

ENSAYO DE UNA CONCEPCION HILEMORFICA DEL DERECHO

Seguramente no hay, por definición, problema más interesante para la filosofía jurídica que la noción misma del Derecho. Y seguramente, también, es en esta materia donde, en la elaboración personal de cada cultivador de la especulación sobre el Derecho, se actúa con un mayor apriorismo, lanzándose a esta o aquella investigación sobre tal o cual perspectiva o problemática jurídica sin haberse detenido en la reflexión —ineludiblemente previa desde un punto de vista sistemático y de ordenación lógica— sobre la realidad misma del Derecho. Porque si hablamos del Derecho, si lo manejamos como objeto de nuestro pensar y nuestro decir, es porque atribuimos al mismo un ser, porque lo consideramos como un *algo* real que da contenido al pensamiento y a la expresión.

De ahí que nos parezca obvio, para el estudioso de los complejos temas de la filosofía jurídica, el preguntarse qué sea el Derecho. Y la respuesta al interrogante tiene que ser forzosamente filosófica, porque no se trata de inquirir sobre los variadísimos problemas del «estar» del Derecho, concebido ya como ser constituido, sino, precisamente, sobre el modo de constituirse ese ser; y es bien sabido que las cuestiones ontológicas son patrimonio de la filosofía.

El presente trabajo es el resultado de una asidua reflexión acerca de esa pregunta fundamental, a la que hemos creído poder dar una contestación «ensayando» la aplicación al ser del Derecho de una explicación secular: la que, engendrada por la mente de Aristóteles, halló vida perdurable y nuevos perfiles en la *philosophia perennis*. Pero un elemental rigor metodológico exige que, puesto que del *ser* del Derecho hemos de tratar, puntualicemos antes con precisiones lógicas —también a la luz del pensamiento aristotélico-tomista— lo que con el *término* Derecho queremos significar.

No es esta la ocasión de repetir una vez más las conocidas etimologías de la palabra «Derecho». Baste decir que el vocablo, tal como

se nos presenta en la fase actual de su evolución, contiene y arrastra consigo —en los más remotos elementos lingüísticos que lo integran—, por una parte, la idea de rectitud, de encaminamiento directo hacia un fin previamente señalado; y, por otra, la noción de sumisión jerarquizada a una voluntad superior con la que nos hallamos vinculados por una suerte de atadura o ligazón.

Aparte esa cuestión, lo primero que se echa de ver es la manifiesta polisemia del término «Derecho», palabra que utilizamos —según las cuatro tradicionales acepciones que se le atribuyen— ya para designar la norma o conjunto normativo a que deben sujetarse nuestras acciones, ya a las facultades de que disponemos para manifestar y hacer ostensible nuestra presencia precisamente en el ámbito de aquella norma; bien para referirnos a un ideal de justicia cuyo alcanzamiento es deseable, o bien, en fin, para designar una determinada parcela del saber científico. La voz «Derecho» no es, pues, un término unívoco. Pero tampoco cabe afirmar que se trate de un término equívoco, por cuanto que la más superficial contemplación de las cuatro realidades significadas por el mismo descubre entre ellas una relación, de manera que, por más que se trate de objetos entitativamente distintos, media entre ellos un parentesco y conexión lógica que los hace ser no del todo extraños: lo cual es característica de los términos análogos (1).

Hay, por lo tanto, una analogía entre las realidades significadas por el término «Derecho», de entre las cuales —y para apurar el análisis lógico de la palabra— debemos determinar la que ostente la función de analogado principal, es decir, aquella realidad de que propiamente se predique el término en cuestión, y cuáles otras, en cambio, sean meros analogados secundarios, de las que la predicación se hace de manera impropia y únicamente por la semejanza o analogía

(1) La Lógica fué una de las ciencias filosóficas que más elaborada salió de las manos de ARISTÓTELES —pese a que, paradójicamente, no la consideró como ciencia—, hasta el punto de que, salvo alguna novedad como la doctrina del silogismo hipotético introducida por TEOFRASTO y desarrollada por los estoicos, la Lógica de SANTO TOMÁS es idéntica, casi punto por punto, a la del Estagirita; de ahí la sustancial coincidencia entre ambos, específicamente en la doctrina de la analogía. ARISTÓTELES se ocupa de los términos en *Perihermeneias*, y concretamente de la analogía en *Phys.* (VII, 4, 249 a 22), *Eth. Nic.* (I, 6, 1096 b 26) y *Top.* (I, 17, 108 a 6). SANTO TOMÁS, en los respectivos Comentarios y en otros muchos pasajes (por ejemplo, *De Veritate*, 21, 4 c); pero, sobre todo, v. *In Metaph.*, IV, I, 535.

—no meramente lógica, por supuesto, sino real— que guardan con aquélla.

En primer lugar, debe descartarse la acepción de «facultad» como significación *propia* del término «Derecho», puesto que ello implicaría la consideración de las otras tres realidades como analogados secundarios, siendo así que una de ellas —el Derecho como «norma»— es, cabalmente, el fundamento de aquélla. Hay, en efecto, una relación de eficiencia entre la norma y la facultad, manifestada por una prelación ontológica —y temporal— de aquélla sobre ésta: no es posible, ni casi concebible, una facultad no originada en una norma. Aun ampliando generosamente el concepto de facultad jurídica a las simples libertades nacidas de la inexistencia de una coacción en contra de su ejercicio —como si hablase, por ejemplo, de mi «derecho» a salir de paseo—, habríamos de afirmar que tales «facultades» deben su origen y se fundamentan en el principio jurídico general —de evidente carácter normativo— de la licitud de toda acción no prohibida expresamente. Esta sola razón de la precedencia de la norma sobre la acepción subjetiva basta para negar a ésta el carácter de significado primigenio o más propio del término «Derecho».

