derecho incorpora el Estado moderno, y en una figura, Lucas de Penna, que sería uno de los legistas de la fase de transición, admite que, casi sin otra excepción que la del propio Lucas, los postglosadores reconocen al Derecho consuetudinario la misma autoridad que al Derecho escrito, y que los juristas medievales basaban la fuerza vinculadora de las normas escritas «en el consentimiento tácito del pueblo» (66). De nuevo vemos reaparecer aquí aquella íntima conexión entre la *comunidad* y el *Derecho*, en la cual éste expresa no la voluntad de un poder de conformación y acción social que se traduce en normas imperativas, sino el imperativo de signo muy distinto que lleva consigo la conciencia del Derecho como comunidad histórica de justicia, lo que es la esencia misma de la vida política. Y aun cuando el estilo *moderno* de creación sistemática y consciente del Derecho se había insinuado ya en la época de los Otones y había comenzado a desarrollarse en el siglo XI hasta encontrar en la obra legislativa de Federico II de Sicilia, en el primer tercio del siglo XIII, en las «Constituciones de Melfi», el primer monu-

(64) CALASSO, ob. cit., pág. 42.

(65) CARLYLE: *La libertad política*, cit. pág. 25, donde se citan los textos del *Decretum*. También KERN, loc. cit., pág. 151: «El Derecho es viejo; Derecho nuevo es una contradicción en los términos, pues o el nuevo Derecho es derivado explícita o implícitamente del viejo o está en conflicto con él, en cuyo caso no es Derecho. De conformidad con las ideas medievales, la promulgación de nuevo Derecho no es posible, y toda legislación y toda reforma legal son concebidas como la restauración del viejo Derecho justo, el cual había sido violado.»

(66) Cfr. W. ULLMANN: *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna*, Methuen, Londres, 1946, pág. 63.

mento legislativo del Estado Moderno, es lo cierto que se ha mantenido durante mucho tiempo viva en la cultura europea esta concepción del Derecho, que después la Escuela Histórica había de intentar resucitar, bien que alterándola bajo influencias romántico-idealistas. El episodio dramático en que se hace sensible la liquidación del sentido espiritual del Derecho medieval, y con ella —o antes que ella— la dislocación de toda una concepción tradicional del mundo y de la vida, puede ser la disputa entre Jacobo Estuardo y Erward Coke, todavía en 1608, cuando la afirmación de éste «el *common law* protege al Rey» es rechazada violentamente por el Monarca en los siguientes términos: «Esta afirmación constituye traición: el Rey protege al Derecho, no el Derecho al Rey» (67).

Sólo con mirada histórica muy atenta puede el jurista moderno llegar a una comprensión adecuada de este *sentido* del Derecho medieval, que tomado en sus notas más características aparece en abierta contraposición a aquel que ha de cobrar bajo la acción del Estado moderno. Aparece ante nosotros como la expresión y el reflejo en la vida jurídica de aquella compleja mentalidad del hombre medieval, un hombre «que creía en toda visión, en toda leyenda, en todo rumor, en todo poema; creía en lo verdadero y en lo falso, en lo sensato y en lo absurdo, en lo sacro y en lo fantástico, en Dios y en el diablo... En todas partes veía realidades, incluso allí donde no las había: todo era efectivo. Y por encima de todo veía la más alta de todas las realidades, Dios: todo era obra de Dios» (68). Para esta *forma mentis* el Derecho, en cuanto expresión de aquel vértice espiritual en que Dios y el hombre se encuentran —la justicia— no puede ser un expediente técnico de organización social; es una regla también real, permanente en el horizonte metafísico del hombre. Una regla que lleva el hombre en su ser con los demás, que la intuye desde sí mismo y desde su entorno y que se justifica por sí misma. Podría decirse que este *sentido* del Derecho es *metafísico-trascendental*, dado en el hombre, pero tomado *más allá* del hombre mismo. «En el concepto del Derecho, del pensamiento realista, para el cual la vertical del mundo del valor se sobrepone a la horizontal del ser

(67) FRIEDRICHS: *Teoría y realidad de la organización constitucional*, cit., página 103. Cfr. también A. VON MEHRER: «The Judicial Conception of Legislation in Tudor England», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, Oxford University Press, Nueva York, 1947, págs. 754-755.

(68) ECON FRIEDEL, *Kulturgeschichte der Neuzeit*, Beck, Munich, ed. 1947, tomo I, pág. 83-84.

de los sentidos, encuentra particular expresión en un sector concreto esta gradación del conocimiento. Así, semeja este pensamiento del Derecho a las tres gradas de un altar espiritual, las cuales desde el Derecho positivo, pasando por el Derecho natural, conducen al Derecho divino y a la ley eterna» (69).

IV. EL SENTIDO DEL DERECHO EN EL ESTADO MODERNO

1. Como el Derecho, en su *sentido* histórico, constituye la expresión más enérgica de los fundamentos de la coexistencia humana, o más exactamente la expresión técnica, formal e imperativa de tales fundamentos, tal como es formulada por los órganos de definición del *deber ser*, en el *sentido* del Derecho va implicada y alienta la vida social misma en todo cuanto le da forma y realidad específicas. El Derecho remite la condición de su validez a las tablas de valores que jerarquizan la vida de una sociedad, y en tal medida cuando se pregunta por su *sentido* se pone en cuestión la estructura interna de la sociedad en sus mismos fundamentos.

Así, pues, el problema del *sentido* moderno del Derecho obliga a hacerse cargo de la fisonomía general de la sociedad moderna. Ahora bien, el conseguir esta caracterización es una de las faenas más empeñadas que cabe asumir, pues el problema ha sido afrontado desde los ángulos más dispares y se mantiene por completo en zona polémica. Sobre todo el entrecruzamiento de los esquemas histórico-culturales, con los que el historicismo trabaja en todas las ciencias de la cultura, ha contribuído, sin perjuicio del valioso acarreo de materiales, a facilitar el hábito de tomar, como referencia de hechos-conceptos que son el mero producto de *construcciones* unilaterales o parciales que se destruyen en cuanto el proceso es considerado desde otro ángulo o medido por la valoración de otros materiales históricos. Así parece claro que dando por bueno cuanto de realidad histórica se ha alojado dentro de los conceptos de *Renacimiento* y *Reforma*, se ha operado un buen corte sistemático entre lo medieval y lo moderno. Mas precisamente en esos conceptos infiere en grado máximo aquella encrucijada de esquemas a la que aludía. La *construcción* del Renacimiento como concepto histórico-cultural es una de las más potentes realizaciones del genio de Burckhardt. Pero la cro-

(69) E. VON HIPPEL, ob. cit., pág. 21.

nología, la determinación causal, la caracterización del complejo cultural y la teoría de sus efectos contribuyen con sus vacilaciones y contradicciones a enturbiar la vaga imagen ofrecida por el propio Burekhardt, y terminan por arruinar gran parte de las posibilidades de operar sobre este concepto con alguna seguridad (70). Y por lo que hace a la Reforma, si es cierto que aquí damos con una realidad histórica más segura y aparece incontrovertible su significación de haber dislocado la unidad religiosa de los pueblos de Europa, el que su sentido sea realmente moderno ha sido objeto de muchas discusiones (71). Por ello —y aun a riesgo de incurrir en una generalización no menos excesiva, aunque de otro signo— es preciso renunciar a comprender la aparición de este mundo moderno como un puro dato histórico susceptible de ser referido a hitos cronológicos precisos, y ni siquiera a una serie de hechos aislados cuya concatenación causal sea posible reconstruir con limpieza. Pero aun no siéndolo no deja por ello de tratarse de una realidad menos efectiva. No es posible dudar de la certeza de un cambio general de estructura, de un cambio radical que se opera antes o después en toda Europa y antes o después en todos los campos parciales de la vida de relación, desde la religión hasta la economía y desde el arte hasta la técnica; y sobre todo no es posible dudar que la fisonomía social del mundo es otra cuando ese cambio apunta en todos los sitios, en una misma dirección y hacia un mismo objetivo.

Nada de lo dicho es nuevo, pero no por ello es menos preciso el no perderlo de vista. Y sobre todo resulta capital acertar con la línea general de este proceso, cifrar de alguna manera ese sentido que en forma unívoca lucha por conseguir expresión en todas las formas de vida. Lo característico de la sociedad moderna es su tendencia a estructurar un *orden desde dentro*, su orientación hacia la formulación de la legalidad inmanente que preside de suyo todo sistema concebible de relaciones y fenómenos. Frente a aquel mundo medieval, pálido reflejo de la eternidad y que tan holgado acomodo encontraba en la concepción platónica de las ideas, traducida al cristiano por San

(70) Cfr. GERHARD RITTER: *Die Neugestaltung Europas im 16 Jahrhundert* (Druckhauses Tempelhof, Berlín, 1950, pág. 344), para quien el Renacimiento no es nada más que un concepto estilístico artificioso o una «idea». Cfr. H. BARON: «Toward a more Positive Evaluation of the Fifteenth Century Renaissance», en *Journal of the History of Ideas*, vol. IV, 1, enero 1943, pág. 34.

(71) Cfr. TROELTSCH: *El protestantismo y el mundo moderno* (1.ª ed. alemana, 1911), t. e. de F. C. E., Méjico, 1951.

