

EL DERECHO COMO CIENCIA MORAL, Y COMO MODERADOR DE LA POLÍTICA Y DE LA ECONOMÍA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Juan Bms. Vallet de Goytisolo *

1. El tema que he elegido para esta comunicación se encuadra en el más amplio del ser y de las raíces de esta Real Academia y de las peculiaridades de cada una de las secciones que la integran; pero se ciñe, únicamente, a la subsección, digámoslo así, de la ciencia del derecho integrada junto con la ciencia política en una de las cuatro secciones de esta Academia, al lado de las otras tres secciones de ciencias filosóficas, ciencias sociales y ciencias económicas.

La cuestión que aquí abordo debe centrarse en lo qué es la ciencia del derecho. A este efecto no puede servirnos el antecedente que ofrece la *Académie des Ciènces Morales et Politiques*, porque su perspectiva del derecho respondió a una visión ocasional de éste, muy alejada de la genuina del derecho, a la cual se viene retornando desde finales del siglo XIX¹ y aún más decididamente desde principios de la década de los años sesenta de este siglo. En efecto, quien fue positivista, serio y riguroso, Gregorio Robles, ha confesado²: «Tras el agotamiento del positivismo jurídico hacia el comienzo de los sesenta, que es cuando ven la luz sus postreras obras (segunda edición del *Reine Rechtslehre*, de Kelsen, en 1960; *The*

* Sesión del día 1 de junio de 1999.

¹ Cfr. mi comunicación a este pleno, «Cabe entre las ciencias jurídicas la de legislar?», *Anales*, 66, 1989, págs. 205-245.

² GREGORIO ROBLES, «Introducción» a la obra de ARTHUR KAUFMANN, W. HASSEMER y otros, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. en castellano, Ed. Dehoma, Madrid, 1992, pág. 13.

concept of Law, de Hart, 1961; *On law and Justice*, de Ross, en 1963), comienza una saludable crisis de búsqueda de nuevos derroteros que pueden fructificar en un nuevo estilo de filosofía del derecho.»

La indicada posición de l'*Académie des Ciènces Morales et Politiques* obedecía a la concepción ideológica reductora de todo el derecho a la ley positiva, de modo tal que la labor de los juristas quedaba reducida a mera técnica aplicativa silogística de la ley. Sin embargo, ésta ni siquiera había sido la opinión de la comisión redactora del Proyecto de *Code civil des français* —como muestra el discurso de su presentación, obra de Portalis³— ni fue el seguido por la práctica⁴, ni por la doctrina con anterioridad a 1841, fecha de la *Mémoire* presentada por el entonces Decano de la Facultad de Derecho de París, Blondeau, en la *Académie des Ciènces Morales et Politiques*, titulado *La autoridad de la ley. Fuente de la cual han de encarnar todas las decisiones políticas*⁵. Esta concepción fue la que seguiría la escuela de la exégesis que imperó medio siglo en la enseñanza de las facultades de derecho y en los tratados franceses, aunque realmente nunca se siguió por juzgados y tribunales, ni por la *Cour de Cassation*⁶.

El tema que voy a desarrollar en su conjunto lo he tratado parcialmente en mis estudios *Derecho y filosofía*⁷, *Práctica legislativa y derecho*⁸, *Derecho y economía*⁹, en diversos apartados de los dos volúmenes de mi *Metodología de la determinación del derecho*¹⁰, y los he rozado en varios trabajos monográficos, que citaré en el momento oportuno.

EL DERECHO COMO CIENCIA MORAL

2. El proemio del primer texto del *Digesto* dice por boca de Ulpia-

³ PORTALIS, «Discurso de presentación» del Proyecto del *Code civil des français*, párrafos 39-48 y 61-67.

⁴ FRANÇOIS GÉNY, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo* (1899); cfr. ed. en castellano, Hijos de Reus, Eds., Madrid, 1902, 181-182, págs. 604-605 y sigs.

⁵ *Ibid.*, 10, págs. 21 y sigs.

⁶ *Ibid.*, 177-182, págs. 588-643.

⁷ Cfr. en ARAJYL 25, 1995, págs. 199-212.

⁸ En *Estudios jurídicos en homenaje de Francisco Javier Gaxiola*, Porrúa, México, 1997, págs. 445-463.

⁹ En *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 5541-5554.

¹⁰ *Metodología*, cit., vol. I, Ed. Centro Cultural Ramón Areces, Madrid, 1994, 329-330, págs. 1259-1266; vol. II, Ed. Centro Cultural Ramón Areces-Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, 51-57, págs. 257-289, y 58-61, págs. 291-305.

no ¹¹, «*ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*»; y en el párrafo primero explica: «Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes, pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo a las penas, sino también con la incitación de los premios», buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía no la de símbolos, «*veram, nisi fallor, philosophiam non simulatam affectantes*», como concluye el texto latino.

Casi dos siglos antes, Cicerón ¹² había respondido que, «no ha de tomarse por fuentes de la ciencia jurídica ni el Edicto del pretor, como hacen casi todos hoy, ni las XII Tablas, como los antepasados, sino la filosofía esencial», «*intima philosophia*».

Poniendo estos dos textos en relación con el que define la ciencia del derecho: «*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*» ¹³, ha explicado el gran romanista italiano Biondo Biondi ¹⁴: «La jurisprudencia, para conseguir su fin, se vale de todos los medios y de todos los conocimientos. Medicina, religión, retórica, filosofía, historia, filología, sirven al jurista hasta el punto de que la jurisprudencia se define precisamente como *divinarum et humanarum rerum notitiae*.» Todo se utiliza, y —advierte— «la filosofía que triunfa en Roma, no es especulativa, sino pragmática y moral». A los jurisprudentes «apasionan no los problemas abstractos, sino más bien los de la vida práctica».

Y sigue comentando ¹⁵: «Los juristas romanos consideran la filosofía como una ciencia *altior* en la que se debe enmarcar el derecho.» El texto de Ulpiano referido, en primer lugar, «no supone insertar un elemento especulativo en el ámbito del derecho, sino más bien separar la filosofía de la jurisprudencia, a la que, sin embargo, se quiso calificar de filosofía. La filosofía jurídica que cultivaron precisamente los juristas y coincide con la *iurisprudentia*, no es la filosofía que se elabora con categorías y símbolos (*simulata*), sino por el contrario la filosofía de la realidad (*vera*), es decir, la filosofía que no se pierde en lo abstracto, sino que ve la realidad concreta de la vida. Sólo en este sentido la jurisprudencia es filosofía y los juristas romanos se consideran ellos mismos como filósofos».

¹¹ ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 1.

¹² CICERÓN, *De legibus*, 1, 5.

¹³ ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 10.2.

¹⁴ BIONDO BIONDI, *Objeto y método de la jurisprudencia romana*, cfr. en castellano en *Arte y ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, págs. 61 y sigs.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 66 y sigs.

Jhering¹⁶ habló del principio de la *espontaneidad* o *autonomía* del derecho romano, y Fritz Schulz¹⁷ del principio del *aislamiento* del mismo. En una comunicación en la Universidad de Verano de El Escorial, Juan Miquel¹⁸, en un símil, comparó el derecho romano, tal como fue vivido en Roma, a una célula recubierta por una membrana porosa que separa el *sistema interno* del *sistema externo*. Este incluía todas las demás representaciones de la vida social romana, y a través de esa membrana porosa se producía por ósmosis un intercambio continuo entre ese contenido y el sistema interno del mismo. Si este símil lo ponemos en relación con la definición de jurisprudencia de Ulpiano¹⁹ —*Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*—, podemos comprender que la *divinarum atque humanarum rerum* se halla en el *sistema externo* del derecho, y que su *notitia* se filtra al *sistema interno* a través de la membrana porosa, que regulan los juristas —no teólogos, moralistas, sociólogos, políticos ni economistas— y ellos mismos, en el interior de la célula, asimilan esa noticia para utilizarla en la función práctica de elaborar la *iusti atque iniusti scientia*, observada desde el punto de vista propio de *quod iustum est*, en concreto, en las relaciones de la vida humana.

La filosofía griega había trazado dos caminos al conocimiento, a saber. Uno, el de Platón, que lo busca en las ideas innatas que en nuestra mente refulgen como un sol. Y otro, el de Aristóteles, que busca el conocimiento en la contemplación de las cosas con la luz natural de que está dotada nuestra mente²⁰. Los juristas romanos siguieron este segundo camino, el del conocimiento de la *rerum natura* y la *natura rei* a fin de comprender con el *sensum naturalis* y la *naturalis ratio*, lo que naturalmente es *aequum*, y hallar la *aequitas naturalis*²¹.

3. La desviación del derecho de su genuino método realista no lo iniciaron juristas, sino teólogos, como John Duns Scott, con su voluntarismo, y W. de Ockham, con su nominalismo. Después serían filósofos, como Sir Francis Bacon de Berulam, con su empirismo, Hugo Grocio, Pufendorf, Leibniz, Christian Wolf, con su racionalismo; Thomas Hobbes, John Locke, J. J. Rousseau con su cons-

¹⁶ RUDOLF VON JHERING, *El espíritu del derecho romano*, vol. II, XXXI; cfr. ed. en castellano, Casa Ed. Bailly-Baillieri, Madrid, 1912, pág. 73.