Por razón similar debe rechazarse la asignación de analogado principal a la acepción correspondiente a la ciencia jurídica. Y por motivos aún más evidentes, porque la realidad de dicha ciencia jurídica no sólo se basa en la norma, sino también en la facultad, en cuanto que ambas son objeto de aquélla y le dan su principal contenido (2).

Resta por examinar una última acepción: la que identifica «Derecho» con un ideal más o menos determinado de justicia; sentido este muy frecuentemente empleado cuando nuestra razón y —seguramente en mayor parte— nuestro sentimiento se rebela ante una acción cuya discrepancia con lo que es de justicia, o bien queda patentizada por la evidencia de la transgresión legal a que tal acción ha dado lugar, o bien simplemente la intuimos aunque de momento no sepamos dar cuenta del precepto concreto vulnerado: en cualquier caso, afirmamos que la acción en cuestión tiene, *prima facie* y sin necesidad de detenido análisis, una patente antijuridicidad. Mas

(2) Aun en concepciones no normativistas, como la de COSSIO, hay una última referencia a la norma: la conducta, objeto de la ciencia jurídica para la concepción egológica, es un «objeto mentado en la norma». (Cfr. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., pág. 39.)

tampoco creemos que sea en esta acepción donde podamos hallar la significación más propia del término que analizamos, pues precisamente cuando hacemos uso de ella es para referirnos, explícita o implícitamente, a un ordenamiento jurídico cuya violación nos consta, aun desconociendo, acaso, su propia fisonomía.

Por consiguiente, entendemos que la analogía lógica existente entre las cuatro significaciones de la palabra «Derecho» ostenta como analogado principal —significado directa y propiamente por el vocablo— el Derecho en sentido objetivo, en tanto que son analogados secundarios las otras tres acepciones analizadas. Pero los conceptos —y, paralelamente, los términos— son siempre trasuntos de la realidad, se refieren a esencias existentes (3), y las relaciones lógicas que les afectan deben igualmente apoyarse en la realidad; por ello, cuando de un término se afirma la *relación lógica* de la analogía, es porque las distintas entidades por él significadas poseen una cierta *relación real* que apoya y justifica aquélla. Y, en efecto, tal es lo que ocurre con la analogía que atribuimos al término «Derecho», ya que entre las diferentes realidades que designa existen las relaciones reales que antes mencionábamos. Siendo, pues, el sentido objetivo del Derecho el fundamental, es obvio advertir que al mismo nos referimos cuando, en lo que sigue, hablamos de Derecho.

Una vez hechas las anteriores precisiones lógico-formales estamos ya en condiciones de abordar el tema metafísico del ser del Derecho. La solución hilemórfica que exponemos tiene, como al principio decíamos, una venerable antigüedad; mas no es ésta solamente la que le presta autoridad. No somos de los que creen, con un fervor exagerado, que la Escuela ha pronunciado la última palabra en toda materia filosófica; buena prueba de que no es así son los esfuerzos continuos de la neoescolástica actual para renovar el pensamiento de los viejos maestros, actualizándolo con las provechosas aportaciones de la filosofía moderna incorporadas a los esquemas tradicionales: *nova in veteris* (4). Pero tampoco es aceptable la oposición sistemá-

(3) Dicho de otro modo: el universal *in significando* (término), se corresponde con el universal *in representando* (concepto formal o subjetivo) y ambos con el universal *in essendo* o propio (concepto objetivo, naturaleza). V. GRETT (*Elementa philosophiae aristotelico-thomisticae*, tomo I, págs. 93 y sigs.), que considera a Dios también como un universal: *universale in causando*.

(4) Como dice uno de los más conspicuos representantes de la neoescolástica de Lovaina, «para hacer que el sistema de SANTO TOMÁS renazca en el siglo xx es necesario tratarlo como lo haría el Doctor Angélico si estuviera entre

tica y el fingido desconocimiento que algunos, de manera acérrima, profesan contra la filosofía perenne, más, creemos, por aprioristas motivaciones religiosas que por consecuentes razones científicas (5).

En esto, como en casi todo, lo adecuado es adoptar un ponderado término medio. Con él deben salvarse, en la doctrina tradicional, y admitir sin reservas su validez actual, una serie de afirmaciones fundamentales que constituyen la médula y eje de no pocos sectores de aquel pensamiento. Y, entre ellas, la tesis hilemórfica que la escolástica recibió de Aristóteles y que tiene aún plena vigencia como uno de los puntos centrales de la metafísica (6).

Como es sabido, la filosofía presocrática centró su preocupación en dar una explicación del cosmos mediante la investigación de los principios de las cosas. Posteriormente, a partir ya de la generación sofista, otros temas van entrando en el campo de la especulación, pero esta nueva problemática no elimina la anterior, y así tanto Platón como Aristóteles siguen ofreciendo soluciones para contestar a la radical pregunta de los principios constitutivos de los seres. La cuestión que había obsesionado a los pensadores cosmológicos era la del cambio: cómo explicar que algo fuese primero una cosa y luego otra sin dejar de ser ello mismo. Las soluciones del período presocrático (eleatismo, doctrina de Heráclito, pitagorismo, atomismo, dinamis-

nosotros... El omitiría, o enfocaría de modo diverso, algunas cuestiones examinadas en el siglo XIII, estudiaría nuevos problemas, tendría en cuenta los nuevos desarrollos de la ciencia, recurriría a principios no formulados en su época y aplicaría métodos de trabajo no practicados todavía en la Edad Media. En una palabra, sería un filósofo de su tiempo». (DE RAEYMAEKER, *Introduction a la Philosophie*, 3.^a ed., 1947; págs. 177 y 180.)