Agustín; frente a aquel mundo dominado por la creencia en un orden estático divino sobre todas las esferas de la vida, el mundo moderno se construye como un sistema cerrado —no heterónimo, sino autónomo— que ha comenzado por legalizar la actuación de Dios sobre su propia realidad y consume su obra en el materialismo contemporáneo, divinizando la legalidad intrínseca de la materia. En todos los campos de la inteligencia, que asume carácter *científico*, se lleva a cabo la misma depuración de explicaciones no susceptibles de verificación racional, esto es, extrañas al postulado básico de todo el organismo mental del hombre moderno, cuyo *logos* es la ley de la remisión sistemática de una causa a otra dentro de una totalidad cerrada que es justamente el mundo. La *lógica* del Derecho positivo en cuanto confiere validez a una norma desde otra dentro del ordenamiento jurídico, cuya constitución cerrada es tan enérgica que ¡hasta prevé sus propias lagunas y calcula de antemano sus propios errores! (72), participa de la misma *forma mentis* que la física clásica para la que el universo está escrito en lengua matemática, de la misma magia de la razón que induce al hombre a la fijación *racional* de los *dogmas* de una *religión natural* entre las religiones positivas; del mismo espíritu que confiere a las leyes estructurales de la moderna economía capitalista un rigor *de bronce*, del mismo estilo que otorga valoración positiva y exalta como *progreso* todo artefacto capaz de desatar una mayor energía física sin hacerse cuestión de los efectos de esta nueva fuerza sobre la vida humana, de la misma nostalgia matemática que expulsa del *globus intellectualis* todo saber incapaz de estructurarse y formalizarse como una cadena de corolarios, cualquiera que sea el sentido de sus postulados y sus supuestos.

Ahora bien, entregado a esta actitud por todas las fibras de su ser, el hombre moderno ha decidido de una vez el signo de sus virtudes y de sus limitaciones. Pues las posibilidades lógicas de una comprensión puramente racional del universo implican precisamente la destrucción de la idea misma del universo, o en otros términos, llevan consigo la pulverización de la realidad en tantos *campos de fuerza* como perspectivas lógicas sea dado establecer sobre la misma (73). Aquello que el hombre moderno segrega en todos los cam-

(72) Aludo a la conocida teoría de MERKL sobre la «norma de habilitación», por la que el ordenamiento autocorrigió de antemano sus posibles deficiencias en la producción jerárquica de las normas. Cfr. mi trabajo cit., en *Revista de Administración Pública*, 6 (1951), págs. 67 y ss., y la literatura que allí se recoge.

(73) Cfr. F. J. CONDE: «Sociología de la Sociología», II, en *Revista de Es-*

pos de su composición lógica de los fenómenos es la relación finalista entre Dios y el hombre, la cual justamente ha gobernado la mentalidad medieval incluso en sus formulaciones más racionalistas. La ciencia tomista no está dominada por los propósitos de la ciencia moderna; no busca la predicción del futuro ni el dominio de la Naturaleza; «su meta era la sabiduría: una visión de conjunto del sentido y significación de las cosas, sobre todo del principal fin del hombre, la significación de la vida humana y de toda la creación en relación con él. De aquí que su objeto fuera lo único que daba sentido a la existencia: Dios» (74). En contraste, la ciencia moderna es mecanicista y no teleológica; no comprende el universo bajo fines últimos presupuestos, sino que describe sus estructuras dentro de su rígida legalidad, y de esta forma, si se plantea el problema de la conducta humana, es sencillamente en los términos de la previsión razonable, de su ajuste a las pautas técnicas de la estructura en que el hombre está inscrito. «En oposición a la idea medieval del retorno a Dios y de la contemplación de su verdad como bien último del hombre, estos hombres quieren encontrar ese bien fundamentalmente en el desarrollo de la capacidad humana para dominar la naturaleza y enriquecer así de modo sustancial la condición de su vida sobre la tierra; en el progreso casi en nuestro moderno sentido. Una tal oposición de valores implica finalmente un cambio paralelo en la comprensión de la filosofía de la Historia, desde la que ve el proceso histórico como una progresión singular y única hacia un permanente y fijo estado supraterrrestre, hacia la que lo contempla como una progresión indefinida hacia una existencia más y más ilustrada y más y más confortable en el tiempo y en el espacio...» (75).

Mas no se trata sólo de un desplazamiento en la *forma mentis*, del cual por cierto ha salido todo el sistema de la ciencia moderna (76). Es la misma realidad con la que el hombre hace su vida la que al liberarse de un canon supremo se disloca en estructuras parciales, cada una de las cuales se despliega según su propia mecánica, y con

tudios Políticos, 65 (1952), pág. 27: «La opción por la *private reason* tenía que desembocar en la progresiva autonomía y desvinculación recíprocas de las diferentes regiones de la realidad. Cada una empieza a seguir su propia *ratio*.»

(74) RANDALL, ob. cit., pág. 103.

(75) HIRAM HAYDN: *The Counter-Renaissance*, Scribner's Sons, Nueva York, 1950, págs. 29-30.

(76) Cfr. sobre este punto A. N. WHITHEAD: *Science and the Modern World*, 1926, y K. WALKER, *Meaning and Purpose*, Wyman, Harmondsworth-Middlesex, ed., 1950, págs. 26 y ss.

ello automatiza los patrones de conducta que son impuestos al hombre no desde una comprensión íntegra de su ser y de sus exigencias trascendentales, sino desde la *lex artis* de la estructura parcial en que ese hombre, para un caso dado, es considerado. Con lo cual se opera aquella *objetivación* parcial y fragmentaria de las formas de vida, que a la postre es una *deshumanización* total de su sentido más íntimo (77). Desde el momento en que cada estructura parcial de relación entre hombres determina a ésta exclusivamente en consideración a sus valoraciones específicas, queda cada una *abierta* a sus máximas posibilidades funcionales; pero en cuanto la vida humana se secciona por virtud de tales cortes sistemáticos, queda *cerrada* toda posibilidad de valoración del hombre en su radicalidad esencial, y por ello en la trascendencia que postula. Así, toda la grandeza, pero también toda la miseria, todos los contrasentidos de la civilización moderna se explican por esta construcción técnicamente irreprochable de todas las formas de cooperación social —la economía, la política, el arte, la cultura, la técnica—, a la cual, empero, le ha faltado *a nativitate* el estar presidida por un principio soberano de dominación, que para la Edad Media fué Dios, pero que para los tiempos modernos no ha podido ser, por su propia constitución, el hombre. En su última obra —al margen sus supuestos filosóficos y sus postulados— ha conseguido Berdiajev expresar esta dislocación básica de la vida humana en términos categóricos: «Desde el fin de la Edad Media el hombre ha seguido el camino de la autonomía de las diferentes esferas de la actividad humana. En los siglos de la historia moderna... comienzan todas las esferas de la cultura y de la vida social a vivir y a desarrollarse sólo según sus propias leyes, sin quedar su-peditadas a un centro espiritual. De este modo pudieron desarrollarse las fuerzas creadoras del hombre, que en la Edad Media estaban vinculadas. Política, economía, ciencia, técnica, nacionalidad, etcétera, no conocen una ley ética suprema, un alto principio espiritual erguido sobre ellas. El maquiavelismo en la política, el capitalismo en la economía, el «cientificismo» en la ciencia, el absoluto dominio de la ciencia sobre el hombre, son todos criaturas de esta

(77) Cfr. E. SPRANGER: *Formas de vida*, t. e. de R. de la Serna, Buenos Aires, 1946; especialmente págs. 134 y ss. Esta «enajenación» de la personalidad fué percibida en todo su alcance por MARX, mas ciertamente atribuída en su producción a una motivación insuficiente: la división del trabajo. Cfr. HANS BARTH: *Verdad e ideología*, t. e. de J. Bazant, F. C. E., Méjico (1.ª ed. al., 1945), 1951, págs. 110 y siguientes.

autonomía. La contradicción fundamental y siniestra en el destino del hombre europeo ha sido la circunstancia de que la autonomía de las diferentes esferas de su actividad no es de manera alguna la autonomía del hombre mismo como un ser total. El hombre ha sido esclavizado más y más por las esferas autónomas, mientras que ellas no se han supeditado al espíritu humano» (78).

2. Mas ¿hasta qué punto es cierto que el despliegue de todas esas estructuras autónomas ha carecido de centro? El solo pensamiento de que las diferentes esferas en las que el hombre ha operado una vivisección de su alma hayan podido desplegar sus inmensas posibilidades fuera de toda pauta, parece a primera vista absurdo. Las exigencias de la economía y de la técnica han chocado muchas veces con las de la política, la ciencia pura, el arte y hasta la misma estabilidad social, y, sin embargo, la civilización occidental ha alcanzado, cuantitativamente hablando, su plenitud, precisamente merced a esa polifonía de actividades. Más bien parece que esta irradiación de formas ha sido pautada por una regla de orden que ha conducido el desarrollo pluridimensional, salvando en lo posible las contradicciones internas, estimulando las posiciones rezagadas y corrigiendo y frenando las desviaciones y los crecimientos hipertróficos. Y justamente no ha sido otro el papel del Estado moderno ni otro el sentido del moderno Derecho positivo.

El Estado confiere a la sociedad moderna como complejo de estructuras objetivas autónomas, tanto espirituales como materiales, el carácter de totalidad sistemática, y asume así con su mecánica formal el papel de principio ordenador. Desconocer esta potencial vocación del Estado, que hoy alcanza su plena y decisiva actualización, es renunciar a hacerse cargo del «marco de posibilidades de orden» que están dadas por ese *sentido* a lo que es sin duda la más alta creación técnica del hombre: el Estado moderno. Para aprehender tal tendencia es preciso penetrar en la *ratio* de la política, de la legalidad intrínseca de esta otra esfera, cuya autonomía es una postulación funcional de la autonomía de las demás.

Tampoco el Estado moderno constituye en su aparición un fenómeno que pueda ser referido a puros hechos susceptibles de una cronología rigurosa. Si se toman en consideración sus formas institucio-

(78) Cfr. *Das Reich des Geites und das Reich des Caesar*, Holle, Darmstadt, 1952, págs. 57-58.

nalizadas antes que su proceso de integración conceptual (79), la cuestión no se aclara más. Hay quien toma como referencia de origen la formación de los reinos, repúblicas, principados y tiranías de la Italia de los siglos XII a XIV, mientras que, de otro lado, se prefiere por otros situar la nueva organización política en los tres poderosos Estados nacionales, Inglaterra, Francia y España, que —bajo Enrique VII (1485-1509), Luis XI (1461-1483) y Fernando de Aragón (1479-1516)— entre el siglo XV y el siglo XVI dominan el escenario político de Europa. En realidad estas discrepancias están plenamente justificadas por el hecho mismo de que el Estado moderno —como dice Friedrich (80)—, más que nacer en un momento dado, *emerge* sobre un fondo histórico que le va proporcionando sus ingredientes más básicos, hasta terminar por desprenderse y definirse como una formación acabada en sus rasgos cuando se consuman los tres intentos más vigorosos de su articulación —España, Francia e Inglaterra—, los cuales por su mera multiplicidad están inexorablemente llamados a la lucha por la hegemonía universal (81).