¹⁷ FRITZ SCHULZ, *Principien des römischen Recht. Aislamiento*, cfr. en italiano, Sansoni, Florencia, 1946, págs. 23 y sigs.

¹⁸ JUAN MIGUEL, «La autonomía del derecho romano», en el Curso *La independencia de la función judicial*, segunda semana de julio de 1991, en «Cursos de verano» de la Universidad Complutense en El Escorial.

¹⁹ ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 10, 2.

²⁰ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1.ª, 79, 3, vers. *Sed quia Aristóteles*.

²¹ Cfr. mi *Metodología*, cit., vol. II, 29, págs. 137-141.

tructivismo; Christian Thomasius con su reduccionismo del derecho natural a la moral social; Hume, con su escepticismo, y Kant, con su giro trascendental y su subjetivismo ético, quienes llevaron, paso a paso, el derecho hasta el dominio del positivismo legislativo. Este imperó en el siglo XIX, no obstante, ciertas vivas reacciones que, durante él, produjeron algunos juristas, como Von Kirchmann, Joaquín Costa, Gény.

Volvamos al texto de Cicerón que hemos citado²², según el cual no eran fuentes de la ciencia jurídica la Ley de las XII Tablas ni el Edicto del pretor, sino la «*intima philosophia*», significativa de la vivencia de la justicia. El propio Cicerón dijo: «Muchos doctos varones estiman que hay que tomar como punto de partida la ley, y quizá sea lógico siempre que se entienda que, como ellos definen, la ley “es la razón fundamental insita en la naturaleza que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario”»²³. Es decir, que es «aquella ley fundamental existente antes de todos los siglos, anterior a que se escribiera ninguna ley o de que se organizara ninguna ciudad»²⁴. Como él mismo dijo contundentemente: «Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y leyes de los pueblos, ¿acaso también si son leyes de tiranos? Si los treinta tiranos de Atenas hubiesen querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con leyes tiránicas, ¿iban por esto a ser justas las leyes»²⁵. «Si los derechos de fundaran en voluntad de los pueblos, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular»²⁶.

Cierto es que Cicerón no era jurista, sino retórico, y que era estoico. Pero lo que decía lo practicaban los jurisprudentes en la Roma de su tiempo, aunque por otro camino —el del realismo metódico—, con su *ars boni et aequi*, y con su *interpretatio* de la que se derivaba el *ius civile*, el cual —según Pomponio²⁷— «*sine scripto venit compositum a prudentium*». Las otras dos fuentes mediadoras del derecho que, en el mismo texto, enumera Pomponio, junto al *ius civile*, eran la Ley de las XII Tablas y las *legis actionem*.

Ahora bien, la Ley de las XII Tablas fue una recopilación de *mores maiorum* en todo cuanto no había sido motivado episódicamente para resolver las

²² *Supra*, nota 12.

²³ CICERÓN, *De legibus*, 1, 17, a.

²⁴ *Ibid.*, 19.

²⁵ *Ibid.*, 1, 42.

²⁶ *Ibid.*, 1, 44.

²⁷ POMPONIO, *Dig.* 1, 2, 2, 6.

luchas estamentales entre patricios y plebeyos²⁸. Esas *mores maiorum*, según Max Kaser²⁹ y Urcisino Alvarez Suárez³⁰ eran expresión de lo que ellos denominan «derecho natural romano antiguo». Pues ocurría que en aquellos romanos albergaba —como nota Juan Iglesias³¹— «la robusta creencia de que en las *mores* late la misterial fuerza de la que son agentes la palabra y la acción, acompasadas, de los venerables antepasados».

Por otra parte, fue muy limitado el papel, respecto del *ius*, que tuvo la *lex* en Roma. Fritz Schulz³² escribe que en «cerca de quinientos años de alta cultura y, en particular, de cultura jurídica singularmente elevada», desde la guerra de Aníbal a Diocleciano, «la promulgación estatal del derecho queda en segundo plano, circunscrita a determinadas funciones». En ese período su número —calcula Juan Iglesias³³— sólo sobrepasa levemente la treintena, lo cual reza también para los *senatus consultus* y las *constitutiones principum*, advirtiendo que los edictos pretorios afectaban al orden procesal cuando no atañían a la administración de la ciudad. Además —como Urcisino Alvarez³⁴ indica— las leyes dictadas entre los años 313 al 150 a. C., tuvieron la función, muy circunscrita, «de reprimir abusos en el ejercicio de los poderes reconocidos por el *ius civile* o para complementar instituciones, pero nunca para crear instituciones nuevas y menos aún para oponerse a las que ya existían».

Precisamente, la *sanctio*, que solía incluirse al final de las antiguas leyes —advierte d'Ors³⁵—, expresaba claramente el respeto de la *lex* al *ius*; pues, mediante ella, el magistrado venía a decir que cuanto contradijera a éste no se consideraba legislado; y que, en cuanto la ley aportase alguna novedad en orden al derecho, «se pretendía no infringir aquél, al que se consideraba intangible». Y, recogiendo enseñanzas del mismo d'Ors, escribe Rafael Domingo³⁶, que el derecho

²⁸ Cfr. JUAN MIGUEL, *Historia del derecho romano*, 2.ª ed., PPU, Barcelona, 3, 3, B, pág. 40.

²⁹ MAX KASER, «Mores maiorum» und *Gewolnhastsrecht*, en *LSS*, 29, 1919 (cita de ALVAREZ SUÁREZ).

³⁰ URCISINO ALVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, II, 1.ª, Real Academia de Jurisprudencia (Discurso de ingreso), Madrid, 1966, págs.

³¹ JUAN IGLESIAS, *Esencia y consistencia del «ius romanum»*, 3, *Lebeo* 41 (1995), pág. 85.

³² F. SCHULZ, *op. cit.*, págs. 5 y sigs.

³³ J. IGLESIAS, «Ad intra». Consideraciones romanísticas, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariados de España, Madrid, 1988, pág. 485.

³⁴ U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. y oc. cit.*, pág. 38.

³⁵ ALVARO D'ORS, *Esas reglas que la ley no deroga (A propósito de una sentencia laboral española)*, La Ley, Buenos Aires, 1980, 2, VI.

³⁶ RAFAEL DOMINGO, *Teoría de la «Auctoritas»*, cap. I, 1, EUNSA, Pamplona, 1987, págs. 77 y sigs.

del pueblo romano «se va formando y progresando por el concurso de fuentes de autoridad y de potestad, que mutuamente se respetan y complementan». Así los pretores, con sus *legis actionem*, a petición y con el asesoramiento de los jurisconsultos, es decir, apoyando su *potestas* en la *auctoritas* de éstos, crearon las *utilis actionem* y la *bonorum possessio* para dotar de cauces procesales al progreso del *ius civile*. Caudes procesales, que utilizaban los jurisprudentes para adecuar éste a las nuevas realidades económicas y sociales.

Padeció una crisis este equilibrio cuando, en el *Principado*, la *potestas* se impuso a la *auctoritas* y ésta era otorgada por el príncipe; y se rompió, en el *Dominiado*, cuando los Emperadores sustituyeron las *responsa* de los jurisprudentes por los *iura* del denominado tribunal de los muertos, designados en las leyes de citas, y ellos mismos asumieron la producción del derecho con sus constituciones y rescriptos.

Después, en el *Alta Edad Media* fue incubándose de nuevo el derecho en las escuelas de artes liberales, que enseñaban *trivium* y *quadrivium*, y así pudo después irse recuperando en el Bajo Medievo la ciencia de lo justo.

Pero, a partir del siglo xiv, el voluntarismo y el nominalismo prepararían una profunda ruptura, de la que nos ocuparemos al hablar del derecho y la política.

4. Los tres grandes principios de la ciencia del derecho aparecen formulados en el primer título del *Digesto*: *Honeste vivere, alterum non laedere, ius suum quique tribuendi*.³⁷

Esta es otra expresiva manifestación de que la ciencia del derecho es una ciencia moral. Pero en la aplicación de estos principios se comprueba, una vez más, que su particular punto de vista difiere del propio de la moral social no jurídica, aunque lo confundieran los teólogos-juristas castellanos del siglo xvi y los seguidores de la Escuela del derecho natural y de gentes.

Los moralistas atienden a lo que se debe hacer y a lo que no se debe hacer, a lo que está prohibido, permitido, exigido o autorizado; mientras el punto de vista genuinamente jurídico es el de la determinación de lo que es justo y lo que es injusto, *iusti atque iniusti scientia*, de lo que es equitativo y lo que es inicuo, *ars boni et aequi*. La justicia, sea *conmutativa* o *distributiva* o bien *general* o *legal*, hace

³⁷ ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 10, pr., e *Instituta*, 1, 1, pr., con la variante de *tribuens*, por *tribuendi*.

de pauta con sus respectivos criterios de la *igualdad aritmética*, de la *igualdad geométrica* o *proporcionalidad* y del *bien común*³⁸.