(5) A todo ello debe añadirse, además, la confusión frecuente entre tomismo y escolástica. Muchos de los puntos no totalmente desarrollados de la filosofía aquinatense encuentran ulteriores desenvolvimientos en otros autores de la escolástica, filosofía que ofrece direcciones y tendencias múltiples lo suficientemente variadas para que la elección no deba recaer precisa y exclusivamente en un autor. Sin embargo, en la doctrina del hileromorfismo la elaboración del pensamiento aristotélico es netamente tomista; las aportaciones de CAYETANO no hacen sino completar la tesis del Aquinate; en cuanto a SUÁREZ, no manifiesta en esta materia, respecto de SANTO TOMÁS, más que unas discrepancias acerca de si el acto entitativo contribuye o no al ser de la materia primera y respecto al problema de la unicidad de la forma sustancial; discrepancias que, desde luego, no afectan a la concepción general de la composición hilemórfica de los seres.

(6) «Nos parece que las intuiciones esenciales de su pensamiento metafísico (de SANTO TOMÁS) conservan todo su valor y fecundidad.» (VAN STEENBERGHEN, *Ontología*, trad. esp., 1957, Prólogo, págs. 7 y 8.)

mo) no podían satisfacer porque se intentaron solamente a base de los elementos físicos del ser corpóreo, con lo que irremediabilmente tenían que caer en una petición de principio o bien en una simple negación del problema (caso de Heráclito y de Parménides). El camino verdadero fué abierto por Platón, que buscó la explicación en realidades metafísicas intuyendo ya la existencia de dos principios en el ser, la materia y la forma, pero sin llegar a acertar con la verdadera naturaleza de ambos principios. La culminación y perfección de la doctrina se debe a Aristóteles con su tesis hilemórfica (7).

Pero el cambio que Aristóteles quería explicar era el del ser móvil, el ser corpóreo; por lo tanto, la composición hilemórfica la supuso el Estagirita sólo para los cuerpos. ¿Puede la solución aristotélica aplicarse a realidades incorpóreas como la del Derecho? Decididamente, sí. Por lo que se refiere al elemento formal no se presenta cuestión, pues ya en Aristóteles es un principio diversificado en tantas posibilidades como naturalezas son posibles. Y en cuanto a la materia, pensemos que lo que el peripatético llama materia primera es un «principio» metafísico abstracto e indeterminado, «apto para recibir cualquier forma» y que sólo cuando ésta es corpórea da origen a una materia segunda corporal, que es el caso que Aristóteles se había planteado; pero hay que suponer que si la forma es incorpórea dará lugar a una naturaleza o materia segunda, una sustancia, espiritual o incorporeal. Así lo afirma también un autor de reconocida solvencia, aunque llegando a esa conclusión por otro razonamiento: «Esa síntesis de lo formal y material es también de aplicación posible en la constitución de los seres morales» (8).

Podemos, por consiguiente, aplicar al ser del Derecho, a esa sustancia a la que llamamos Derecho, la doctrina de la composición hilemórfica de los seres sostenida por la metafísica aristotélico-tomista.

(7) Hacemos gracia de la exposición de la misma, por ser sobradamente conocida. Únicamente queremos recordar que la dualidad materia-forma tiene en el Estagirita dos sentidos: por una parte, la composición de materia primera y forma sustancial, que da lugar a la generación o producción *ex novo* del ser, al nacimiento de lo que llamó materia segunda; por otra, la composición de esa materia segunda y una forma accidental, de modo que el ser ya constituido se cambia, adquiriendo una modificación no sustancial.

(8) P. TEÓFILO URDANOZ, O. P., *El fin y la forma constitutiva de los seres morales* (Comunicación presentada a la IV Semana Española de Filosofía, abril de 1957).

Para lo cual seguimos el mismo camino recorrido por Aristóteles, que llegó a alcanzar los aludidos principios metafísicos a partir de los entes concretos que la realidad le ofrecía.

Lo primero que se echa de ver en esa realidad es la enorme variedad de fenómenos y entidades que se conocen como jurídicas. Una simple ojeada a la historia del Derecho nos descubrirá cómo instituciones distintas e incluso dispares —más aún: hasta antagónicas— han tenido, en las diferentes épocas y en los diversos países, la condición de jurídicas. Otras muchas veces contemplamos a una misma institución evolucionar en el tiempo con la pretensión de subsistir una y la misma. Es este el inicial «escándalo» del Derecho, tantas veces esgrimido en contra del mismo y que parece resolver lo jurídico en un puro convencionalismo, en una colección de normas que no conocen otra base que el más positivo oportunismo (9).

Pero ante esa realidad innegable que nos ofrece la perspectiva histórica del Derecho deben hacerse dos precisiones de importancia decisiva y vital para éste. La primera es que el Derecho, como toda realidad, tiene que tener una esencia o naturaleza, de suerte que la adecuada calificación de jurídicas que se dé a las instituciones no depende de quien las crea, sino que sólo poseen aquel carácter las que se ajusten y acomoden, las que realicen dicha esencia o naturaleza; es decir, que *se puede llamar* Derecho, si se quiere, a construcciones arbitrarias e incluso evidentemente injustas, pero *no es* (con toda plenitud metafísica) Derecho sino aquella normación o institución que en sí incorpore la esencia jurídica.