El Estado moderno como unidad puramente política, establecida sobre un territorio determinado sometido al Derecho impuesto coactivamente sobre él, es —o más exactamente comienza por ser— una

(79) Este es el punto de vista adoptado por VON DER HEYDTE (ob. cit.), para el cual llamar *Estados* a las vinculaciones políticas de los siglos X, XI o XII es un anacronismo tan poco justificado como el de llamar ferrocarril a la diligencia del siglo XVIII o divisiones acorazadas a la caballería del siglo XIX (pág. 41). Para dicho autor en el tránsito del siglo XIII al XIV debe situarse el momento de la aparición del Estado en el sentido moderno (pág. 42).

(80) CARL J. FRIEDRICH: *The Age of the Baroque 1610-1660*, Harpers Brothers, Nueva York, 1952, pág. 1.

(81) El primer pensador que se esforzó en caracterizar los rasgos específicos del Estado moderno frente a las *comunidades* políticas medievales fué GIERKE. La discusión en torno al «Estado» de la Edad Media, cuya existencia afirman von BELOW (ob. cit.) y H. MITTEIS (*Der Staat des hohen Mittelalters*, 2.ª ed., Munich, 1948), es en gran parte puramente terminológica. Sobre este punto es fundamental O. BRUNNER: *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands Mittelalter*, 1939, 3.ª ed., 1943. La consideración especial de los Estados italianos como primeras formaciones políticas de tipo moderno arranca de BURCKHARDT. Una buena exposición en este sentido es la de W. NAEF: *La idea del Estado en la Edad Moderna*, t. e. de González Vicen, Nueva Epoca, Madrid, 1946. Para GERHARD RITTER: *Die Neugestaltung Europas im 16 Jahrhundert*, Druckhauses Tempelhof, Berlín 1950, págs. 24 y ss., el Estado moderno no es en Italia donde aparece, sino en las grandes monarquías occidentales: Inglaterra, Francia y España. Sobre la aparición del término *estat* en Francia, hacia 1300, véase VON DER HEYDTE, ob. cit., pág. 43, nota.

organización (82) de medios y de personas, calculada técnicamente con vistas a la *seguridad* general, a la que esta proyección de seguridad ha ido constantemente modelando merced a una subordinación progresiva de todo tipo de realidad y de toda tabla de valores, a un principio abstracto y neutral de *orden*, del cual el propio Estado ha sido y es el instrumento más poderoso. El tipo de poder que el Estado moderno representa aparece psicológicamente reclamado por la actitud del hombre, que ordena su vida con vistas predominantemente hacia *este mundo*; que quiere conseguir en él la consumación de las formas más altas de su personalidad y que precisa de una plataforma de seguridad para proyectar y forjar en este mundo su destino. En este sentido el Estado es el fenómeno más importante de la cultura moderna: en primer término por cuanto constituye el postulado inmediato del giro espiritual que ha determinado al hombre moderno, y en segundo lugar debido a que cualquiera que sea su política el Estado ha hecho posible esa cultura en su desarrollo histórico.

La *inseguridad* del mundo para el hombre medieval formaba parte integrante de su comprensión de la realidad. Pues todo lo que sobre este mundo se le había prometido, no como una eventualidad, sino como la naturaleza misma de la vida mundana, pertenecía al reino del pecado. «El concepto de la seguridad moderna —escribe Friedell— fué extraño a la Edad Media. Todo desplazamiento implicaba una difícil resolución, algo así como en la actualidad una arriesgada operación quirúrgica; cualquier paso estaba rodeado de peligros, incidencias, contrasentidos: la vida entera era una aventura» (83). El concepto medieval de *orden* es irreductible al sentido del *orden político moderno*. El primero es un orden de contenidos espirituales concretos, determinado por la constitución cristiana de la Humanidad y que por sus mismas exigencias escatológicas negaba la posibilidad de un orden perfecto en esta vida. La inseguridad, pues, pertenecía a ésta constitutivamente. Ahora bien, el orden que reclama el hombre moderno es por completo diferente. Forma parte de otra com-

(82) El Estado no es, desde luego, sólo *organización*; pero comienza por serlo. Pertenecce, como se verá, a las exigencias cada vez mayores de esta organización el «sustancializarse». Así, afirmaciones como esta de E. FRIEDEL, ob. cit., tomo I, pág. 21: «... el Estado no es meramente una organización, sino un organismo, una alta sustancia vital con propias condiciones de existencia y leyes de desarrollo frecuentemente muy absurdas, pero siempre muy reales», pisan ya el terreno de la expansión ideológica del Estado y no aprehenden su verdadera condición histórica.

(83) Ob. cit., I, pág. 85.

prensión de la realidad según su propia mecánica, que determina un orden funcionalmente proyectado, del cual todo juicio de valor queda proscrito. El Estado moderno es un producto hecho y rehecho por el hombre de la razón moderna, actuando una y otra vez bajo el señuelo de que también esta coexistencia de los hombres tiene su legalidad natural, su *constitución* y su *modus operandi* propios. Estas pautas básicas tienen por contenido el principio de la determinación autoritaria de un tipo de conductas individuales que haga posible la satisfacción en el intercambio social de un sistema de necesidades espontáneamente desarrollado. Así, en la genealogía misma del orden político moderno se ha afirmado el primado de lo *público* como prerequisite necesario de lo privado, y el despliegue histórico de esta organización de seguridad está dominado por una ley de crecimiento del poder (84), que no es sino el resultado del hecho de que la *seguridad* de la existencia se hace más y más exigente a medida que el intercambio social se hace más complejo, más rico; pero también más anárquico.

El carácter de inexcusable imperatividad que el Estado confiere a todos sus actos es un corolario necesario de su constitución para la seguridad. El Estado no garantiza la salvación de la persona humana, pero garantiza el que puedan funcionar conforme a su propia dinámica todas las estructuras de relación social en que el hombre está inscrito. Y el funcionamiento de estas estructuras constituye la vida misma del hombre moderno, pues aun los estratos más íntimos e intransferibles de ésta aparecen condicionados a la técnica organizada de la satisfacción de necesidades de toda clase (85). Así pues, las

(84) Cfr. BERTRAND DE JOUVENEL: *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Bourquin, Ginebra, 1947, pág. 20: «Desde el siglo XII al XVIII el Poder público no ha dejado de crecer. El fenómeno era comprendido por todos los testigos, evocaba protestas renovadas sin cesar, reacciones violentas. Desde entonces ha continuado desarrollándose a un ritmo acelerado y extendiendo la guerra a medida que él mismo se extendía. Y nosotros no lo comprendemos, no protestamos, no reaccionamos.» El hecho es históricamente exacto, pero Jouvanel es uno de los más brillantes expositores del pensamiento que en la actualidad ve en el Estado una coraza de hierro que oprime a la sociedad; pensamiento que no quiere caer en cuenta de que la estructura misma de esa sociedad, tal como ha sido constituida por el hombre moderno, postula de suyo al Estado, y al grado actual de desarrollo de esa sociedad pertenece también de suyo el Estado contemporáneo de seguridad social.

(85) He aquí los efectos que un sociólogo moderno atribuye al paro: «Para el hombre, sin embargo, la catástrofe no estriba meramente en la desaparición de la posibilidad externa de trabajo, sino también en el hecho de que el elaborado sis-

relaciones trascendentales que constituyen el fundamento del orden medieval se ven sustituidas radicalmente por una relación sociológica Estado-sociedad, de la cual las esencias espirituales han sido cuando menos relegadas a un segundo plano. El Estado plantea todos los problemas en términos de una comprensión objetiva de la realidad; los episodios individuales son traducidos a un léxico de categorías sociológicas, son medidos con respecto a sus efectos sobre la articulación de piezas en el organismo acabado en el tiempo y en el espacio que es una comunidad política, cuyo constitutivo carácter de totalidad es lo que precisamente otorga al Estado su sentido. Para una sociedad que se comprende a sí misma, en cuanto vida organizada, como el máximo valor digno de custodia, la seguridad no tiene precio. Una buena política será la que no exija, so pretexto de tal seguridad, más que lo efectivamente preciso; pero en cuanto en efecto lo sea, tiene que ser admitido como positivo y como políticamente válido. «El Estado como unidad política decisiva —escribía hace años Carl Schmitt— ha concentrado en sí un poder terrible: la posibilidad de hacer la guerra y de disponer así abiertamente de la vida de los hombres», y a renglón seguido, sin percibir en qué medida expresaba una inferencia causal, añadía: «Pero la actividad de un Estado normal consiste sobre todo en procurar dentro del Estado y de su territorio la completa pacificación, mantener la *paz, la seguridad y el orden*, creando así la situación normal, que es el supuesto para que las normas jurídicas puedan tener validez...» (86).

3. Desde los albores del mundo moderno ha estado el orden político dominado por la estructura sociológica de la ciudad. Y como ésta, es un orden artificial técnicamente calculado. «El campesino vive vegetativa y orgánicamente; el hombre de la ciudad, cerebral y mecánicamente; en el campo el hombre es un producto natural del ambiente, en la ciudad el ambiente es un producto artificial del hombre» (87). El renacimiento urbanístico, que tiene lugar entre

tema emocional, en conexión tan estrecha como está con el funcionamiento sin rozamientos de las instituciones sociales, ahora pierde los objetos en que se fijaba.» MANNHEIM: *Libertad y planificación*, t. e. (1.ª ed. al., 1935), de R. Landa, Fondo C. E., Méjico, 2.ª ed., 1946, pág. 131.