Esta última pauta alcanza incluso el *honeste vivere* que tenga relevancia jurídica, como muestra el empleo de los criterios valorativos de la *moral social*, la *buena conducta*, la *buena fe* y la *mala fe*, la *diligencia de un buen padre de familia*, de un *buen comerciante*, la *conducta culpable*, *dolosa* o *negligente*, etc.

Si hoy en las leyes aparecen preceptos que favorecen la degradación de las costumbres, por lo menos al no reprimir su corrupción, cúlpese fundamentalmente a los políticos que, impulsados por determinados grupos de presión y por los medios de comunicación de masas, prometen, promueven y aprueban esas leyes. Si de algo puede culpárseos a los juristas es de nuestro excesivo silencio y de cierto temor a enfrentarnos a lo que se presenta como progreso, aunque produzca gravísimos daños sociales, como son la degradación de la pirámide de las edades –convertida en una seta con un apoyo cada vez más estrecho que amenaza a la sociedad con un derrumbamiento económico y cultural–, la delincuencia juvenil, el materialismo más egoísta que impera por doquier, la destrucción de la familia, la perversión moral de las costumbres, etc. Se padecen y combaten los efectos, pero no se quiere saber nada de sus causas.

³⁸ La *justicia* ha sido contemplada como *virtud moral* y como *pauta jurídica*. Lo hice observar en mi *Metodología de las leyes*, 96, 186 y 187, Edersa, Madrid, 1991, págs. 227 y sigs. y 483-494. Tanto en uno como en el otro aspecto se distingue la justicia general y la particular. Como virtud moral vemos esta distinción en el *Libro de la Sabiduría de Salomón* (8, 7), en ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea* (5, 1, 1130 a), y SANTO TOMÁS, *Suma Teológica* de (2.^a-2.^{ae}, 58, 5-8). Esta virtud moral de la justicia general ordena los actos de todas las «virtudes, enseña –en palabras de Salomón– la templanza, la prudencia, la justicia y la fortaleza». En cuanto a la justicia como pauta jurídica, el AQUINATENSE (*ibid.*, 61, 1, *resp.* y *ad* 2 y 3) explica que la *justicia general* se dirige inmediatamente a la ordenación de todas y cada una de las partes, y sólo mediatamente a la relación inversa del todo a las partes. Estas últimas relaciones tienen un doble aspecto: de relación de parte a parte, que regula la *justicia conmutativa*, y de relación *del todo a las partes*, que es terminada por la justicia distributiva.

Sintetizó FRANCISCO DE VITORIA (*Comm.* a la 2.^a-2.^{ae}, 61, 1, 2) que la justicia general compara *totius (alias partis) ad totum*; la conmutativa *pars ad partem*, o sea, *unus ad unum*, y la distributiva *totum ad partem*.

A la *justicia legal*, o sea, la *general*, la «pertenece ordenar al bien común las cosas que son de las personas particulares» (*ibid.*, *ad* 4). Pero esa ordenación al *bien común* no significa una absorción de las partes por el todo, ni de los bienes particulares al común, pues deben ser «ordenados al bien común, que es el fin común, no por comunicación genérica o específica, sino por comunicación de finalidad» (S. Th. 1.^a-2.^a, 90, 2, *ad* 2).

DERECHO Y POLÍTICA

A) Su mutua dependencia y su equilibrio inestable

5. He aludido, antes, al equilibrio entre la *potestas* del poder político y la *auctoritas* del saber jurídico, que se mantuvo en la Roma clásica y en el Bajo medioevo entre los practicantes del *mos italicus*.

El *ius* reclama *leges* y éstas deben acomodarse a aquél, es decir, a lo *bonum ac utilem* y, como tal, *aequum*, conforme la *rerum natural*, en lo general, y la *natura rei*, en aquellos casos concretos de que se trate.

Pero en el siglo xiv el voluntarismo y el nominalismo minaron esa genuina concepción del derecho. Si el orden sólo depende de una voluntad –divina o humana– que puede cambiar el derecho, éste pende de esa voluntad.

Dos siglos después, Maquiavelo aisló la ley de lo moralmente bueno, de lo justo, y la hizo dependiente del poder por la que, más tarde, se denominaría «razón de Estado», invocando como suprema ley la salvación de la patria; pero ésta ocultaba la consecución o la conservación del poder. A la suerte o fortuna Maquiavelo oponía la *virtus* política, necesaria «para mantener un Estado», y que no identificaba con la virtud moral –por estimar que un príncipe, «si quiere mantenerse», necesita «aprender a saber no ser bueno, y usar esto o no usarlo según la necesidad»³⁹. Tampoco se identificaba con la justicia jurídica, puesto que sustituía la justicia por la razón de Estado. Con esto, independizaba la política del derecho, convirtiendo aquélla y el uso de la ley en una *técnica racional del poder*, sin otro fin que el propio poder⁴⁰.

Si la política se halla orientada por la justicia general al bien común, este bien únicamente puede ser discernible en caso de que exista un orden en la naturaleza, por lo menos cognoscible en concreto y en lo posible, dadas las deficiencias que padecemos, a veces se confunde el orden dinámico de las cosas con el orden existente en un momento dado; y, entonces del hecho de ser necesario un cambio en ese orden, se pretende inducir que no existe orden natural alguno; y, por ende, se tiene la pretensión de hacer depender de un modo total y absoluto todo orden jurídico y político de la voluntad del príncipe o de la voluntad del pueblo.

³⁹ MAQUIAVELO, *El príncipe*, XV.

⁴⁰ Cfr. MARCEL DE CORTE, *L'homme contre lui même*, Nouvelles Eds. Latines, París, 1962, cap. VI, págs: 190 y sigs.

Un nuevo paso trascendental lo vino a dar Bodino al sustituir la *suprema auctoritas* por la *soberanía*. Aquélla –ha recordado Elías de Tejada⁴¹–, que, según había escrito en 1591 el aragonés Gaspar de Añastro e Izunza, al vertir al castellano *Las Repúblicas de Bodino, catholicamente enmendadas*– no sólo tiene límites hacia arriba, en el orden por Dios creado, sino también hacia abajo, por las competencias naturales propias de los cuerpos sociales. En cambio, Bodino⁴² define la soberanía como «el poder absoluto y perpetuo de una república», «no limitada ni en poder ni en responsabilidad ni en el tiempo». Sin límites hacia abajo, pues la soberanía «en nada se altera ni disminuye por la presencia de los estados»; ni hacia arriba, con carácter jurídicamente efectivo, ya que si bien el príncipe se halla obligado a las leyes de Dios y de la naturaleza, «no es lícito que el súbdito contravenga las leyes de su príncipe so pretexto de honestidad y de justicia».

Esos dos pasos que Maquiavelo y Bodino dieron respondían a la mentalidad absolutista de las monarquías en la Modernidad, y también, a la tendencia que todo poder tiene a un constante acrecentamiento⁴³, y por eso intenta romper todos sus límites. Volveremos después a esto, ya que ahora sólo enfocamos cuál es el equilibrio producido cuando el derecho modera el poder político y el poder político vela por el cumplimiento del derecho.

B) Necesidad de poder político y de leyes

6. El cumplimiento del derecho, que es necesario a toda sociedad –*ubi societas ibi ius*–, requiere que hayan leyes y que se hagan cumplir. El problema es mantener un equilibrio entre la *auctoritas* del derecho, como lo que es justo, y la *potestas* que impone leyes dotadas de coactividad. Las leyes –en su medida adecuada– son necesarias para el derecho por diversas razones. Montesquieu señala dos: una «que las leyes están hechas para anunciar las órdenes de la razón, a quie-

⁴¹ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA Y SPINOLA, *El Franco-Condado-Hispánico*, n. 4 del Apéndice de la 2.ª edición, Jorra, Sevilla, 1975, págs. 227 y sigs. De *Los seis libros de la República*, «Traducidos de la lengua francesa y enmendados catholicamente por Gaspar de Añastro e Izunza», ha aparecido en esta década, una edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, con estudio preliminar de JOSÉ LUIS BERMEJO CABRERO. En ella ciertamente titula *Añastro* el capítulo VIII del libro primero, *La suprema autoridad*, expresión con la que sustituye la palabra soberanía a lo largo de toda la obra. La explicación del por qué de ese cambio es, a primera vista, interpretación de ELÍAS DE TEJADA.

⁴² JEAN BODIN, *Los Seis libros de la República*, libr. I, cap. VIII; *cfr.* en castellano, Aguilar, Madrid, 1973, págs. 46 y sigs.

⁴³ *Cfr.* BERTRAN DE JOUENEL, *El poder*, *cfr.* en castellano, Ed. Nacional, Madrid, 1956, y *La Soberanía*, *cfr.* en castellano, Rialp, Madrid, 1967.

nes no puedan recibirlas de ella de modo inmediato»⁴⁴. Otra: que «todo el hombre podría olvidarse de los otros; los legisladores le han devuelto a sus deberes por las leyes políticas y civiles»⁴⁵.

Esta segunda razón ya la había expuesto San Isidoro de Sevilla⁴⁶: «Las leyes se dictan para que, por temor a ellas, se reprima la audacia de los malvados y para que, entre éstos mismos malvados, el miedo al castigo refrene su inclinación a hacer daño. La vida humana es moderada por el premio o el castigo que la ley establece.»