La segunda determinación es que, precisamente por esa existencia variada y plural de fenómenos llamados jurídicos, podemos de-

(9) Lo peor de esta consideración peyorativa del Derecho no es que se haya manifestado dentro de la ciencia jurídica con reflexiones de amarga ironía a lo PASCAL o con afirmaciones efectistas a lo KIRCHMANN; al fin y al cabo, esas posiciones, como adoptadas en el olimpo de la ciencia, no trascienden de él ni pueden, por tanto, empañar la fe impoluta que el pueblo pueda tener en el Derecho. Lo más grave es que el escepticismo jurídico ha anidado también en esa masa popular, con detrimento notable de la idea de justicia, a la vista de una porción de fenómenos muy de nuestros días: los constantes cambios operados en los ordenamientos jurídicos como secuela de otras tantas transformaciones políticas de las naciones; las arbitrarias calificaciones *a posteriori* de delitos políticos; la inconstancia de preceptos poco y mal meditados que, por lo mismo, exigen su revisión apenas nacidos; la excesiva proliferación legislativa o «motorización» de que hablaba Carl SCHMITT. Es lógico que todo ello haya producido en el hombre de la calle una natural desconfianza hacia el Derecho.

ducir la realidad de la esencia del Derecho, de la que participarán todos los entes que sean *verdaderamente* jurídicos. Como dice Del Vecchio, «si podemos reconocer como *jurídicas* instituciones diversas, nos fundamos implícitamente en una noción constante del Derecho; lo múltiple supone la unidad» (10). Efectivamente, si afirmamos que un precepto es jurídico, que una relación es jurídica; si aplicamos igual calificativo a una costumbre, a una declaración, a una actitud humana e incluso a entes reales «deficientes» (11), es porque captamos en todos ellos una coincidencia última y básica que no es sino una esencia única participada por esa multiplicidad de realidades: *la naturaleza jurídica*.

Pero lo que realmente importa en una naturaleza es la forma, que es el elemento activo frente a la pasividad de la materia, limitada a una mera recepción de aquélla; de ahí el conocido aforismo escolástico *forma dat esse rei* (12). Una y otra advienen conjuntamente a la producción del ser, pero es realmente la forma la que le da la última determinación al sacar a la materia de su natural indeterminación. Aplicado todo esto al ser del Derecho, resulta ser la forma jurídica la que ciertamente interesa examinar; la materia, realmente, puede ser cualquiera, con tal que se dé en ella la mínima condición —a la que después nos referiremos— de ser apta para recibir dicha forma jurídica. Lo que hay en todas esas realidades distintas aludidas antes —precepto, relación, declaración de voluntad...— y que permite predicar de todas ellas el carácter jurídico no es sino la forma del Derecho.

Solamente cuando ésta informa la materia pasiva nace el Derecho. Veamos un ejemplo muy sencillo. Pensemos en la proposición «la mayoría de edad empieza a los veintitrés años cumplidos»; *materialmente* considerada es una simple expresión gramatical que yace, por así decirlo, pasivamente, en espera de la forma que la saque de su actual indeterminación para constituir la en una esencia de las varias que potencialmente contiene (13). Si aquella proposición la

(10) *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 10.^a ed., 1958, pág. 211.

(11) Nos referimos a las negaciones de ser que en alguna ocasión pueden tener significado para el Derecho, y merecer por ello el nombre de jurídicas; así, el silencio o la omisión.

(12) O *forma dat esse materiae*, como dice SANTO TOMÁS en un opúsculo no tan conocido como el *De ente et essentia*, que también trata estas cuestiones, pero muy enjundioso. (*De principiis naturae ad fratrem Sylvestrum*, 2).

(13) Hablando con propiedad, el conjunto de palabras que integra esa ex-

utilizo ante unos alumnos con fines didácticos, habré formado un «ejemplo», esto es, habré determinado la materia con una forma *ejemplar*; si, en cambio, dicha oración gramatical se dirige al legislador aconsejándole una modificación de la legalidad vigente, la materia reviste lo que llamaríamos forma *consiliar*; si es expresión de una opinión favorable a aumentar el límite de la mayoría de edad, la forma que se da a la materia es una forma *desiderativa*; en fin, sólo cuando la materia en cuestión fuese afectada por la forma *jurídica* nacería la norma, el Derecho. Como se ve, la norma se ha originado —y este origen explica su dúplice composición metafísica— por la conjunción de una materia pasiva y la actividad de la forma jurídica: a esta forma jurídica la llamamos *juridicidad* (14).

En la explicación hilemórfica del Derecho creemos que se cumplen los corolarios fundamentales que la metafísica tradicional deduce de la fórmula básica. En primer término, que no existen las formas independientemente de la materia, porque la noción de aquella hace referencia al elemento material y sólo por él se explica y justifica; aplicado a nuestro caso quiere esto decir que se dan realidades jurídicas, pero que la *juridicidad* no tiene existencia separada realmente de una materia. He aquí un nuevo punto de vista en que apoyar la crítica del formalismo stammleriano. Porque lo que hace Stammler con su idea del *richtiges Recht* no es otra cosa que concebir una forma como realmente existente en sí misma e independiente de toda materia, pues cuando informa ésta nace un Derecho positivo puramente contingente, de manera que en él los dos elementos material y formal tienen una unión meramente accidental y no sustantiva. En suma, Stammler retrocede exactamente a la metafísica platónica, muy superada en este punto por la de Aristóteles (15).

presión posee ya una forma: la de oración gramatical enunciativa, que es lo que es en sí misma. Pero a los efectos que nos proponemos, la consideramos como punto de partida y, por tanto, como materia aun no informada.