(86) *El concepto de la política*, t. e. de F. J. Conde (1.ª ed. al., 1927), Cultura Española, Madrid, 1941, págs. 142-143.

(87) FRIEDEL, ob. cit., pág. 121.

los siglos XI y XIII, especialmente en Francia y en Italia (88), forma ya parte del proceso de gestación del Estado moderno. Pues la ciudad, con sus complejas formas de intercambio, con su organización de servicios, con sus nuevas técnicas económicas, con sus procedimientos expeditivos de arbitraje y compensación de intereses, y hasta con sus nuevas formas culturales, es el microcosmos artificialmente ordenado que ha servido al Estado moderno de reclamo. La experiencia burguesa por virtud de la cual el hombre percibe con impresionantemente vigencia lo comunitario, precisamente en la solución jurídica de sus conflictos de intereses con los demás, ha proporcionado el paradigma al moderno sistema de Estados y a la diplomacia europea (89). «El movimiento de las ciudades —escribe Mumford— desde el siglo X en adelante es un relato de antiguos establecimientos urbanos que se convierten gradualmente en ciudades con gobierno propio y en nuevos establecimientos que se fundan bajo los auspicios de un señor feudal, con privilegios y derechos que servían para atraer grupos permanentes de artesanos y mercaderes. La carta de la ciudad era un contrato social; la ciudad libre tenía *seguridad legal*, así como *seguridad* militar, y el hecho de vivir en la ciudad corporada (*sic*) durante un año y un día anulaba todas las obligaciones de la esclavitud. En consecuencia, la ciudad medieval se convirtió en un ambiente selectivo que agrupaba a los más hábiles, a los más aventureros, a los más prominentes, y, en consecuencia, casi con seguridad a la parte más inteligente de la población» (90). El tipo de seguridad sobre la que el Estado se proyecta lleva consigo la condición de *cerrada* que comporta la comunidad política moderna, y con ella la fijación política del espacio. La seguridad que el Estado garantiza es la indemnidad frente al exterior y el respeto de los usos de intercambio que en el interior se postulan como sociológicamente válidos. Estas garantías sólo pueden hacerse efectivas dentro de un territorio acotado, en el cual la mera fijación de límites visibiliza plásticamente la existencia de un nuevo orden. Esta fijación espacial del poder, extraña al orden político del Imperio (91), viene determinada tanto por exigencias militares como por la estructura sociológica limitada

(88) Cfr. MUMFORD: *La cultura de las ciudades*, t. e. de C. M. Reyles, Emecé, Buenos Aires, 1945, t. I, págs. 36 y ss.

(89) Cfr. HEER: *Aufgang Europas*, cit., pág. 567.

(90) Ob. cit., I, pág. 45.

(91) Cfr. LAGARDE: *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, Presses Universitaires, Paris, 2.^a ed., 1948, I, pág. 147.

que al Estado suministra sus contenidos de valor. Las condiciones de la agresión exterior se transformaron por completo al generalizarse en el siglo XIV la lucha mediante proyectiles (92), tendiendo a promover una ordenación defensiva del espacio; así, la frontera es un concepto clave del moderno Derecho político, en el sentido de que la sola alegación del punto del espacio en que un hecho se ha producido (o incluso puede producirse) justifica sin más una consecuencia jurídica. El Estado se constituye como un organismo de protección de la coexistencia de unos hombres dentro de un espacio determinado, y la invocación de tal protección basta para dirimir toda controversia. «Símbolo de la creación de la tiranía sobre las ruinas de los organismos autónomos nobiliarios fué la transformación en función estatal de la costumbre de la *defensa*; de ésta, que había sido antes tutela del feudatario sobre el encomendado, Federico hizo... un instrumento de política paternalista: a la necesidad de protección política que sentían los súbditos más oprimidos respondió dando forma legal a la costumbre popular de la invocación, pero sustituyendo a la protección de los feudatarios la defensa del soberano» (93). En la disputa entre Felipe el Hermoso y Bonifacio VIII, en la que por vez primera se formula con rigor conceptual el ámbito de exigencias del Estado moderno, el principio de protección arrasa toda oposición dialéctica: «Antes de que hubiera ningún clérigo —responde Felipe al Pontífice— el Rey de Francia había asumido la defensa de sus dominios» (94). En la *Disputatio inter clericum et militem*, uno de los documentos más valiosos de la publicística de la época, el principio se esgrime una y otra vez cubriendo todas las pretensiones: «Videtis ergo quod omnis anima erit subdita et vectigalis et tributaria.» Toda alma debe pagar impuesto. Todo Estado, a su voluntad, puede y debe *para la defensa de la república* imponer un tributo, y nadie puede sustraerse a esta regla de interés público (95).

Toda la estructura conceptual sobre la que el Estado moderno trata de comprenderse a sí mismo está dominada por el principio de

(92) AILLERET: *Histoire de l'armement*, Presses Universitaires, París, 1948. páginas 19 y ss.

(93) G. PEPE: *Lo Stato ghibellino di Federico II*, Laterza, Bari, 2.ª ed., 1951, página 13.

(94) Cit. CH. H. MC. ILWAIN: *The Growth of Political Thought in the West*, Mac Millan, Nueva York, 7.ª ed., 1950, pág. 240.

(95) Cit. LAGARDE, ob. cit., I, pág. 250. El subrayado es mío.

seguridad. La idea del *contrato social*, tanto como la del Estado como *communitas perfecta* (96), dan por supuesto que sólo en la ordenación política es posible la vida del hombre en su plenitud ontológica. Estas ideas entran en liza precisamente a la caída de los tiempos medievales. Para Dante «la misión propia del género humano, considerado en su totalidad, es actuar continuamente la plenitud de potencia de la inteligencia, primero por la especulación, después por vía de consecuencia, por la práctica. Ahora bien, partes y todo obedecen a las mismas leyes: si el individuo adquiere prudencia y sabiduría, viviendo apacible y tranquilamente, el género humano, paralelamente, se consagra libre y fácilmente a su misión propia cuando goza de paz y de reposo» (97). En los *Comentarios* de Santo Tomás a la *Política* de Aristóteles se lee: «Necesse est quod hoc totum quod est civitas sit principalius omnibus totis, quae rationes humana agnoscí et constitui possunt» (98); para Egidio Romano, «in omnibus hominibus est quidam naturalis impetus ad communitatem civitatis» (99). Esta vía conduce a una *integración ideológica* del Estado moderno, que forma parte esencial de su misma realidad. La comprensión del tipo de orden que el Estado instaura exige hacerse cargo del hecho de que, no obstante tratarse de un ajuste de los intereses concretos de una sociedad en expansión —y por lo mismo extraño a toda concepción de valor que no refleje las exigencias sociológicas de esa realidad de fondo— aparece el Estado como portador espiritual de esta realidad, como si fuese su principio generador, siendo así que de hecho ha sido sólo su supuesto condicionante.

Las exigencias cada vez más amplias de la subordinación de los intereses parciales a la mecánica del conjunto han ido forzando paso a paso la *sustanciación* de este instrumento organizado, en algo por sí mismo óntico, en que el individuo aparece como integrante. Ahora bien, esta integración es, consecuentemente con el carácter funcional de la organización, una verdadera manipulación, que llega a ser tan extremada como exige la progresiva multiplicación de dependencias individuales que el intercambio social, cada vez más desarrollado, reclama. El Estado comienza así un proceso histórico que no ha de clarificarse hasta la Revolución francesa, a lo largo del cual se con-

(96) Cfr. VON DER HEYDTE, ob. cit., págs. 166 y ss.; LAGARDE, ob. cit., I, páginas 177 y ss.

(97) *De Monarchia*, c. IV.

(98) LAGARDE, ob. cit., I, pág. 179, n. 20.

(99) *De Regimini Principum*, III, 1, 1.

vierte en el instrumento efectivo y eficaz para la materialización de unas normas que son «justas» en la medida que sirven a la expansión de la vida social, que está promoviendo la aplicación de la razón mecánica a todas las esferas. Asume todos los títulos y se magnifica por medio de los atributos más llamativos, pero su orden, bien que cada día más efectivo, es pasivo en sus contenidos: la política no conforma a la sociedad, sino que ajusta a los individuos a los hábitos que reclama esa misma sociedad en su espontáneo desarrollo. La ceguera al valor de la política, lejos de ser, como se pretende, aquel rasgo que constituye esta esfera de la actividad humana en su concreta autonomía, es un rasgo común a todas las formas de objetivación total del individuo: la economía, la ciencia, la técnica, la guerra y hasta el arte han asumido esa neutralidad ética al mismo tiempo. Lo que constituye en autónoma la realidad política es precisamente la *lex artis* de una actividad que va intencionalmente proyectada hacia la totalidad social en su comprensión más abstracta, y que justamente por ello tiene la seguridad y el poder que la sostiene como módulos exclusivos de valor.

4. La hipóstasis del Estado se lleva conceptualmente a cabo subrogándole paso a paso en la figura del Imperio —que como se ha hecho ver estaba referida a un orden de contenidos trascendentales concretos—, y también mediante una transposición teológica de atributos y conceptos que permiten erigirlo en la entidad suprema del orden telúrico. Al primer paso corresponde la elaboración de las fórmulas de la *exceptio* de un territorio determinado al poder universal del Imperio, la reducción de este poder universal a meramente *de jure*, la pretensión de que el Rey en sus dominios no reconoce soberano, el concepto *civitas sibi princeps*, la afirmación de que el príncipe tiene *in territorio suo tantum ius quantum imperator in imperio*, y finalmente la de que *rex in regno suo imperator est* (100).