Explicaron convincentemente el Estagirita y el Aquinatense la primera razón: es preciso que aquello que los jueces deben decidir en sus juicios se halle delimitado por leyes que determinen lo que en general es justo y conveniente, porque:

— Para discernir lo que es justo por naturaleza —*dikaion phisikon* o *iustum ex ipsa natura rei*— es más fácil escoger uno o pocos prudentes, capaces de legislar bien, operando sobre lo general y futuro, con tiempo para deliberar, sin prisas, agobios ni sufrir pasiones de amor y odio, que no dejarlo a los muchos jueces que deben juzgar sobre lo particular y lo presente, padeciendo los consiguientes agobios y presiones⁴⁷.

— Y aquello que naturalmente no es justo ni injusto, pero conviene que sea determinado de uno u otro modo, si no ha sido determinado negocial o consuetudinariamente, debe ser determinado por ley por exigirlo así el bien común⁴⁸.

Ahora bien, puesto que las leyes se disponen para lo que ordinariamente sucede y hay casos que caen fuera de su generalidad⁴⁹, sus normas deben ser entendidas de acuerdo con lo que en el caso enjuiciado resulte justo *ex ipsa natura rei*, pues la justicia «*non habet robur ex lege, sed ex natura*»⁵⁰, recurriéndose si fuere preciso a la equidad.

⁴⁴ MONTESQUIEU, *Mes pensées*, 208.

⁴⁵ *Ibid.*, *De l'Esprit des lois*, 1, 1, *in fine*.

⁴⁶ SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, II, 10 y V, 20.

⁴⁷ ARISTÓTELES, *Retórica*, II, 1, 5, y SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1.^a-2.^{ae}, 95, 1, *ad 2*.

⁴⁸ ARISTÓTELES, *Ética*, 5, 7, 1134 b.

⁴⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 2.^a-2.^{ae}, 60, 5, *resp.* en rel. 15, 2.^{ae}, 95, 2 *resp.*

⁵⁰ *Supra*, párrafo situado entre el que al final lleva la nota 21 y el que al principio lleva la 22.

C) El monopolio del derecho por el poder político

7. Hemos visto antes que la teología voluntarista y las filosofías nominalistas, voluntaristas y constructivistas de la Modernidad, despojando al derecho de su genuino método realista, condujeron a una concepción legalista, estatalizada del mismo.

Francisco Suárez subsumió el derecho en la ley, considerada como precepto⁵¹; pues no sólo estimaba inasequible al hombre el conocimiento directo de la ley eterna, sino también toda aproximación a la misma a través de la naturaleza de las cosas, aunque fuera parcial y sucesiva⁵². La estimaba sólo asequible por medio de la ley divina positiva, de algunas leyes humanas justas y, especialmente de la ley natural⁵³ escrita por Dios en nuestra mente, ya que en ella nuestra razón la puede leer con reflexión menor o mayor⁵⁴. Esta ley natural la consideró condición *sine qua non* para la validez y aplicabilidad de la ley positiva humana cuando la ley le resultare *contraria*, pero no si *fallase negativamente sin serle contraria*⁵⁵. Por lo cual, en ese caso, no actúa como condición *per quas* en la interpretación ni en la aplicación de la equidad⁵⁶.

Así situaba en dos planos distintos la ley natural y la ley humana. Y, por otra parte, ponía la voluntad del legislador por encima de su razón, que no considerándola operante de no resultar de la misma o de otra ley⁵⁷.

En el campo protestante, la escisión de la ley y razón se haría radical. El derecho natural en su versión racionalista no sería sino un modelo –no vinculante– para el legislador humano⁵⁸ y, con Christian Thomasius, al ser reconducido el derecho natural a la moral social, sólo se estimó verdadero derecho el derecho positivo, dimanante de la voluntad del poder político hecha ley⁵⁹.

⁵¹ FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, 1, 2, 4, en rel. con 1, 1, 8 y 1, 12, 4.

⁵² Esta posibilidad la estimó SANTO TOMÁS, *S. Th.* 1.^a-2.^{ae}, 93, 2.

⁵³ F. SUÁREZ, *op. cit.*, 2, 4, 9.

⁵⁴ *Ibid.*, 2, 5, 14.

⁵⁵ *Ibid.*, 1, 4, 5 y sigs.

⁵⁶ *Ibid.*, 1, 6, 7 y sigs.

⁵⁷ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 113-115, págs. 591-616.

⁵⁸ Cfr. mi discurso inaugural, *La encrucijada metodológico-jurídica en el Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma*, 13, Real Academia de Jurisprudencia, Madrid, 1991, págs. 35 y sigs.

⁵⁹ Cfr. *Metodología de la determinación del derecho*, vol. I, *Parte sistemática*, 191, a, págs. 628 y sigs.

El contractualismo dio el paso decisivo de supeditar totalmente el derecho al Estado. Hobbes, que era más nominalista que Ockham, creía que no existe en el mundo social humano orden natural alguno que determine lo naturalmente justo. Los hombres en su estado originario estaban en perpetua lucha a muerte entre sí, sin más ley que su egoísmo. Por eso, estimó preciso construir el orden de nueva planta, partiendo de ese egoísmo que llevaría al pacto. A su juicio ⁶⁰, «allí donde ninguna convención haya tenido lugar anteriormente, nadie puede ser injusto», ya que «la *injusticia* no es sino la *no ejecución* de las convenciones». De ahí que el Estado y el derecho nazcan del contrato social. Por aquél —dice— ⁶¹: «yo autorizo a este hombre o a esta asamblea y le entrego mi derecho de gobernarme a mí mismo, bajo la condición de que tú abandones tu derecho y que autorices todas sus acciones de la misma manera. Así, resulta que, «haga lo que haga en sus actos y juicios, el soberano instituido no puede cometer injusticia respecto de sus súbditos», pues, «una vez convenida una república», «cada particular es autor de todo lo que haga el soberano» y, siendo así, «aunque pueda cometer iniquidad», esa iniquidad «no es lo mismo que la injusticia, en el propio sentido de la palabra», pues «es imposible cometer injusticia consigo mismo» ⁶².

Rousseau no podía aceptar sin reserva el contrato social de Hobbes, porque entendía que la desigualdad y la falta de libertad proceden de los abusos de los socialmente poderosos, por lo cual la redención de los oprimidos requería un nuevo pacto que sustituyera a *Leviathan* por Demos, de tal modo que la *aliénation totale* de cada asociado, con todos sus derechos, se haga a la *volonté générale* ⁶³. Por razón de ella, se debe obedecer no sólo la convención originaria, sino las leyes aprobadas por la mayoría, ya que —según Jean-Jacques—: «Fuera del contrato primitivo [que se presupone unánime], la voz del mayor número obliga siempre a los demás, por consecuencia del contrato mismo», pues «el ciudadano consiente todas las leyes, aun aquellas que se aprueben contra su voluntad». Es decir, la voluntad general se deduce «del cálculo de votos» ⁶⁴.

Otro filósofo, Immanuel Kant, consideraría inalcanzable, teórica ni prácticamente, el conocimiento objetivo de lo que es justo, que sólo subjetivamente es sentido en la conciencia de cada uno; y, por tanto, únicamente es obligatorio moralmente pero no jurídicamente ⁶⁵. Por ello, consideraba imprescindible que el Estado se

⁶⁰ THOMAS HOBBS, *Leviathan* XV.

⁶¹ *Ibid*, XVII.

⁶² *Ibid*, XVIII.

⁶³ JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, VI.

⁶⁴ *Ibid*, IV, II.

⁶⁵ I. KANT, *Introducción a la metafísica de las costumbres*, IV.

halle dotado del poder formal de imponer el derecho positivo mediante leyes emanadas de sus mandatos imperativos y, que además éstas estén dotadas de coacción⁶⁶.

Ya entrado este siglo xx, Hans Kelsen ha llegado aún más lejos. Entiende que no sólo emana del Estado todo el derecho, sino que Estado y derecho se identifican; pues aquél es «la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho»⁶⁷. Consecuentemente, «el derecho no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de conducta humana sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con ello»⁶⁸. El orden jurídico, a partir de la constitución, forma una «estructura escalonada», en la que el derecho opera «un proceso perpetuamente renovado de autocreación»⁶⁹.

Esta estructura constituye la pirámide jurídica, de la cual ha escrito André-Vincent⁷⁰ que es la tumba no sólo del derecho clásico, sino también de la ciencia del derecho a la que Kelsen pretendía dotar de rigor matemático.

El racionalismo de la Ilustración y de las Luces, así como el formalismo kantiano, serían sobrepasado por la Una-Eterna-Voluntad-Infinita del Estado –proclamada por Fichte–, por la encarnación del *espíritu del pueblo* en la realidad material, según la concepción de Schelling. Esto inspiró a la escuela histórica del derecho para efectuar una curiosa mezcla de elementos racionales (*sistema, deducción y genealogía de los conceptos*) e irracionales (*totalidad orgánica, historicidad, particularismo racional*)⁷¹. En fin, Hegel llegaría a afirmar que el Estado es la *realidad efectiva de la Idea moral objetiva* que se realiza en la historia universal, ya que ésta se desarrolla racionalmente⁷².