(14) Hemos puesto el ejemplo de la constitución de una norma escrita por ser el más claro; pero la solución hilemórfica puede aplicarse a cualquier supuesto de normatividad. Por ejemplo, en la norma consuetudinaria la materia está integrada por la conducta uniforme, constante, etc., del cuerpo social; la *juridicidad* informa esa materia (es decir, se constituye la norma) en el momento en que brota el sentimiento de obligatoriedad de aquella conducta o bien en el acto en que la misma es legalizada por el legislador.

(15) La unión accidental de la *idea* (forma) y la materia en PLATÓN deja sin explicar la subsistencia de la esencia o *quiddidad* (lo que ARISTÓTELES llamó *tó*

El segundo corolario de la teoría es que la forma no puede advenir sino a aquella materia que sea apta para recibirla, aquella a la que realmente convenga, como la forma vegetal, por ejemplo, no puede darse en una materia pétreo. Lo cual, aplicado al Derecho, quiere decir que la juridicidad no podrá informar sino aquella materia que, en sí misma, no repugne a dicha forma. La expresión «el homicidio es condenable», verbigracia, por cuanto no repugna a la juridicidad, puede ser informada por ésta y dar lugar a la norma correspondiente. Pero si la expresión es «el homicidio debe ser premiado», esta materia nunca podrá ser informada por la juridicidad —nunca podrá constituirse la norma que jurídicamente exprese aquella proposición—, pues hay entre ambas una disconveniencia. Ahora bien, ¿cómo apreciar esa adecuación o inadecuación entre una materia y la forma jurídica?

El Derecho o, lo que es lo mismo, el ser jurídico constituido por la materia concretada por la actividad fecundante de la juridicidad, es, *per se*, algo que afecta a la conducta del hombre; es decir, que pertenece a *su esencia* la referencia a lo humano. Pero las esencias se constituyen por las formas —recordemos nuevamente: *forma dat esse rei*—, luego si la esencia del Derecho comporta esa referencia al hombre es porque la misma procede de la forma que lo constituye. Dicho de otro modo: la juridicidad lleva ya en sí misma la referencia al hombre que transmitirá al Derecho al constituirlo mediante la información de la materia; pero no al hombre concreto e individual, sino al hombre en cuanto naturaleza.

Decir, por tanto, que una materia es adecuada para recibir la información de la juridicidad vale tanto como afirmar que es congruente con la naturaleza humana. Bastará, por tanto, con hacer un análisis de la misma parecido al que hace Santo Tomás en un conocido texto (16) para determinar las tendencias de la misma, la conveniencia o disconveniencia con la cual de una materia señalará su aptitud o no aptitud para recibir la juridicidad como forma. Damos así entrada por vía metafísica a un iusnaturalismo que, sin tener el carácter normativo de la doctrina tradicional, conserva, empero, el

tí en éinai). Aparte de esto, la mayor perfección técnica de la construcción aristotélica se manifiesta en otros muchos puntos como, por ejemplo, la introducción, para explicar el cambio, de un tercer elemento distinto de la materia y de la forma, la privación, desconocido por PLATÓN.

(16) I-II, q. 94, a. 2.

papel supremo de «información» —en un sentido bien auténtico— de la norma positiva y de contraste de su validez o invalidez. Porque lo que importa, más que su nombre y su perfil concreto, es afirmar la existencia de un orden objetivo e inmutable por encima de todo precepto humano, admitir «que se da un Derecho superior a la ley, un Derecho natural, un Derecho divino, un Derecho racional, en una palabra, un Derecho suprallegal con arreglo al cual lo injusto será siempre injusto, aun cuando esté configurado en formas legales» (17).

Obsérvese que la aptitud de la materia para la información por la juridicidad no prejuzga en absoluto el carácter jurídico de aquella; esa aptitud no expresa más que una posibilidad de que la materia llegue a ser Derecho. La expresión «la mayoría de edad empieza a los diecinueve años cumplidos», en cuanto no contradice a la naturaleza, *puede* transformarse en norma, pero puede también no llegar nunca a ostentar forma jurídica, porque la información por ésta es puramente contingente. Podrían señalarse multitud de ejemplos de materias aptas para ser Derecho, que, sin embargo, jamás llegarán a ser informadas jurídicamente, quedándose para siempre en una pura potencialidad.

Puede ocurrir que un acto de autoridad del legislador presente como Derecho —y, por tanto, con pretensión de obligar— una materia no apta para la información jurídica: es el caso de la ley injusta, a la que San Agustín y Santo Tomás, en sendos y conocidos pasajes negaron la condición de auténtica ley: «non videtur esse lex quae iusta non fuerit» (18) y «si vero (lex humana) in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio» (19). Para nosotros la inconsistencia de la llamada ley injusta proviene de que, al no ser la materia apta para recibir la forma jurídica, ésta no ha podido entrar a constituir metafísicamente la norma; de suerte que la pretendida ley no ha podido nacer, pues sería tanto como admitir la posibilidad de una entidad sin forma. Cada ser, además, pro-

(17) RADBRUCH, *Die Erneuerung des Rechts* (en *Die Wandlung*, 2, 1947, página 9). En esta amplia concepción del iusnaturalismo cabría también la actual corriente de la literatura jurídica alemana sobre la naturaleza de las cosas. (V., en la bibliografía española, LEGAZ, op. cit., págs. 209-213, y CEREZO, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en *Rev. Gen. de Leg. y Jurispr.*, julio-agosto 1961.)

(18) *De libero arbitrio*, I, 5.

(19) I, II, q. 95 a. 2.

duce sus operaciones propias, y una de las de la norma es obligar la voluntad del súbdito; mas como tales *fictae leges* no poseen naturaleza normativa, no pueden producir tal operación, hallando así una justificación metafísica de la doctrina tradicional que niega a la ley injusta valor vinculante.