(100) Para todo este desarrollo conceptual me apoyo en VON DER HEYDTE, ob. cit., págs. 59-89. La elaboración en la Baja Edad Media de estas fórmulas, y con estilo indiscutiblemente medieval, justifica la afirmación del mencionado autor en el sentido de que «del concepto de Imperio de la Edad Media nacen tanto el concepto de Estado como el de comunidad internacional. La parte, es decir, el naciente Estado, se formó según el todo, es decir, el Imperio» (pág. 21). Ahora bien, esta transposición de conceptos de una realidad a otra tan diferente es justamente ideológica. Los trabajos de F. CALASSO: «Origini italiane della formola *rex in regno suo*, etc.», en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 3 (1930), e *I glossatori e la teoria della sovranità*, 2.ª ed., Milán, 1931, son asimismo de la mayor importancia.

En el segundo aspecto juega un máximo papel la reinterpretación averroísta de la filosofía política de Aristóteles. Ya en Avicena, Dios aparece como una fuerza natural que se despliega por su propia inercia metafísica y que crea por sí mismo, como en virtud de una ley natural: «Este Dios plotiniano conoce el mundo que se escapa de él, pero no lo gobierna con amor, y los individuos que luchan lejos de él en el sufrimiento del mundo sensible, le son indiferentes, los ignora. No ve más que las líneas generales de la creación, los tipos específicos...» (101). Pero el averroísmo latino —un tipo mecanicista de pensamiento que va desde el siglo XIII a mediados del XVI, y en el que se educan Siger de Brabante, Juan de Jandum y Marsilio de Padua y que llega hasta los bordes mismos de la física galileana— ha sido uno de los más poderosos ingredientes de la concepción modernista del mundo (102). Su influencia se ha desplegado sobre todo en tres aspectos. En primer lugar, por su concepción rigurosamente mecánica del mundo, en la que Dios juega el papel de primer principio en un universo que constituye una totalidad lógica y cerrada; por la construcción de la sociedad política como un reflejo exacto de esa ordenación mecánica, y consecuentemente, de la idea del príncipe como *imago Dei*, y finalmente por el corte sistemático que opera entre la razón y la fe, que habilita la autonomía del saber científico, dando paso a la teoría de la doble verdad. La interpretación averroísta de la teoría política de Aristóteles, partiendo del carácter natural de la sociedad política, implica el significado de que esta sociedad está regida por una legalidad natural inderogable. «Un Rey averroísta debe naturalmente imitar a su Dios. El se considera, pues, como el fin hacia el cual gravitan sus súbditos... El Rey es la luz y sus rayos iluminan todas las partes de su reino. La gloria y la riqueza le son debidas, puesto que es preciso que aparezca —la palabra será pronunciada por Giles de Roma— como un semidiós» (103). Prosiguiendo esta línea se pone en marcha el proceso de divinización del Estado moderno, que es el antecedente dialéctico del proceso actualmente en curso de su *diabolización* (104). Es cierto que ya la teoría medieval venía trabajando con una poderosa simbólica tras-

(101) LANDRY, ob. cit., pág. 92.

(102) V. MANDONNET: *Siger de Brabant et l'averroïsme latin au XIII^e siècle*, dos vols., Lovaina, 1911; PICAVET: *La science expérimentale au XIII^e siècle*, París, 1894; LANDRY, ob. cit., págs. 103-118; VON DER HEYDTE, ob. cit., págs. 179-184.

(103) LANDRY, ob. cit., pág. 114.

(104) El término ha sido usado en este sentido por F. J. CONDE.

cidental, que hacía del Monarca vicario de Dios; pero con ella no quería sino subrayar la dependencia del poder político del orden cristiano; ahora se trata de algo por completo distinto. La *imago Dei*, según esta línea, trata de expresar el hecho que los súbditos «son la materia social que los funcionarios reales triturar para la mayor gloria de su dueño... materia social esta expresión será incluso proferida, y tiene una terrible equiparación en la filosofía averroísta... la materia de Averroes, en efecto, es un principio inerte maleable a voluntad, y cuya forma se consigue siempre modelar empleando los medios adecuados... una materia social será elaborada de la misma forma; los individuos no tendrán que ser consultados sobre sus deseos y sus necesidades. Los jefes juzgarán sus aptitudes y las emplearán como materiales más o menos sólidos en la construcción de la ciudad» (105). Todo el ideario político y la concepción técnica del poder de Federico II están impregnados de esta visión mecánica de la realidad social (106).

5. Al cabo de este proceso, en el que paralelamente se ha operado una estructuración técnica del poder y una integración ideológica del mismo, el Estado desde el siglo XVI está en condiciones de servir de plataforma de seguridad al despliegue de la razón social moderna, esto es, al avance y desarrollo sistemáticos de la sociedad en todas sus estructuras parciales de relación objetiva. Ha conseguido la seguridad pública. La Reforma, cuando no ha jugado un papel de estímulo positivo, ha eliminado toda posibilidad de una reintegración espiritual del mundo sobre valores concretos, y al propio tiempo ha proporcionado la oportunidad para reducir lo religioso a la vida íntima del individuo, y con ella la de que aquellas estructuras funcionen con arreglo a su dinámica inmanente y neutral. Las dos fuerzas más poderosas de constitución de la vida moderna, la economía y la ciencia natural racionalista, con su versión en la técnica, han sido animadas y alimentadas por el Estado bajo los programas políticos del mercantilismo y del despotismo ilustrado. Lejos de lo que es tópico creer, el mercantilismo ha sido mucho menos un sistema de política económica que una constitución política de la sociedad sobre bases económicas. «La preocupación por el *Estado* se

(105) LANDRY, ob. cit., pág. 116. Sobre el cambio de sentido de la *divinización* cfr. VON DER HEYDTE, ob. cit., págs. 329-330, n.

(106) LANDRY, ob. cit., págs. 119-121.

destaca, en efecto, en el centro de las tendencias mercantilistas tal y como éstas se desarrollan históricamente; el Estado es a la par el sujeto y el objeto de la política económica del mercantilismo» (107). «Hubo —escribe Friedrich— variaciones de los sucesivos períodos y considerables diferencias entre los distintos países. Pero la idea central del mercantilismo... fué la asignación al Estado del papel central en la consecución del bienestar económico. El Estado a este respecto es comprendido como una organización secular con objetivos más bien expeditivos y prácticos que morales. En cierto sentido el mercantilismo es mucho más una teoría política que económica» (108). El Estado es ni más ni menos esa sociedad impulsada por sus propios estímulos en su formalización mecánica más extremada. Por absoluto que sea su poder no es un poder de conformación, sino de estímulo, de fomento y desarrollo de unas exigencias que el Estado no formula en nombre de principios trascendentales, sino que recoge en el curso de un proceso cuyas necesidades capta en todo momento. Sólo esta condición refleja del orden del Estado explica la a primera vista incongruente política ilustrada que a la postre iba a conducir a la liquidación de las titularidades jurídicas del poder, pero que en definitiva es la mejor prueba de la lógica interna del proceso histórico del Estado. Pues el Estado absoluto había dejado suelto un cabo por el que denunciaba su origen técnico-racional: «Nous avions —dice Tocqueville— conservé une liberté dans la ruine de toutes les autres : nous pouvions philosopher presque sans contrainte, sur l'origine des sociétés, sur la nature essentielle des gouvernements et sur les droits primordiaux du genre humain» (109). Así, pues, estuvo el Estado siempre abierto por su constitución espiritual misma a su renovación revolucionaria y a su crecimiento y desarrollo en la misma línea de despliegue racional de la sociedad. Esto es lo que hay de cierto, sin menoscabar el significado revolucionario de los acontecimientos, en la tesis de Tocqueville de que la Revolución francesa «fué cualquier otra cosa que un acontecimiento fortuito... si no hubiera tenido lugar el viejo edificio social no se habría derrumbado menos, aquí más pronto, allí más tarde; únicamente habría seguido cayendo pieza por pieza en lugar de desplomarse de golpe. La Revolución ha acabado

(107) HECKSCHER: *La época mercantilista* (1.^a ed. sueca, 1931), t. e. de W. Rocces, F. C. E., Méjico, 1943, pág. 5.

(108) Cfr. *The Age of the Baroque*, cit., pág. 12.

(109) V. *L'Ancien Régime et la Révolution*, en la ed. de *Oeuvres complètes*, Gallimard, París, 1952, t. II, pág. 196.

súbitamente, por un esfuerzo convulsivo y doloroso, sin transición, sin precaución, sin consideraciones, lo que se hubiera consumado poco a poco por sí mismo a la larga» (110).

«Al amparo de la seguridad que ofrece el orden del Estado absoluto, el europeo constituye de hecho el magno orden *natural* de la economía capitalista. Esta nueva experiencia va a autorizar un ensayo general en la realidad y en el pensamiento: el intento de constituir todas las regiones de la realidad humana partiendo de la intuición de un nuevo esquema de orden, que, como el de la economía capitalista, es un orden por *concurrentia*, el único que va a parecer compatible con la libertad, el trasunto mismo del *orden de la libertad*, creado en el despliegue de la razón privada. En el curso de ese despliegue se ha ido moldeando el nuevo modo de sentir la realidad interhumana como *social...*» (111). En estas palabras de F. J. Conde se capta el último momento dialéctico del magno proceso constructivo de la coexistencia, llevado a cabo en el sucesivo ajuste automático de todas las estructuras parciales en que el hombre teje su vida social. Si el Estado absoluto constituye la plataforma de autoridad sobre la que esas estructuras logran alzarse y dominar con su legalidad específica una parcela de vida, llega un momento en el que ellas mismas por su propia inercia arrastran tan efectiva y eficientemente al hombre en su juego que todas las correcciones *desde fuera* parecen innecesarias. El Estado absoluto es entonces un pesado aparato ortopédico cuya función ha caducado. La nueva forma de Estado —no más débil, sino más refleja, más *superestructural*— será aquella que erija en imperativo de autoridad el imperativo técnico de ajuste de las estructuras en concurrentia. Será el *Estado de Derecho* la forma jurídica más madura de la *vida moderna*, en la que el Derecho positivo denuncia en forma inequívoca su sentido.