De este modo, deja en manos del Estado el despliegue de la «Razón» en la «Historia», produciendo los fenómenos, que he denominado⁷³ *macrojusticia, pan-reglamentación y monopolio estatal del derecho*.

⁶⁶ *Ibid*, *Introducción a la teoría del derecho*, B, C y D.

⁶⁷ KELSEN, *Teoría general del derecho y el Estado*, II, 1, a, c; *cfr.* UNAM, México, 1979, págs. 226 y sigs.

⁶⁸ *Ibid*, *Teoría pura del derecho*, VI, 41, *cfr.* UNAM, México, 1983, págs. 320 y sigs.

⁶⁹ *Ibid*, «El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho», 44; *cfr. Rev. Der. Priv.*, Madrid, 193, pág. 71.

⁷⁰ PHILIPPE I. ANDRÉ-VINCENT, «La distinction réelle du droit et la loi selon Saint Thomas d'Aquin», *La Pensée Catholique*, 191, marzo-abril 1981, págs. 80 y sigs.

⁷¹ *Cfr.* ALFRED DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, PUF, París, 1991, II, II, I, págs. 180 y sigs.

⁷² HEGEL, *Filosofía del derecho*, §§ 137, 254, 257 y 259, 341-342.

⁷³ *Revolución, historicismo y tradición en el hallazgo, conservación y progreso del derecho*, 15, Verbo 128-129, pág. 195.

D) Reacciones sucesivas, en el campo jurídico, contra la confusión de derecho y ley y el monopolio de aquél por el Estado

8. En su famoso discurso, pronunciado el año 1847 en Berlín, el fiscal Von Kirchmann fue muy crítico con el hecho de que se sustituyeran por leyes dispuestas por el legislador, lo que la ciencia jurídica puede obtener de la realidad. De tal modo la jurisprudencia de ser –dice– «sacerdotisa de la verdad», se convierte en «sierva del azar, del error de la pasión del legislador»; los juristas «por obra de la ley positiva se convierten en gusanos que sólo viven en la madera podrida, desviándose de la sana, establecen su nido de la enferma», y la jurisprudencia, en lugar de tener por fin «el descubrimiento puro y simple de las verdaderas leyes del derecho» no le queda otra función sino la de explicar y aclarar lo que dispone el legislador⁷⁴.

En 1876, el polígrafo altoaragonés Joaquín Costa escribía: el derecho «está dado para la vida», a fin de «informarla para que se realice en forma de derecho», produciéndose esa «realización o determinación» como «principio esencial y eterno» en «una serie de hechos o estados temporales y sensibles (positivos) mediante la actividad de un sujeto racional»⁷⁵. Según él, el derecho es un principio de libertad que el sujeto debe ejercitar «dentro de los límites que le traza la ley objetiva del bien»; «la coacción es un factor accidental de la vida del derecho», no un «elemento componente»⁷⁶. Esas determinaciones –como expliqué en mi discurso de ingreso en esta Real Academia⁷⁷– se concretan no en normas, sino en la actividad realizadora de *hechos jurídicos*, cada uno de los cuales requiere una operación racional del sujeto⁷⁸, que en el ámbito del derecho voluntario es presidido por el principio de libertad civil, o *standum est chartae*, y por el *standum est consuetudini*⁷⁹. En lo que es derecho necesario, absoluto, obligatorio, atinente a lo que es esencial a la persona, «en su concepto absoluto», «que la constituye, sin lo cual deja-

⁷⁴ JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, IEP, Madrid, 1961, págs. 49-54.

⁷⁵ JOAQUÍN COSTA, *La vida del derecho*, Introducción 11, *cfr.* Bergua s.f., Madrid, págs. 94 y sigs.

⁷⁶ *Ibid.*, 18, pág. 130.

⁷⁷ *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, 37-44, RECM y P, Madrid, págs. 145-169.

⁷⁸ JOAQUÍN COSTA, «Teoría del hecho jurídico individual y social», *Rev. de Legislación*, Madrid, 1880, 7, pág. 51.

⁷⁹ *Ibid.*, «La libertad civil y el Congreso de juriscultos aragoneses», cap. IV, II, *Rev. de Legislación*, Madrid, 1883, págs. 102-108. *Cfr.* la conferencia que expuse en el salón de actos de esta Academia el 4 de febrero de 1886, *Joaquín Costa y los principios «standum est chartae» y «standum est consuetudine»*, 5, Instituto de España, Madrid, 1886, págs. 142 y sigs.

ría irremisiblemente de ser, el Estado ha de procurar su cumplimiento y castigar su transgresión⁸⁰.

En 1901, en su discurso de ingreso en esta Real Academia, Costa después de argumentar en contra de la asunción del derecho por el Estado, aunque éste fuese liberal y legislara el Parlamento, pronunciaría con estas rotundas frases⁸¹: «El día de las elecciones se pone al pueblo el manto de púrpura en la espalda, corona de oro en la cabeza; el aspirante a legislador, postrado de hinojos delante de él, proclámale César, *res sui iuris*, lo agasaja y adula», pero «cayó la papeleta, como si dijéramos el cetro, en la urna y se acabó la soberanía: el diputado, el senador, el ministro, desciñen al pueblo la corona, echan una losa sobre su voluntad»... «llevándolo al Calvario del Congreso, lo crucifican a discursos y leyes imperativas», y no se le permite su «desuso», ni «costumbre en contrario», ni «un “se obedece pero no se cumple”».

En 1899 propugnó François Géný⁸² que cuando la ley resulte inadecuada se debe acudir a la *libre* [en cuanto no dependiente del derecho positivo] *rêcherche scientiphique*, atendiendo en esa búsqueda a la naturaleza de las cosas.

En el derecho angloamericano ya se había escrito que las leyes no son sino «pedazos de carta» o «una voz en el aria» a los que los jueces dan forma⁸³. Y, en Alemania, Oscar von Bülow había sostenido en 1885, la tesis de que «la ley no produce por sí misma el derecho, sino que solamente lo prepara», siendo «la verdad creadora del derecho la sentencia del juez»⁸⁴.

A primeros de este siglo xx surgiría el *movimiento del derecho libre* que, según Kantorowicz⁸⁵, es un derecho no estatal que constituye el suelo del cual dimana el derecho estatal, así como su crítica y su complemento en cuanto éste falta o no resulta adecuado. Eugen Ehrlich⁸⁶ sostendría que «la mayor parte del

⁸⁰ *Ibid*, *Teoría del hecho jurídico*, 11, págs. 81 y sigs.

⁸¹ *Ibid*, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el «status» individual, el referéndum y la costumbre*, San Francisco, Madrid, 1901, págs. 62 y sigs.

⁸² F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1902, 154-169, págs. 481-550.

⁸³ *Cfr.* GUIDO FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 3, cap. 13, 2, Pirámide, Madrid, 1982, págs. 214 y sigs.

⁸⁴ *Ibid*, 11, 4, pág. 167.

⁸⁵ HERMANN KANTOROWICZ, «La lucha por la ciencia del derecho», *cfr.* en *La ciencia del derecho, Introducción*, Losada, Buenos Aires, 1949, págs. 334 y sigs.

⁸⁶ EUGEN EHRLICH, *Los fundamentos de la sociología del derecho*, ed. italiana, XXI, 4-6, Giuffrè, Milán, 1976, págs. 598 y sigs.

derecho tiene su origen inmediatamente en la sociedad», y que los documentos jurídicos constituyen «el ordenamiento interno de las relaciones sociales, del matrimonio de la familia, de las corporaciones, de la posesión de los contratos, de las sucesiones».

Después de esta fase doctrinal crítica, que podríamos calificar de reacción, ha venido otra fase de reconstrucción del derecho considerado con la aspiración de lograr resultados objetivamente justos. Finalidad que se intenta lograr por diversos caminos: idea del derecho, principios ético-jurídicos, valores supralegales e, incluso, supraconstitucionales, naturaleza de las cosas, retorno a la equidad, etc.

La ciencia del derecho ha dejado de confundirlo con la ley positiva. La filosofía del derecho retorna a comprender lo que vulgarmente decimos al clamar ¡no hay derecho! ante cualquier norma o decisión que se estima injusta, aunque los sistemas políticos imperantes lo ignoren y traten de imponer su positivismo legalista.

E) El derecho moderador de la política

9. Ha advertido Bertran de Jouvenel que «cuando se cree que autoridad justa es la que instaura un orden justo en todos los puntos, se entra en el camino de las locuras más peligrosas»; pues desemboca «en el absurdo de una sociedad donde todo sea justo sin que nadie tenga necesidad de serlo»⁸⁷. «La cohesión necesaria de la sociedad no puede ser sostenida únicamente desde el poder. Necesita que exista una profunda comunidad de sentimientos arraigados en una fe común y que se traducen en una moral incontestable, sostén de un derecho inviolable»⁸⁸.

«Una sociedad —ha escrito Marcel de Corte⁸⁹— se halla formada por un lecho [ò sedimento] producido por un aluvión de actos de justicia.»