El tercer corolario fundamental de la tesis hilemórfica expresa que, siendo única la forma dentro de cada especie (20), la individuación se produce por la multiplicación de la materia; aplicando la doctrina al Derecho, quiere decir que *lo* jurídico es singular (forma), en tanto que son plurales las manifestaciones jurídicas (materia individualizada). Ello explica, con relación a los preceptos, que pueda darse una variedad de normas sobre una misma situación o relación y que todas ellas tengan el carácter de jurídicas.

Ahora bien, ¿qué es la juridicidad? Si, según venimos diciendo, es la forma de lo jurídico lo que da sentido y vida al Derecho, interesa sobremanera conocer en qué consiste; lo cual, en definitiva, equivale a investigar la esencia misma del Derecho, pues que la naturaleza del ser depende de su forma.

La esencia o naturaleza de una realidad (21) viene integrada por una serie de caracteres que le identifican y que, por ser esenciales, se manifiestan en todos los entes concretos que participan de dicha naturaleza. Mas conviene advertir que los caracteres que posee una especie están constituídos por todos los que son propios del género a que la misma pertenece más uno que es, precisamente, el que la concreta o «especifica», separándola y distinguiéndola de las otras especies del mismo género. Tal ocurre con el Derecho. En efecto, suelen coincidir los autores en citar como notas esenciales al mismo la generalidad, la imperatividad y, para algunos, también la inviolabilidad (22). Pero es lo cierto que estos caracteres aparecen como constitutivos esenciales no de la norma jurídica exclusivamente, sino de cualquier norma y, concretamente, también de la moral. Tales notas, por consiguiente, no tipifican lo jurídico, siendo comunes a toda especie de normatividad.

Lo verdaderamente específico y rigurosamente propio de la nor-

(20) Esta es la doctrina general de la Escuela; dentro de ella, el pluralismo formal ha sido defendido solamente por SAN ALBERTO, DUNS ESCOTO y SUÁREZ.

(21) Nos referimos no al sentido dinámico de naturaleza, como principio de las operaciones del ser, sino al sentido estático, como «modo de ser».

(22) Más adelante nos ocupamos de la cuestión de la positividad como posible nota esencial del Derecho.

ma jurídica será aquella cualidad que la separe y distinga perfectamente, sin posibilidad de confusión, de las normas éticas y, en general, de toda otra normatividad. Y a esa cualidad en que precisamente consistirá la juridicidad, la forma del Derecho, la llamamos *socialidad*. Ordinariamente se suele aludir a ella con los nombres de *bilateralidad* y *alteridad*; pero al hacerlo se pone a esta nota de lo jurídico en plano de igualdad con los otros caracteres esenciales que suelen señalársele (generalidad, imperatividad, etc.), lo cual estimamos inexacto por lo que acabamos de decir: porque tales caracteres le son esenciales al Derecho por ser éste una especie del género normatividad, en tanto que la bilateralidad o alteridad —lo que denominamos socialidad— es nota de la esencia de lo jurídico también, pero nota especificadora y que, por tanto, ostenta una evidente relevancia respecto de las otras, hasta el punto de constituir la forma del Derecho. En definitiva, lo que queremos es poner de manifiesto la no identidad de las nociones de esencia y de forma (23).

Además, creemos preferible hablar de «socialidad» por entender que aquellos otros términos, sin ser inexactos, son demasiado restringidos para expresar todo el rico contenido que encierra el concepto de juridicidad. Pues, en efecto, al poner la nota esencial tipificadora del Derecho en la socialidad queremos expresar dos cosas distintas aunque, por supuesto, con mutuas implicaciones: por un lado, la exigencia de que el Derecho nazca y viva dentro del ámbito social; y, por otro, la necesidad igualmente ineludible de la existencia de una bipolaridad subjetiva para que aparezca lo jurídico.

Se ha repetido hasta la saciedad la definición aristotélica que considera al hombre como un animal social; pero la apelación constante a la manoseada afirmación no le ha hecho perder vigor, pues aún no se ha inventado una fórmula que de modo más propio y rotundo aluda a esa dimensión inherente al hombre que es la social. Cualquier otra determinación que advenga al hombre dependerá de su elección; únicamente la sociabilidad se le impone naturalmente, como emanando de su propio ser. El éxito que siempre han tenido las creaciones literarias al estilo del *Robinson* se debe, precisamente, a

(23) El parangón con lo que sucede con la esencia «hombre» puede ilustrar cuanto decimos. No cabe duda que a la misma pertenecen las notas de animalidad y racionalidad; pero también es cierto que este segundo es carácter esencial más relevante que el primero por cuanto que es el que produce la última determinación de la naturaleza humana dentro del género animal.

que ofrecen el curioso espectáculo de cómo se desenvuelven seres eminentemente sociales en un ambiente asocial. Pero aun en estas mismas ficciones fracasan los esfuerzos de sus autores, pues las reacciones del héroe de Defoe —o de cualquier otro «solitario» de la literatura—, la solución que da a los problemas que su situación le va planteando, son reacciones y soluciones que vienen determinadas por la existencia social del personaje anterior a su aislamiento; Robinson vive, por decirlo así, de un caudal de experiencias sociales (24).