6. El sentido del Derecho moderno está caracterizado por las siguientes notas. En primer término es un Derecho sin contenidos concretos de valor, cuya validez descansa exclusivamente en la corrección de su proceso de producción: es *positivo*; en segundo lugar es un Derecho *objetivo* en su carácter de predeterminación *a priori* de supuestos que afectan a cualquier sujeto que incurra en ellos:

(110) Ob. cit., pág. 96.

(111) F. J. CONDE: «Sociología de la sociología. La revolución», en *Revista de Estudios Políticos*, 65 (1952), pág. 25. Los entrecorillados pertenecen al texto transcrito.

finalmente es un Derecho *relativo*, de validez espacio-temporal concreta.

A la pregunta de qué es lo que vale como Derecho ningún jurista moderno puede responder, *dentro de la lógica del ordenamiento jurídico*, mediante un juicio de valor ético. El carácter jurídico de un mandato no es conferido por ningún análisis de su contenido, sino por una formalización previa de la categoría real de lo jurídico. Como he querido hacer ver en otro lugar, «la norma de producción es... una regla que determina frente a un cuerpo de sujetos el carácter de normas jurídicas de ciertas declaraciones de voluntad, las cuales son consideradas por el aparato de poder como dotadas de aquella significación específica que cobran por ser precisamente suyas: En este sentido el sistema de producción es realmente una *teoría del conocimiento jurídico*, en cuanto proporciona los criterios adecuados para destacar como categoría aparte la norma jurídica de todas las demás (112). Naturalmente, el jurista puede elaborar por su cuenta un juicio de valor sobre los contenidos de la norma, mas entonces su juicio es marginal a la determinación positiva del campo jurídico sobre el que especula, y aun así, si frente a una determinada situación estuviera en manos de ese mismo jurista hacer materialmente efectivo el juicio ético que postula, se vería obligado a formalizarlo en alguna de las categorías positivas de mandato, a las que el ordenamiento confiere validez. Es cierto que cabe objetar que la realidad del Derecho no queda afectada en su esencia por el hecho de que no se haga efectivo, pero el Derecho *no es una norma de conciencia*, no cobra su significación sino en cuanto trasciende los límites de la conciencia individual. Y esta es justamente la actitud del sistema del moderno Derecho positivo: la actualización del Derecho incluso como realidad ética está subordinada a su formalización positiva. Esto implica que en principio cualquier contenido de mandato puede ser hecho valer como jurídico mediante la correcta producción del imperativo (113). El Derecho positivo es así, como queda dicho, un Derecho sin contenidos concretos de valor; su esencia es simplemente su *posición*.

Sería excesivo ver en lo dicho una condena de los contenidos de

(112) V. *Legitimidad, validez y eficacia*, cit., pág. 57-58.

(113) Cfr. Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado*, t. e. de García Maynez, México, 1950, pág. 116: «No hay ninguna especie de conducta humana que no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo de un derecho subjetivo.»

todo Derecho positivo (114). El Estado no es, como se quiere hacer ver ahora a cada paso, una encarnación diabólica del mal; pero el sentido del Derecho positivo no está intencionalmente proyectado hacia la justicia, sino hacia la seguridad. Y el primer requisito de una estructura social estable es que las formas de conducta exigibles con rigor jurídico aparezcan determinadas con precisión inequívoca. Por ello pasa a primer plano en el Estado moderno la cuestión de hacer indiscutible lo que como Derecho vale, y, en consecuencia, la ciencia del Derecho es el desarrollo lógico de esa presuposición y no una indagación sobre el valor de los contenidos de la realidad que le es *dada* como jurídica. De esta forma se ajusta la moderna jurisprudencia al estilo, que es la característica más acusada no sólo de toda la ciencia moderna, sino de la vida misma en sus formas objetivadas: la neutralización ética de la comprensión y la subordinación a la lógica inmanente de un campo temáticamente acotado.

En segundo lugar el moderno Derecho positivo es un esquema de racionalización imperativa de la realidad. Prescribe no sólo una teoría del conocimiento de lo jurídico, sino también una *ontología* de la realidad jurídicamente tomada. La lógica legislativa consiste en preestablecer los acontecimientos de la realidad situándolos en una conexión ideal de efectos jurídicos. Pero el término *acontecimientos* quiere decir aquí la conceptualización bajo determinadas notas de un hecho. Y del mismo modo que los contenidos éticos de un imperativo de justicia no existen por su sola virtualidad jurídicamente, sino cuando se formalizan de modo adecuado, los elementos facticios no existen tampoco jurídicamente más que cuando entran en la descripción normativa de la realidad. Así, Carrara decía que el delito es una «entidad puramente jurídica», y ciertamente para la lógica del Derecho penal positivo matar a un hombre constituye delito sólo cuando se lleva a cabo en forma no autorizada por la ley (115). De

(114) Tal es justamente la posición «nihilista» a que llega BERDIAJEV en su obra *La destination de l'homme*, cit., pág. 137: «La ética de la ley organiza la cotidianidad social. Esa cotidianidad cristalizada, en la que la existencia ha perdido su incandescencia, obsesiona a la vida creadora de la persona cual una pesadilla. La ley violenta y lisa la vida. Tales son los errores que debemos a la distinción jurídica entre el bien y el mal.»

(115) Constituye un evidente progreso dentro de la lógica inmanente de la dogmática penal la interpretación de las llamadas «causas de justificación» no meramente como causas de exoneración de la responsabilidad criminal, sino como supuestos en los que propiamente no hay delito, por no concurrir elementos subjetivos que condicionan la antijuricidad típica.

este modo la técnica del legislador puede, «a los efectos de esta ley», describir a su conveniencia la realidad, con vistas a los tipos concretos de conducta que considera valioso obtener. También con ello adopta la jurisprudencia el estilo de comprensión de la realidad que se investiga desde el punto de vista de la técnica propia y sin contemplaciones al «punto de vista ingenuo del sentido común». No de otra manera opera la física moderna: «La ciencia por fin —dice uno de los grandes teóricos de la física actual— se rebela contra la tendencia a unir el conocimiento exacto contenido en esas mediciones al conjunto de representaciones tradicionales de conceptos; éstas no aportan información alguna auténtica sobre el fondo de perspectiva común» (116).

Tras esta objetivación opera el impulso de construcción abstracta de relaciones sociales, que preside todo el desarrollo de la vida moderna. Pues las estructuras en que el hombre aparece inscrito, y de cuyo funcionamiento esa vida depende, no están calculadas sobre *personas*, sino que computan exclusivamente unidades humanas. Y el Derecho positivo no es sino el campo gravitatorio en que esas estructuras discurren y merced al cual encuentra cada una su posición funcional en el todo. Esta objetivación significa el valor máximo de construcción del Derecho positivo moderno. Mediante ella sustituye el *gobierno de hombres* por el *gobierno de leyes*. Pero esto quiere decir fundamentalmente que se regulan acciones referidas a sujetos anónimos, y no, como ingenuamente creía el utopismo democrático, que se haya derogado por ese expediente la constante sociológica de la dominación de unos hombres sobre otros. Pero de cualquiera manera este es un hecho positivamente moderno. «Casi se está tentado decir —escribe Von der Heydte— que la Edad Media, hasta el siglo XIII, apenas si ha conocido un Derecho objetivo en el sentido actual. En los siglos XI y XII se pensaba primordialmente en pretensiones jurídicas subjetivas, las cuales, tal como aparece, estaban fundadas en la justicia y su satisfacción significaba la justicia. Estas pretensiones jurídicas subjetivas encontraban su correlato en el deber ético de cumplir la justicia» (117).

Finalmente aparece el moderno Derecho positivo como una realidad totalmente dominada por las categorías de espacio y tiempo. Las razones de fondo de que esto sea así han sido anticipadas al exponer

(116) V. EDDINGTON: *La naturaleza del mundo físico*, t. e. C. M. Reyles, Buenos Aires, 1945, pág. 13.

(117) V. VON DER HEYDTE, ob. cit., pág. 306.

las causas de la fijación territorial y del formal hermetismo de la moderna comunidad política. Pero nadie ha conseguido expresar mejor que Hans Kelsen —quien representa por muchos conceptos el pensamiento jurídico moderno más fiel a su propio sentido— la rigurosa determinación que estos requisitos de espacio y tiempo imponen a la categoría de lo jurídico. «Con arreglo al sentido de las normas del Derecho —dice—, un hombre debe realizar en cierto lugar, en determinado espacio y en alguna ocasión, en un momento determinado, un cierto hecho como condición de que en cierta ocasión y en cierto lugar se realice otro, consecuencia del primero. La validez de las normas constitutivas del orden del Estado es, pues, una validez tempoespacial, en el sentido de que dichas normas tienen como contenido determinados acontecimientos encuadrados espacial y temporalmente» (118). Inmediatamente Kelsen cae en la cuenta de que precisamente *espacio* y *tiempo* son las formas de la intuición del ser como realidad natural (Kant) y que con ello su comprensión de lo jurídico como puro *deber ser* parece debilitarse en un aspecto fundamental. Es entonces cuando observa que los momentos espacial y temporal, esenciales a la norma, son ilimitados *a priori*, extendiéndose la validez de la norma a todo tiempo y lugar mientras ella misma no se imponga limitaciones; de modo que en tal caso «no es que la norma posea vigencia fuera del tiempo y del espacio, sino que no se circunscribe ni a un determinado lugar ni a un determinado tiempo» (119). En realidad se aprecia aquí un sutil desplazamiento conceptual del mayor interés. Pues es muy distinto el hecho de que la norma como supuesto de una concreta conducta humana tenga forzosamente que estar connotada por precisiones espacio-temporales que determinen su aplicación, del hecho de que el presupuesto último de su validez como tal norma esté de antemano determinado por esas categorías de tiempo y espacio. Y para poder afirmar que «la identidad del territorio del Estado no es más que la identidad del orden jurídico» y que el territorio es un concepto «puramente jurídico», que «no tiene nada que ver con ninguna especie de conocimiento geográfico o naturalista» (120), es a ese otro segundo aspecto al que es preciso atender. Esta consideración conduce al hecho de que la validez de lo jurídico en el sentido del moderno Derecho positivo va

(118) *Teoría general del Estado*, cit., pág. 180.