Esto requiere, de por sí, una moderación jurídica del poder político para impedir que se produzca la conjunción *totalitarismo-masificación-tecnocracia*, que son fenómenos correlativos, íntimamente interrelacionados; pues cualquiera de ellos repercute en el acrecentamiento de los otros dos⁹⁰.

⁸⁷ BERTRAND DE JOUVENEL, *La soberanía*, II parte, cap. IV, pág. 296.

⁸⁸ *Ibid.*, *El poder*, cap. XVI, págs. 351 y sigs.

⁸⁹ MARCEL DE CORTE, *De la justice*, Dominique Martín Marín Ed., Jarzé, 1973, pág. 19.

⁹⁰ De la correlación entre el totalitarismo —o sea, la asunción por el Estado de todas las funciones sociales, convirtiéndolas en servicios públicos, que es independientemente de que el régimen

En tiempo de Montesquieu no se daban esas posibilidades tecnológicas que hoy facilitan el totalitarismo tecnocrático; pero el Barón de la Brède sentía la profunda preocupación de que el despotismo acabara por adueñarse de Francia, pues veía acentuarse el absolutismo de la monarquía francesa⁹¹. Y ese temor lo extendió a toda Europa: «La mayor parte de los pueblos de Europa están aún gobernados por las costumbres. Pero si por un dilatado abuso de poder, si por una gran conquista, el despotismo se estableciera en un cierto grado, no habría costumbre, ni región que se sostuviera; y, en esta bella parte del mundo, la naturaleza humana sufriría, al menos durante algún tiempo, las ofensas que se le hacen en los otros tres»⁹².

Observaba que esa posibilidad de degeneración en despotismo existe en cualquier clase de gobierno: «La monarquía degenera ordinariamente en el despotismo de uno sólo: la aristocracia en el despotismo de varios; la democracia en el despotismo del pueblo»⁹³, que generalmente, cae al fin en manos de una oligarquía o, en especial de una sola persona, que lo ejercitan⁹⁴.

Hará pronto un cuarto de siglo que quien había sido presidente de la República francesa, Georges Pompidou, en su libro póstumo⁹⁵, advertiría que, «en el mismo momento en que el individuo se siente libre y se libera de las obligaciones y represiones tradicionales, se construye una máquina técnico-científica monstruosa, que puede reducir a esclavitud al mismo individuo... «Que nadie acaricie la ilusión del control» en esta situación. Para defenderse de este peligro se necesitan «instituciones que aseguren, en todas las etapas de la vida, en todos los escalones de la sociedad, en todos los marcos en que se inserta la vida individual –familia, profesión, provincia, patria–, el máximo de agilidad y libertad. Y ello con el fin de limitar los poderes del Estado, de no dejarle más que cuanto es de su propia res-

político sea dictatorial o democrático– con la sociedad de masas, he tratado en *Derecho y sociedad de masas*, RJC, LXVI, 1967, págs. 7-62; en *Sociedad de masas y derecho*, Taurus, Madrid, 1969, y en *El hombre en la sociedad de masas*, VERBO 159-160, págs. 1383-1409.

De la tecnocracia he tratado en *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, 1.ª ed., Escelicer, Madrid, 1971 (traducido al portugués, Renacença, Lisboa, 1974) y 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1975 (traducida al portugués, Mundo Cultural, São Paulo, 1977), y en *En torno a la tecnocracia*, Speiro, Madrid, 1982.

⁹¹ MONTESQUIEU, *Mes pensées* XVIII, *Sur l'histoire de France Louis XI* 795, *cfr.* «Oeuvres...», col. de la Pléiade I, págs. 1099, *in fine*.

⁹² *Ibid.*, E. L., VIII, VIII, 2.

⁹³ *Ibid.*, Dossier, M.P. 235, «Oeuvres», vol. II, pág. 1048.

⁹⁴ *Ibid.*, E. L., VIII, II, 7, inc. final.

⁹⁵ GEORGES POMPIDOU, *Le noeud gordien*; *cfr.* en castellano, Sociedad Hispano-Americana de Ed. y Distr., Madrid, 1975, cap. final, págs. 158-160.

ponsabilidad, que en nuestros días ya es inmensa; de dejar a los ciudadanos la gestión de sus propios asuntos, de su vida personal, la organización de su felicidad tal y como ellos la conciben, con el fin de escapar a esta funesta inclinación, que bajo el pretexto de solidaridad, conduce derechamente al rebaño».

El problema se plantea en toda sociedad en avanzado proceso de masificación, en la que el pauperismo de las masas, su desarraigo requieren tutela y exigen dirección. El *quid* –del cual me he ocupado en más de una ocasión⁹⁶– consiste en proteger a esas masas sin incrementar su masificación, ni congelarla, sino en favorecer la desmasificación, promoviendo y estimulando el sentido de la responsabilidad, de la previsión, del ahorro, el acceso a la propiedad de la vivienda y la creación de empresas.

Esta es la antítesis, entre los que Hayek denomina «orden creado» –en el sentido de «fabricado», «autógeno», o *taxis*– y «orden espontáneo», «endógeno», o *kosmos*, que «no está limitado por lo que determinada mente humana puede dominar», sino que «sólo puede ser fruto del juego de fuerzas de carácter espontáneo» y no basado «en relaciones puramente *abstractas*, que sólo mentalmente cabe establecer»⁹⁷, «deriva de la sumisión de sus elementos a ciertas normas de la realidad, que surgen como reacción de la misma al medio que las rodea»⁹⁸. «Si la estructura de la sociedad moderna –añade– ha llegado a alcanzar su actual grado de complejidad (muy superior a cuanto pudiera haberse alcanzado de manera deliberada) es porque está basada en un orden espontáneo»; la complejidad de la cual sólo cabe salvaguardar «de manera indirecta, perfeccionando y haciendo cumplir las normas que propicien la formación de un orden espontáneo»⁹⁹.

He ahí la diferencia entre las constituciones no escritas que combinaban pactos reales, costumbres racionales y leyes sometidas a aquélla, en las que se trataba de poner límites al poder, o sea, las constituciones no escritas que contemplaba Montesquieu¹⁰⁰, y las constituciones continentales europeas posteriores a la Revolución francesa, en las cuales –como hizo notar quien fue nuestro compañero Luis

⁹⁶ *Sociedad de masas y derecho*, 58, págs. 237 y sigs., y *Metodología de las leyes*, 120, págs. 292-295.

⁹⁷ FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, *Normas y orden*, cap. II, págs. 75 y sigs.

⁹⁸ *Ibid*, págs. 98 y sigs.

⁹⁹ *Ibid*, págs. 101 y sigs.

¹⁰⁰ Cfr. ELI CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, cfr. su reimpresión, Sletkine Reprints, Ginebra, 1978.

Sánchez Agesta¹⁰¹— se ha «alterado hasta invertirse» la «coherencia entre organización de poder y constitución social». Y, de tal modo: «La coherencia, relativa coherencia, de la unidad del orden aparece creada desde el poder, como realización de un plan que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política».

Montesquieu, en sentido totalmente contrario a éste, trataría de que la realidad de las cosas y el derecho basado en ellas, equilibraran los poderes, evitando su acumulación y confusión. Buscaba así un equilibrio no sólo político, sino también social¹⁰².

Ante todo, observa que el *espíritu general de la nación*, es resultante de «el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos...», y entiende que «a medida que una de esas causas actúa con más fuerza, las otras decrecen otro tanto»¹⁰³. Por lo cual trataba de buscar un equilibrio dinámico, acorde con la misma naturaleza de las cosas, que el derecho debía cooperar en mantener mediante un equilibrio *vertical* y *horizontal* de poderes.

La *limitación vertical del poder* la contemplaba Montesquieu por mediación de los que él denominaba *pouvoirs intermédiaires*¹⁰⁴, que enfocaba en relación a las monarquías de su tiempo¹⁰⁵.

Y como *limitación horizontal* proponía el *equilibrio* o *contrapeso*, no *división* ni *separación*, sino —como ha mostrado Eisenmann¹⁰⁶— *no confusión de poderes*.

De ese equilibrio Montesquieu mostró, según Postigliola¹⁰⁷, cinco formu-

¹⁰¹ LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho constitucional comparado*, 5.ª ed., cap. I, 4, Facultad de Derecho, Madrid, pág. 28.

¹⁰² Cfr. MICHEL TROPER, «Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs», en *Cahiers de Philosophie politique y juridique*, de la Universidad de Caen, 7, 7, 1985, págs. 70 y sigs.

¹⁰³ MONTESQUIEU, *E. L.*, XIX, IV, 1-2.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU, *E. L.*, II, IV, 1.

¹⁰⁵ Cfr. lo que resumo y comento en mi libro *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, cap. X, Civitas, Madrid, 1986, págs. 323-356.

¹⁰⁶ CHARLES EISEMANN, «L'Esprit des lois et la separation des pouvoirs», *Mélanges Carré de Melberg*, 1933, págs. 1901 y sigs., reproducido en *Cahiers de Philosophie Politique*, de la Universidad de Reims, Ouisia, Bruselas, 1985, págs. 4 y sigs.; y «La pensée constitutionnelle de Montesquieu», en *Bicentenaire de l'Esprit des lois*, Sirey, París, 1952, reproducido en los *Cahiers...*, últ. cit., págs. 57 y sigs.