Esta socialidad en que está inmerso el hombre es el medio necesario para que nazca el Derecho, de tal suerte que si el hombre tuviera una existencia solitaria no tendría razón de ser lo jurídico; porque precisamente es el Derecho el que posibilita la sociedad. Como es sabido, se caracteriza ésta por una serie de notas —pluralidad de elementos integrantes, comunidad de fines, permanencia o estabilidad y organización progresiva—, de las que la última sólo puede adquirirse a través del Derecho. Es absolutamente impensable una sociedad sin orden, pero el orden no puede alcanzarse si no hay una norma previa que lo imponga, lo mantenga y obligue a su respecto mediante un adecuado sistema sancionador; norma, además, lo suficientemente flexible como para adecuar las formas sociales a la consecución del orden en consonancia con las variables condiciones de cada medio social y cada momento. Se requiere, en definitiva, que el Derecho regule el orden social. Pero al mismo tiempo que el Derecho hace posible la convivencia social, también, por su parte, la sociedad, en una especie de fenómeno simbiótico, hace nacer al Derecho, surgiendo éste de forma espontánea en cuanto están presentes los elementos materiales del grupo comunitario. Y aunque, propia y estrictamente hablando, éste es el creador de la norma jurídica, es tal y tan íntima la vinculación entre sociedad y Derecho, que es admisible la afirmación que antes hicimos de constituir lo jurídico la condición *sine qua non* de la vida social: *ubi societas, ibi ius*.

(24) Para prevenir este inconveniente, para presentar un hombre total y absolutamente aislado de la sociedad, una especie de ser asocial «químicamente puro», no hay más solución que la radical adoptada por Aben THOFAIL al escribir *El filósofo autodidacta*: hacer nacer a Hay ben Yacbán, el protagonista, en una isla desierta y como por generación espontánea, a fin de que ni siquiera pudieran darse en él reminiscencias ancestrales de una vida social, adquiridas por herencia.

Por eso puede decirse, con Legaz, que «la vida social tiene estructura normativa», que «el Derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es a su vez una de las formas de la vida humana; sin el Derecho, la vida social sería impensable» (25). Hasta tal punto es estrecha la conexión entre lo social y lo jurídico que ha podido afirmarse que la tendencia innata en el hombre a constituir grupos sociales tiene como uno de sus fundamentos el «sentimiento de justicia», dado que esta apetencia únicamente la puede encontrar el hombre satisfecha dentro de una sociedad (26).

Esa misma conexión hace posible el doble fenómeno de que la desaparición de una estructura social concreta arrastre tras sí y extinga igualmente el ordenamiento normativo que la regía y al que servía de soporte (27); y que, por otra parte, cuando se esfuma el orden jurídico, en las épocas de las grandes convulsiones y de las grandes revoluciones, haciendo acto de presencia la pura fuerza y la abierta arbitrariedad, desaparezca la jerarquía, entre en crisis la autoridad y naufrague la realización ordenada de las funciones públicas y demás condiciones sin las cuales no cabe ciertamente hablar de sociedad.

El segundo aspecto que encierra la noción de «socialidad» apunta, según antes decíamos, a la necesidad de la existencia de una bipolaridad subjetiva para que aparezca lo jurídico. Ello es perfectamente claro cuando se trata de la *facultas agendi*, por cuanto que los derechos y obligaciones que integran el contenido de la relación jurídica han de corresponderse, dado que son nociones cada una de las cuales postula como requisito imprescindible para su propia existencia la presencia de la otra; es decir, que un derecho lo es *porque* faculta a su titular para exigir algo de alguien, y una obligación no es tal sino *porque* hay alguien que puede reclamar su cumplimiento. Buena prueba de esta evidente correlación entre derechos y deberes —en el orden jurídico— la proporcionan las sutilezas dialécticas y conceptuales a que se llega cuando se pretende hablar de

(25) *Filosofía del Derecho*, 1953, págs. 183 y 185.

(26) M. DEFOURNY, *Aristote. Etudes sur la «Politique»*, París, 1932, pág. 386.

(27) Recuérdese cómo el derrumbamiento del orden social nazi en 1945, al producirse la derrota de Alemania, provocó la desaparición del aparato legislativo anterior, lo que dió origen a una jurisprudencia iusnaturalista, una de las manifestaciones del neo-iusnaturalismo alemán actual, orientado en el sentido de la doctrina de la naturaleza de la cosa.

derechos que no tienen frente a sí la correspondiente obligación o a la inversa.

Pero esta bilateralidad no es exclusiva del aspecto subjetivo del Derecho, sino que también afecta al objetivo. Con ello se quiere decir que la norma se da previendo la existencia de dos sujetos al menos entre los cuales media una relación que dicha norma trata de regular. No tendría sentido la norma si en su aplicación no hubiera posibilidad de afectar con su contenido a una relación *ex aliquo ad alterum* (28), como sería un hipotético ordenamiento dado para el habitante único de un territorio aislado. Tal persona, en tanto en cuanto durara su situación solitaria, sería un hombre excluido totalmente del ámbito jurídico (29), por lo que sería absolutamente inoperante el Derecho que se dictara para él. El Derecho rige nuestra actividad dirigida a otros; cuando la actividad es inmanente al sujeto, la norma que la regula no es jurídica, sino moral. El individuo, como tal y abstracción hecha de sus semejantes, es un puro ser moral, desvinculado por completo del Derecho. Sólo cuando se reconoce y actúa como *socius*, como elemento salido de su aislamiento y puesto en relación con otro, es cuando empieza a ser súbdito de la normatividad jurídica.