(119) *Ob. cit.*, pág. 181.

(120) *Ob. cit.*, pág. 182.

referida en último término, como el propio Kelsen quiere, a un supuesto básico de autoridad, a un *estatuto de poder*, que es la versión jurídica de la estructura cerrada de seguridad de la comunidad política moderna.

La relativización que en el Derecho producen estos presupuestos no afecta sólo a la cuestión, que en último término cabe resolver sin hacer padecer el problema de la justicia, de la variabilidad en el tiempo y en el espacio de los juicios éticos de valor. Aquí se trata del hecho, infinitamente más grave, de que el Derecho nace ya condicionado en su propia validez a un ámbito espacial determinado por discontinuo que pueda ser, y este hecho implica para el pensamiento de lo jurídico como realidad sustantiva el mismo obstáculo que la crítica kantiana de la razón pura levanta para el campo de problemas de la metafísica tradicional. De idéntico modo que la realidad queda condicionada para tal crítica por una determinación previa en el tiempo y en el espacio de lo sensible, la experiencia jurídica, tal como es determinada por el Derecho positivo, no es referible más que a un fenómeno considerado como jurídico para un ámbito espacio-temporal determinado. También por esta vía no hay otro acceso a la realidad de lo jurídico que el que arbitra su *posición*.

El *sentido* del Derecho moderno denunciado por estas tres notas —positividad, objetividad y relatividad— se hace efectivo mediante su creación sistemática por vía legislativa. Ningún período histórico anterior al del Estado moderno es comparable en intensidad legislativa al alumbrado por éste. «El mismo Estado —dice Carl Schmitt— se transforma en un sistema positivista de la legalidad. El *legislator humanus* en *machina legislatoria*» (121). La subsistencia al lado de la ley de la costumbre como fuente del Derecho en los tratados científicos es un puro residuo teórico sin trascendencia sociológica alguna. La fuerza creadora de la costumbre fué arruinada ya en los primeros estadios de la concepción moderna del Derecho por la teoría de la previa interposición de la autoridad del soberano. Ya en el siglo XIV ha expresado con todo rigor esta teoría Lucas de Penna. Para él no basta ni siquiera la tolerancia de la costumbre establecida, sino que es requisito condicionante una participación activa del soberano, ya que la función del príncipe no es otra que la creación del Derecho (122). Pero además ni el papel que el Derecho asume en la

(121) *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*, t. e. de F. J. Conde, Haz, Madrid, 1941, pág. 102.

(122) ULLMANN, ob. cit., pág. 64.

vida moderna, que las más de las veces supone una regulación de acciones y prestaciones desprendidas de toda significación ética —neutrales— y postuladas sólo por la buena marcha de los servicios, puede ser llenada por la costumbre, que es sólo la objetivación sociológica de la conciencia individual, ni el proceso desesperantemente lento de formación del Derecho consuetudinario es compatible con el ritmo de existencia de las formas jurídicas modernas. El Derecho moderno asemeja cada día más, salvo en algunas formas de relación estereotipadas en el Derecho civil y que cada día cubren un área más limitada de la vida de relación, a un sistema de medidas de regulación funcional del complejo aparato de satisfacción de necesidades que es una sociedad contemporánea. En todo caso la legislación es el fenómeno más acusado del estilo moderno del Derecho, en nada comparable no ya al sentido del Derecho medieval, sino incluso al que en éste tuvo la producción por vía legislativa. «Esta legislación no es —como dice McIlwain— la *indagación* medieval de un precepto cuya fuerza vinculante viniera de su supuesta conformidad a la razón universal o a la costumbre inmemorial, sino la moderna *producción* (*making*) de una regla, reconocida como Derecho únicamente a causa de la autoridad del órgano del Estado, sea el Rey o la Asamblea, por el cual es promulgada» (123).

Siendo este el sentido del moderno Derecho positivo, a la cuestión de la justicia no cabe responder más que diciendo que la proyección intencional de ese Derecho no es la realización de la justicia, sino la consecución de la *seguridad*, esto es, la mayor eficacia del sistema de pretensiones y prestaciones que las estructuras de relación social en que el hombre está inserto, postulan. Así, los contenidos de valor de ese Derecho son reflejos de esa realidad de fondo básica. Esto no quiere decir en absoluto que necesariamente hayan de ser económicos, como el marxismo pretende. Lo fundamental es que no proyectan ninguna razón trascendental, sino la razón técnica de la estructura de que se trate. La moral sociológica —el sistema de hábitos *decentes* de una sociedad actual—, el progreso de la técnica como valor indiscutible, las formas racionalistas de la cultura o el sensualismo artístico estimulan los contenidos del Derecho moderno en no menor grado que la estructura económica de concurrencia. Y ni siquiera quiere decirse que de necesidad tales

(123) McILWAIN: *The Growth of Political Thought...*, cit., pág. 390.

contenidos sean éticamente negativos, sino que no están intencionalmente proyectados para la realización de la justicia. Esta suprema realidad no penetra su *sentido*.

7. A esta cuestión los juristas de nuestro tiempo rara vez contestan en términos parecidos. El problema de la justicia —que es un tema eterno para la conciencia cristiana— parece conseguir un expediente conceptual respetable al amparo de la afirmación —correcta— de que es un ideal metafísico que nunca podrá ser plenamente realizado en esta vida. Mas la cuestión no es esa precisamente, sino que radica en el hecho de que la estructura lógica del sistema positivo del Derecho moderno no está abierta a la realización de la justicia, sino abierta a otros contenidos normativos, en los que la significación ética es cuando menos secundaria. Sólo con una comprensión espiritual adecuada de la realidad íntegra de la vida moderna o sólo con un rigor lógico positivista a ultranza es posible advertir esta significación. No han faltado declaraciones en este sentido. «Ante estas armaduras técnicamente perfectas se estrella —escribe Schmitt— el problema de la justicia y de la injusticia. Alguien ha dicho que hay guerras justas, mas no ejércitos justos. Lo mismo podría decirse del Estado como mecanismo. Hablar de Estados justos o injustos cuando se tienen puestos los ojos en los Leviathanes como magnos mecanismos de mando sería tanto como pretender discriminar entre máquinas justas e injustas» (124).

Y en la órbita de la lógica positivista no ha faltado tampoco quien haya tenido la sinceridad de ser fiel a ella hasta sus últimas demolidoras consecuencias. En un importante artículo publicado en homenaje a Roscoe Pound ha llevado Kelsen hasta sus últimos extremos el planteamiento positivista del problema de la justicia (125). Para Kelsen el concepto de Derecho designa «una técnica específica de organización social», mientras que la idea de justicia expresa un «valor moral». Esta dualidad de significaciones no impide la confusión de los dos conceptos tanto en el pensamiento político sin carácter científico, como en el léxico usual, siendo esta confusión producto de la tendencia ideológica a presentar un orden jurídico-positivo «como

(124) *El Leviathan...*, cit., pág. 79.

(125) «The Metamorphoses of the Idea of Justice», en *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, cit., págs. 390-418. Todos los pasajes entrecómillados a continuación pertenecen a dicho trabajo.

justo». Para el teórico de la escuela pura la justicia es en primer término la «cualidad de un orden social», y secundariamente una cualidad humana, una «virtud», puesto que un hombre «es justo si su conducta es conforme a las normas de un orden que presupone-mos justo o que representa la justicia. Y esto ocurre cuando los contenidos de ese orden son tales que logran satisfacer la felicidad de los hombres a él sometidos. «Justicia es felicidad social; es felicidad garantizada por un orden social.» Mas siendo así que la felicidad de un hombre implica inevitablemente la desgracia de algún otro, el orden justo no puede asegurar la felicidad sino en un sentido *objetivo-colectivo*, que es «la satisfacción de ciertas necesidades reconocidas por la autoridad social, el legislador, como necesidades dignas de ser satisfechas». De esta forma —sigue diciendo Kelsen— la idea de justicia se transforma, dejando de ser un principio de garantía de la felicidad individual para convertirse en un principio de protección del orden social, estando éste integrado por los intereses socialmente reconocidos como dignos de ser protegidos. La cuestión de qué intereses sean merecedores de esta consideración «no puede ser resuelta por los medios del conocimiento racional»; por el contrario, la respuesta a esta cuestión tiene siempre «el carácter de un juicio de valor subjetivo, y, por lo tanto, relativo». En opinión de Kelsen, todo sistema de valores, especialmente un sistema moral con su idea central de justicia, «es un fenómeno social, un producto de una sociedad, y por ello se diferencia conforme a la naturaleza de la sociedad en que emerge». En realidad la justicia es *un ideal irracional*; desde el punto de vista del conocimiento racional «hay sólo intereses, y, por lo tanto, conflictos de intereses», por lo que su solución sólo puede conseguirse mediante un orden que satisfaga determinados intereses a costa del sacrificio de otros o que busque establecer un compromiso entre los intereses en pugna. «Tal orden es el Derecho positivo», y como tal es ciertamente mejor que ningún orden en absoluto, que un estado de anarquía. «Un orden que garantiza la paz constituye un valor social inapreciable y es —en este sentido— justo». El Derecho, «el Derecho positivo, es un orden social cuyo propósito es garantizar la paz entre los individuos sujetos a ese orden», y «si el Derecho es justicia porque garantiza la paz, entonces es *justo* aplicarlo e *injusto* no aplicarlo cuando deba ser aplicado de acuerdo con sus propias determinaciones».