¹⁰⁷ Cfr. ALBERTO POSTIGLIOLA, «En relisant le chapitre sur la constitution d'Angleterre», en *Cahiers...*, de la Universidad de Caen, págs. 17 y sigs.

laciones, que considera complementarias¹⁰⁸ por estimar que la teoría de la libertad política y la contención del poder, en la concepción del Barón de la Brède, resultan de la armonía orgánica de los tres factores siguientes:

a) El Estado, en su significación clásica.

b) «La distinción o no confusión de los tres poderes (sean “aristotélicos” o “lockianos”) compartidos y distribuidos entre las fuerzas sociales, de modo tal que constituye un sistema muy sofisticado de contrapesos recíprocos».

c) «El principio medieval tardío de la autonomía de la justicia.»

En 1923, Maurice Hauriou¹⁰⁹ había advertido que, en tiempos de Montesquieu el poder judicial era poder político porque los parlamentos judiciales tenían el poder «*d'empêcher*», de detener la aplicación de las ordenanzas reales, rechazando registrarlas incluso antes de producir litigio contencioso alguno. Algo semejante a lo que hoy ocurre en los Estados Unidos de América. Mientras que, en los demás Estados se considera que los jueces sólo pueden rechazar, en los juicios que ellos deciden, la aplicación de las leyes inconstitucionales. Por eso estimaba que hoy debe existir una primera y básica separación entre la justicia contenciosa y los poderes políticos.

Años después, Georges Renard¹¹⁰ diría: «*La justicia es un poder puramente jurídico*, que tiene la misión constitucional de hacer, ella sola, de contrapeso al triple poder *político* del gobierno, de las cámaras y de los colegios electorales. Este equilibrio de los poderes —dice siguiendo a Hauriou— es la primera y más necesaria separación de poderes.» En esa separación «corresponde a los tribunales no solamente aplicar la ley o adaptarla a las circunstancias o llenar sus lagunas, sino también oponerle, si no los principios de derecho natural —tesis por otra parte puramente prematura, pero sí límite ideal al que debe tenderse—, por lo menos, los principios de derecho nacional, que para cada pueblo constituyen la carta de su constitución moral y política».

A su vez, Eisenmann¹¹¹ observaría más tarde, buscando la exacta posición de Montesquieu, que, según *De l'Esprit des lois*, la doctrina constitucional de la no

¹⁰⁸ *Ibid.*, págs. 25 y sigs.

¹⁰⁹ MAURICE HARIOU, *Precis de droit constitutionnel*, Sirey, París, 1923, págs. 305 y sigs.

¹¹⁰ GEORGES RENARD, *Le droit, la logique et le bon sens*, Sirey, París, 1925, conf. 10.^a, págs. 370 y sigs.

¹¹¹ CH. EISENMANN, *La pensée constitutionnelle de...*, loc. cit., págs. 54 y sigs.

confusión de poderes se compone esencialmente de dos principios irreductibles muy diferentes que juegan sucesivamente y que son:

Primero: la no confusión, no sólo de los tres poderes, sino ni siquiera de dos, y la no identidad de los *órganos* que los ejercen. Lo cual si bien comporta un margen de indeterminación importante, excluye negativamente cierta composición de aquéllos.

Segundo: la atribución del poder supremo de modo contrabalanceado a los poderes del monarca y del parlamento, excluyéndose de él el de juzgar.

Ciertamente, dice Montesquieu que «la función de juzgar en cierto modo, resulta, por decirlo así, invisible y nula»¹¹². Esa expresión «*en quelque façon*» se refiera a la función de juzgar sólo «en lo concerniente al poder político»¹¹³.

Creo, por tanto, que Montesquieu no concebiría la existencia de un Consejo Superior del Poder Judicial, además de la Presidencia y el Pleno del Tribunal Supremo, y sí propugnaría la plena independencia de jueces y tribunales en su función de juzgar. También pienso que, para él, resultaría inaceptable una separación sólo formal de poderes, como ocurre cuando la mayoría de los miembros del Consejo Superior del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional son designados en forma tal que obtengan mayoría y sean elegidos los propugnados por el partido o partidos que sean mayoritarios en el poder legislativo, mayoría en la cual también se apoya necesariamente el gobierno que ejerce el poder ejecutivo. De tal modo, resulta que el mismo partido político o coalición de partidos dominantes en el poder legislativo, además de designar el órgano ejecutivo, designa a la mayoría de quienes eligen a los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo, a los de las Audiencias y determinan qué jueces ascienden.

DERECHO Y ECONOMÍA

A) Introducción al tema

La ciencia del derecho, al requerir la previa noticia de todas las cosas, necesita tener la debida noticia de la economía. El jurista para determinar qué es

¹¹² MONTESQUIEU, *E. L.*, XI, VI, 14 y 34.

¹¹³ *Cfr.* GEORGES C. VLACHOS, *La politique de Montesquieu Notion et méthode*, cap. IV, Le eds. Montchrestien, París, 1974, págs. 131 y sigs.

derecho se encuentra siempre con la economía. Debe atender al valor de las cosas, a las consecuencias económicas de las leyes, de los contratos y de cualquier decisión. Si derecho es genuinamente lo que es justo conforme la naturaleza de las cosas, si la justicia general tiene por pauta el bien común, que incluye la *communis utilitas*, si la justicia distributiva debe guiarse por la igualdad geométrica, o proporcionalidad en la distribución de beneficios y cargas comunes, si la justicia conmutativa se debe guiar por la igualdad aritmética, la economía debe ser tenida muy en cuenta por todo jurista, desde el legislador al juez, desde el catedrático a todo asesor jurídico y, específicamente, a todo notario.

Confieso que hace muchos años me deslumbró la afirmación de Carnelutti¹¹⁴ de que el fin del derecho consiste en *someter la economía a la ética*. Pero, desde hace tiempo, creo que esta afirmación debe matizarse.

La finalidad del derecho es la justicia y la determinación de ésta debe atender, con las tres pautas antes indicadas, a todos los datos que suministra de la naturaleza de las cosas en su más amplio sentido que abarca al hombre, a sus relaciones de toda clase y a las sociedades de que forma parte. Por lo demás, el bien común comprende todo lo bueno, en primer lugar, y, seguidamente, lo que es útil, lo cual no es posible determinarlo sin la ayuda de la economía. Y el ámbito del bien moral incluye todo cuanto contribuye a la perfección de los hombres, a su fortaleza, su templanza, su prudencia y su justicia; y la justicia general requiere el equilibrado orden de aquellas cuatro virtudes, y contempla todas las relaciones sociales entre las que se hallan la ecología, la política y la economía.

Por eso, muchas veces, ocurre que el conflicto entre derecho y economía, es mal entendido como dilema entre justicia y efectividad o eficacia, porque se contempla con una visión estrecha y de corto alcance. Corto alcance que fue reflejado por Platón, en un fragmento de su diálogo Gorgias, en que relata la réplica de Sócrates a Calicrates que exaltaba Temistocles, Cimón y Pericles: «Ellos han engrandecido el Estado proclaman los atenienses, pero no ven que este engrandecimiento no es más que una hinchazón, un tumor lleno de podredumbre, porque de una manera descabellada estos antiguos políticos han llenado la ciudad de puertos, arsenales, murallas, tributos y otras necedades semejantes, sin conseguir la templanza y la justicia.» Ciertamente, de modo inexorable, Atenas sufrió la decadencia que testimonia la historia.

¹¹⁴ FRANCESCO CARNELUTTI, «Teoría general del derecho», *cfr.* traducción al castellano de la 3.ª ed. italiana, *Rev. Der. Priv.*, Madrid, 1955, págs. 37 y sigs.

En consecuencia, las relaciones entre el derecho y la economía han debido existir siempre, desde los más remotos tiempos. Era así en Roma porque esta última debía decir algo acerca de la *utilitas* y la *publicam utilitatem*, aludidas en algunos textos del *Corpus Iuris*; y, en buena parte, sin duda muy importante, el derecho atendía a la economía para regular las instituciones que se refieren al comercio marítimo.

La escolástica medieval no dejó de contemplar esta relación. Santo Tomás de Aquino la tuvo muy en cuenta ¹¹⁵, especialmente cuando se ocupa de la propiedad ¹¹⁶ y, en ella, de la *potestas procurandi et dispensandi*, del *lucrum* y el *usus pecuniae* ¹¹⁷, así como del concepto de lo *superfluum* y del deber de distribuirlo conforme la virtud de la liberalidad ¹¹⁸.

En el orden legislativo, Alfonso X de Castilla en el año 1256, ante las quejas que recibió por causa del encarecimiento de las cosas, estableció tasas. Esa disposición provocó que las cosas tasadas desaparecieran del mercado; y, por ello, el rey tuvo que *tirar los cotos*, o sea, suprimir las tasas, y mandó que, en adelante, las cosas se vendiesen libremente por los precios convenidos entre las partes ¹¹⁹.