Podemos contemplar, por último, desde el punto de vista del hilemorfismo jurídico, la cuestión de si la positividad es o no nota esencial del Derecho. Sabido es cómo Del Vecchio enfocó el tema, dándole una solución negativa (30), alegando que, de no ser así, no podría considerarse como jurídico un precepto procedente de alguna cultura hoy desaparecida por el mero hecho de no ser ya en la actualidad Derecho positivo, ni tampoco «las normas jurídicas (por ejemplo, proyectos de ley) que se vengán elaborando en sustitución o en ayuda de las vigentes» porque todavía no son Derecho positivo. En esta argumentación de Del Vecchio hay una evidente confusión entre la positividad de la norma y el hecho de su vigencia, como atinada-

(28) De ahí que esta cualidad del Derecho es la que debe llamarse propiamente *alteridad* y no aquella otra, de mayor amplitud conceptual, a la que anteriormente nos hemos referido desligándola como *socialidad*.

(29) Salvo, naturalmente, respecto a aquellas relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su aislamiento y de las que él formara parte.

(30) *El pretendido carácter positivo del Derecho*, en *Hechos y doctrinas*, traducción, recopilación y escrito preliminar de E. GALÁN, Madrid, 1942, páginas 83 y siguientes.

mente observa Legaz (31), para quien una y otra son nociones estrechamente vinculadas, pero no idénticas, poniendo la diferencia en que «casi como la idea de vigencia versa sobre el hecho actualmente realizado, la positividad refiérese a su posibilidad».

A parecida conclusión puede llegarse partiendo de la doctrina de la forma del Derecho. Para nosotros no tiene sentido hablar de si un Derecho determinado, un precepto concreto, es o no vigente, porque precisamente el hecho de su vigencia es el signo de que ese Derecho es, incorpora y realiza actualmente la esencia jurídica. La razón está en que toda esencia se manifiesta por una serie de operaciones que le son propias y que son inherentes a su naturaleza; operaciones que, por supuesto, advienen al ser, como varias veces hemos repetido, por su forma. Es decir, que desaparecida la forma, desaparece el ente concreto y, con él, sus operaciones peculiares y específicas.

Como la operación propia de lo jurídico —dimanante de su forma, la juridicidad, que estriba o consiste en una socialidad— es regular formalmente la vida social, ante un ordenamiento o norma concreta que no realice esa función no podemos afirmar su carácter jurídico, porque esa ausencia de operación es prueba irrefutable de la carencia de forma jurídica. Del Derecho romano, por ejemplo, podemos afirmar que *fué* Derecho, pero que no lo es ya, que no tiene existencia actual sólo, y precisamente, por no tener vigencia (32). Las normas no vigentes, pero que lo fueron en el pretérito son, hoy por hoy, cadáveres jurídicos (33). Y de parecida manera podría ra-

(31) *Filosofía del Derecho*, 1953, págs. 290 y sigs.

(32) Afirmar que hoy, con todo rigor metafísico, no existe el Derecho romano no quiere decir que su existencia pretérita no fuera lo suficientemente fecunda para que, todavía hoy, estemos viviendo, en buena parte, de su herencia; lo cual justifica sobradamente la necesidad de su investigación científica. «En la entraña de nuestro presente puede descubrir el romanista esencias vivas del mundo en que sonó por vez primera la hora jurídica de Roma. No todo el Derecho de Roma vive todavía en nosotros, pero vive algo más de lo que solemos sospechar, aunque el estilo, la manera, hayan cambiado.» (J. IGLESIAS, *Derecho romano y esencia del Derecho*, Barcelona, 1957, págs. 10 y 11.)

(33) Ante un cadáver humano afirmamos no que sea un hombre, sino un hombre muerto. Al decir hombre *muerto*, lo mismo que ley *derogada*, estamos haciendo, acaso inconscientemente, unas puntualizaciones indispensables para distinguir esos objetos de lo que realmente entendemos por hombre —que es el que vive— y por ley —que es la que tiene vigencia—.

zonarse, *mutatis mutandis*, respecto de los proyectos de ley todavía no vigentes.

Por tanto, un ordenamiento determinado, una norma, en cuanto ente concreto, o está vigente o no es Derecho, no tiene estructura de lo jurídico. Mas, ¿qué decir del Derecho, no como *ente* concreto, susceptible de existencia actual contingente, sino como *ser*? ¿Tiene entonces su vigencia efectiva toda la trascendencia que para la existencia representa? Las esencias son con independencia de su realización histórica y por ello es indiferente a la esencia jurídica el dato de su concreción en un tiempo de vigencia. *Tal norma* exige actuar en un grupo social, pero a *la norma* le es ajena esa cuestión. La norma únicamente requiere el factor capital de informar la vida social, cualquier vida social, y ese factor es lo que al Derecho aporta su forma o juridicidad. Y será cuando esa forma afecte a un ordenamiento concreto, cuando nazca *ese* Derecho, con sus particularidades históricas y geográficas; de igual modo que cuando aquélla deje de informar a esa materia legal dejará de existir dicho Derecho.

De suerte que si entendemos por positividad, al modo de Del Vecchio, la vigencia de la norma, habremos de afirmar que aquélla es nota esencial de cada Derecho concreto, pero no del Derecho en sí mismo y abstractamente considerado. Mas si consideramos a la positividad, con Legaz, como mera posibilidad de llegar a ser un Derecho efectivo, como «pretensión inmanente de vigencia», entonces, ciertamente, la positividad es esencial al Derecho. Ni puede ser de otra manera. Porque con esa expresión lo que se quiere significar es que el Derecho tiende siempre a actuar de manera efectiva en un grupo social, aunque actualmente no sea así. Y si, como venimos repitiendo, lo que caracteriza al Derecho, lo que determina su esencia, es la forma jurídica o juridicidad, y ésta consiste precisamente en una referencia a lo social, es claro que esta referencia —a la que hemos convenido en llamar positividad— debe considerarse como presente en el Derecho e indisolublemente unida al mismo.

ANTONIO FERNÁNDEZ-GALIANO