Esto ya no es meramente positivismo; este es un positivismo satisfecho de sí mismo, en el cual están resecos todos los estímulos es-

pirituales del hombre y que ha hecho del principio de seguridad —como sistema de estructuras autónomas de relación—, un principio de elevación espiritual del hombre, un módulo de sus contenidos de conciencia. Y en este sentido es manifiestamente *ideológico*, usando este término en la acepción marxista. Constituye, en efecto, el momento último de la lógica del orden abstracto de composición de intereses sociológicos, que lleva a educar al individuo en la creencia en el valor ético de los contenidos mismos de ese compromiso. Y así, la paz del cementerio que sirviera a Kant —según se dice— para suscitar el título de su famoso opúsculo, *La paz perpetua*, podría también servir de símbolo acabado del sentido de la justicia a que este positivismo conduce.

V. LA CRISIS DEL SENTIDO POSITIVISTA DEL DERECHO

Empero, desde hace cien años cuando menos está en marcha un proceso de liquidación de la configuración básica de la sociedad moderna, el cual arrastra consigo el *sentido* del Derecho del Estado moderno. No será preciso indicar siquiera que este proceso no se ha desatado en el organismo normativo de lo jurídico, sino en el sistema real de fuerzas, al cual la ordenación positivista servía de mecanismo equilibrador. En sus términos más elementales el núcleo de la cuestión estriba en que el sistema de necesidades en que el hombre moderno ha sido constituido como ser de apetitos por cada una de las estructuras de relación en que vive —las estructuras de ordenación sociológica del vivir material, del saber, de la salud y del ocio— se muestra de día en día inaccesible a las capacidades de satisfacción de que esas mismas estructuras disponen. La autonomía de los campos de relación conduce en todas partes al mismo resultado deficitario. Masas de hombres en los cuales toda la irresistible capacidad de seducción y de reclamo de la sociedad moderna ha sido empleada a fondo, encuentran una y otra vez defraudadas en sus apetencias. Toda su vida se ha convertido en un rosario de insatisfacciones. Estos hombres, para los cuales la justicia ha pasado a ser la *satisfacción de esas necesidades*, vienen amenazando desde todos los puntos la plataforma de seguridad sobre la que se ha edificado la fábrica entera de la vida moderna. Bajo la terrible experiencia de revoluciones sin fin y de catástrofes planetarias que tienden a hacerse crónicas, esa plataforma —el Estado— reacciona cada vez con mayor energía en

virtud de la propia dialéctica de su constitución: el principio de seguridad. En este giro capital va decidida la suerte del moderno Derecho positivo como mero orden abstracto de contenidos sociológicos reflejos, al menos en este su carácter de reflejos.

Al hacerse cargo cada vez más del cuadro de inseguridad social que desde fines del siglo XIX constituye el trágico escenario de fondo de la vida política cotidiana, el Estado no se limita ya a respetar los resultados negativos de la constelación de fuerzas en concurrencia. Por todos los medios a su alcance trata de corregir los efectos patológicos del proceso, buscando una *racional* satisfacción de las necesidades. Los principios de la *Sozialpolitik* han llegado a apoderarse en todas partes de la conciencia política de las gentes, y están siendo desarrollados y puestos en práctica hasta unos límites que hubieran parecido increíbles hace no más de dos generaciones. El Estado, que es siempre la organización de la seguridad, está pasando desde el principio de *seguridad jurídica* al principio de *seguridad social*, pero al hacer esto está también pulverizando materialmente el campo especulativo del jurista educado en el *sentido* del moderno derecho positivo.

Hace años establecía Maggiore su profunda distinción entre épocas *políticas* y épocas *jurídicas*. «En las primeras —decía— la realidad social es como una masa incandescente. Los deseos, las necesidades, los ideales irrumpen violentamente en el subsuelo histórico, y cuando no logran desembocar en un nuevo orden estallan en guerras y revoluciones. Corresponde a la sabiduría de los hombres de gobierno prevenir las catástrofes creando nuevas estructuras políticas y legislativas capaces de canalizar el turbulento devenir de la Historia. Es la época de los políticos y de los legisladores. En la segunda los constructores de nuevos órdenes callan y la palabra es de la ley promulgada, de la que basta interpretar la voluntad estrecha o latente. Es la época de los juristas, de los exégetas, de los comentaristas» (126). Nadie dudaría en establecer sobre esta distinción el carácter de nuestra época. Para el propio Maggiore el último *epos* jurídico del mundo de Occidente se habría clausurado en 1914, abarcando según él un período en el que «el Derecho alcanzó una perfección formal jamás vista desde la época de la romanidad» (127).

(126) G. MAGGIORE: *La política*, Zanichelli, Bolonia, 1941, pág. 5.

(127) *Ib.*, págs. 5-6.

Este es el Derecho que declina (128), si es que no es ya un objeto digno de mejor atención por parte de los historiadores. Pero ese Derecho no estaba intencionalmente regido por el valor de la justicia. «No fué —añade Maggiore— el Derecho natural que había reinado en las épocas precedentes, y que esconde siempre entre sus pliegues aspiraciones revolucionarias, sino el buen Derecho positivo dogmático pertrechado en su certidumbre, estático, conservador y enemigo por sí mismo de todo influjo político, el que encarnó esta maravillosa obra de la perfección formal. La nueva ciencia jurídica ve de hecho en la política a su adversaria y se constituye extrayéndose de sí misma, cerrándose en el refugio de la jurisprudencia pura. Se exageró quizá. Pero precisa reconocer que mediante esta separación de la política se constituyó en sistema la moderna ciencia del Derecho». (129).

Desde las últimas estribaciones de la teoría pura del Derecho, con la que esa ciencia consiguiera su último y más estilizado acordé, el pensamiento jurídico no ha logrado —en casi treinta años— ninguna realización dogmática de gran estilo. «También aquellos a los que no hablan los estremecimientos religiosos, que en muchos casos son sólo estremecimientos del propio carácter —dice en un reciente opúsculo sobre la problemática de la teoría del Estado Hermann L. Brill— son actualmente escépticos con respecto al problema de una teoría del conocimiento del Estado. No posee ésta ya ciertamente la bella y vana seguridad en sí misma que consiguió expresar con la *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek a fines del siglo XIX, bajo el liberalismo político, fundando éticamente el ingenuo positivismo jurídico en el neokantismo filosófico. El telón de ideologías acerca del desarrollo de las sociedades y del espíritu humano ha ocultado también hasta comienzos de la tercera década de nuestro siglo el hecho de que el Estado, y en particular el Derecho de su creación, no están ya en condiciones de encontrar la congruencia con el estado de las cosas» (130). Y así es, en efecto. El rudo ataque dirigido por Kirchmann contra las pretensiones científicas de la jurisprudencia es hoy ya un

(128) Ha sido uno de los últimos grandes juristas de esa época dorada quien ha escrito la obra que puede servir de epitafio a ese sentido del Derecho. Alude a GEORGES RIPERT: *Le déclin du Droit. Études sur la législation contemporaine*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949.

(129) Ob. cit., pág. 6.

(130) V. *Die Problematik der modernen Staatstheorie*, Weiss, Berlín, 1950. páginas 5-6.

estado de conciencia de los juristas que educaron en el liberalismo su sentido del Derecho. Pues no sólo ocurre que el Estado acelera en términos insospechados el ritmo de su producción jurídica y disloca el aparato técnico al efecto establecido por el liberalismo como la constitución «eterna» de la sociedad, sino que incluso el ámbito de relaciones pluripersonales que nutría de contenidos la vida jurídica y privada bajo el Estado liberal está siendo progresivamente cubierto por una gigantesca red de servicios públicos (131). Se ha llegado a decir que en todas partes el Derecho administrativo está devorando a la economía política (132); salvado el tono de la expresión hay buena parte de verdad en su fondo, y la misma *comercialización* de la normativa de los servicios públicos —de que de vez en cuando se habla— no es más que el necesario ajuste técnico de procedimientos a que el Estado y sus organismos se ven obligados para hacer efectivas sus nuevas funciones de manipulación social.

Muchos juristas —e ilustres— ven en todo esto un síntoma mortal para el Derecho. Estiman que se están removiéndose, si es que no han sido ya definitivamente arruinadas, las condiciones básicas de la auténtica vida jurídica. Y en primer término la iniciativa, la agilidad para plantear relaciones positivas, a las que el abogado con su técnica segura prestaba la envoltura jurídica que después se constituía en la base científica de la discusión y del litigio. En una palabra, ven en todo esto un paso más en lo que Hayek ha llamado «camino de servidumbre». Puede que tengan razón y que sus temores estén harto justificados. Pero en cambio les falla aquí su habitual buen juicio para la imputación. Pues el Estado que ahora cobra a sus ojos de día en día las actitudes más torvas de todos los monstruos bíblicos, no ha hecho sino ser fiel a su lógica abstracta de la seguridad. A la postre esa agilidad e iniciativa —a las que en vano se pretende revestir de atributos metafísicos, siendo así que eran simplemente el mecanismo de funcionamiento de una estructura sociológica, y como tal inexorablemente relativo— han creado un sistema de apetitos humanos en la «confortable» sociedad contemporánea, al que ahora el Estado no tiene más remedio que buscar satisfacción. Y éste es justamente el verdadero problema. Que no hay ninguna razón para creer que un sistema general de seguridad, un sistema cuyo objetivo últi-

(131) Sobre este punto MANNHEIM, ob. cit., págs. 342 y ss.

(132) Cfr. JEAN LESCURE: *Étude sociale comparée des régimes de liberté et des régimes autoritaires*, 2.^a ed., Domat-Montchrestien, París, 1945, pág. 67.

mo es la afirmación de un seguro total de las necesidades de patrón medio, vaya a ser más *justo* en el verdadero sentido de la palabra, esto es, más apto para conducir al hombre a relaciones sociales inspiradas en su profunda condición óptica: un sistema que reinstale a Dios en el centro de nuestra vida como principio universal de valoración. No hay en verdad ninguna razón para creer que por este camino la abstracta dialéctica de la seguridad pueda conducir alguna vez, más allá de sí misma, al orden de la virtud.

JESÚS F. FUEYO