La depreciación de la moneda y la inflación ya antes habían sido objeto de disposiciones canónicas. Una decretal de 1199 (II, 2, 24, 18), dirigida por el papa Inocencio III al rey Pedro el Católico de Aragón, condenó expresamente toda alteración del valor de la moneda que no obtuviera el *assensus populi*, y declaró su ilegalidad. Reiteraron este criterio Inocencio IV, en su *Apparatus super Decretales*, y Bonifacio VIII, en su Bula *Ausculda filii*, donde reprendió a Felipe el Hermoso de Francia. Se citan también las Decretales *Olim, Cum canonicis* y *Si beneficiorum*.

Ante la afirmación de Aristóteles, en su *Política*, I, 5 y 6, y en su *Ética*, 5, de que es potestad de la república y del príncipe la de variar la moneda y alterar su valor, se produjo desde el siglo XII una evidente preocupación. Santo Tomás de Aquino ¹²⁰ observó que, como instrumento de cambio, la moneda es *medium ius-*

¹¹⁵ Cfr. mi estudio «Propiedad y justicia a la luz de Santo Tomás de Aquino», 12-24, en *Estudios sobre derecho de cosas*, I, 2.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 167-216.

¹¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Comment. a la Política de Aristóteles*, II, 2 y 5, y VI, 5; *S. Th.* 1.ª-2.ª, 105, 2, resp.; y 2.ª-2.ª, 66, 2.

¹¹⁷ SANTO TOMÁS, S.c.g., III, 133 y *S. Th.* 2.ª-2.ª, 77, 4, resp.

¹¹⁸ *Ibid.*, *S. Th.* 2.ª-2.ª, 32, 5 y 6.

¹¹⁹ Cfr. *Crónicas de los reyes de Castilla, Don Alfonso X*, cap. V.

¹²⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De regim princip.*, 2, 13.

titiae, por lo cual debe asegurar la equivalencia de las prestaciones: y, por consiguiente, el príncipe no puede variar su valor *pro libidine propria*. Bartolo ¹²¹ diría que la moneda emitida con falta de peso debía considerarse *falsa et adulterina*, y que el príncipe para variar su valor necesitaba el consentimiento del pueblo.

Ya en el siglo xiv, Nicolás Oresmio —de quien se dice ¹²² que fue el autor que más sistemáticamente trató de esta cuestión— justificó el principio de *droit coutumier*: *Monnai veult demeurer*, pues, para el normal desarrollo del tráfico, es necesario que el valor de la moneda sea estable; y advirtió de que toda alteración del valor monetario implica una redistribución de la riqueza.

A finales de ese mismo siglo xiv, el jurista catalán, Jaume Callis escribiría un tratado *De moneta*.

En el siglo xv tenemos, como ejemplo de disposición reguladora de cuestiones económicas, la constitución propuesta por la reina María —como lugarteniente general de su esposo Alfonso el Magnánimo, rey de Aragón— y aprobada por las cortes de Barcelona de 1423, que prohibió la venta en Cataluña de paños extranjeros. Tomás Mieres ¹²³, al comentarla, trató del libre mercado y del proteccionismo en términos estrictamente jurídicos. Recordó el principio de que *publica praefertur privatae utilitatis*, y, por ello, se mostró contrario a los monopolios. No obstante, se inclinó por admitir que, por costumbre o privilegio, pudiera establecerse que en determinado lugar no se permitiera a otra persona vender, *v. gr.*, carnes, y que pudiera ser amparada esta prohibición por acción confesoria y posesoria. Sin perjuicio de considerar inválidas por fraudulentos los pactos concertados para impedir que otros pudieran vender o instruirse en cualquier arte, que consideró ilícitos e incidentes en la prohibición del capítulo *De monopolii* de Inocencio IV.

Sin salir de España, en el siglo xvi, Francisco de Vitoria dictaminaría sobre cambios y operaciones de bolsa, en los mercados y ferias internacionales ¹²⁴,

¹²¹ BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Comm. Dig.*, 18, 1 y 24, 2.

¹²² Cfr. TULLIO ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, I, 2, págs. 12 y sigs.; y su cita de BRIDREY, *La theorie de la monnai au xiv siècle*, Nic. Oresme.

¹²³ TOMÁS MIERES, *Aparatus*, II, coll. X, cap. XXIII, págs. 438 y sigs.

¹²⁴ Estos dictámenes fueron recopilados por el P. MIGUEL ARIZ y publicados por el P. VICENTE BELTRÁN DE HEREDIA, O. P. «Colección de dictámenes inéditos del maestro Fr. Francisco de Vitoria», en *Ciencia tomista*, 43, 1931, cfr. TEÓFILO URDANOZ, «Francisco de Vitoria. Sus obras. Su personalidad científica y su influencia», Introducción biográfica a las *Caras de Francisco de Vitoria*, BAC, Madrid, 1960, págs. 8 y sigs.

Domingo de Soto, también trató numerosos temas económicos ¹²⁵, que inspiraron al doctor navarro Martín de Azpilcueta, considerado como precursor del P. Tomás del Mercado, autor éste de la obra *Tratos y contratos de mercaderes y tratantes*, publicada en Salamanca en 1569 ¹²⁶.

Diego de Covarrubias ¹²⁷ recogió la polémica entre Fabro y Dumoulin acerca del antes referido principio *monnai veult demourer*; y, desarrollándola, examinó el verdadero sentido de la opinión de Aristóteles, exponiendo la suya propia, coincidente con la de Santo Tomás y del común de canonistas y civilistas. Esta reconocía que, *si mutatio monatae fiat absque iusta causa pro principum libidine, id est omnino illicitum*, puesto que el príncipe sólo puede variarla con consentimiento del pueblo, o bien *ex iusta causa vel absque populi praeiudicio*, o bien hacerlo por necesidad pública. Pero, en ese caso, cesada esta necesidad, debía reparar el daño causado al pueblo en cuanto *posset id restituere*.

Un tema discutido por la segunda escolástica y los autores de la Escuela del derecho natural y de gentes, fue el de la libertad de los mares, que llevaba consigo el libre comercio marítimo, que fue tratado por Vitoria, F. Suárez, Vázquez de Menchaca, Grocio, entre otros ¹²⁸. También Grocio, Pufendorf y otros autores de la escuela del derecho natural y de gentes trataron el tema de la moneda, siguiendo el criterio tradicional de delimitar los derechos y deberes del poder estatal en esta cuestión ¹²⁹.

Por primera vez tuve que tratar jurídicamente un tema económico en 1960, cuando me fue confiado el honor de pronunciar el discurso de apertura del año judicial 1960-1961 de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canarias, que dediqué *La antítesis inflación-justicia* ¹³⁰. Acerca de esta cuestión, pero enfocándola panorámicamente, volví a ocuparme en mi comunicación al Pleno de la Real Aca-

¹²⁵ Cfr. JAIME BRUFAU PRATS, *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, cap. «El poder económico», Universidad de Salamanca, 1960, págs. 73-117.

¹²⁶ Cfr. JOSÉ LARRAZ, *La época del mercantilismo en Castilla*, Madrid, 1943, págs. 126 y sigs.

¹²⁷ DIDACUS COVARRUBIAS A LEIVA, *Veterum collectionum numismatem cum bis, pure modo expendundur, publica, et regia auctoritate proponsa*, cap. VII, 6.

¹²⁸ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, I, *Perspectiva histórica*, 134 b, págs. 387 y sigs.; 152, párrafos finales, págs. 465 y sigs.; 162, texto correspondiente a las notas 192-194 y 171, págs. 510 y sigs., párrafos que llevan las notas 119-122, págs. 544 y sigs.

¹²⁹ Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, nota 75, págs. 46 y sigs.

¹³⁰ Publicado íntegramente en *RJC*, 59, 1960, págs. 531-592 y reproducido en *RIN*, 50-51, págs. 47-111. Su parte general revisada y adicionada constituyó el capítulo *La inflación*, IX de *Sociedad y masas y derecho*, Taurus, Madrid, 1968, págs. 489-529; y una refundición de aquél y de éste, éste en mis *Estudios varios*, Montecorvo, Madrid, 1980, págs. 29-126.

demia de Jurisprudencia del 20 de enero de 1975, *Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario*¹³¹.

En ella contemplé la destrucción de riqueza en un sector unida a su creación o acrecentamiento en un sector distinto, producida en España por las tres inflaciones, hasta entonces, producidas después de nuestra postguerra, y de las medidas políticas que trataron de corregir sus desajustes, que yo había observado en la perspectiva privilegiada de mis notarías. En la primera padecieron la destrucción de riqueza principalmente los propietarios de fincas urbanas y rústicas arrendadas. La segunda, para remediar el problema de la vivienda, la hizo padecer a nuestra industria. Y la tercera, para remediar la padecida por ésta, la hizo padecer a nuestro agro, quedando yermos muchos terrenos, pueblos abandonados, bosques descuidados fácilmente incendiables. La cuarta inflación que entonces ya se vislumbraba ha originado la enajenación a capital extranjero de muchas industrias, en especial las alimentarias, y la conversión en dinero del patrimonio de muchas de las pequeñas y medianas empresas, que desaparecieron, generando paro. Durante esos largos años, en la política y entre los economistas españoles, estaba en auge la teoría de Keynes, siendo escasos los que aquí discrepaban de ella, no obstante, contradecir la política económica de Erhard, en Alemania, y discrepar Hayek y Von Mises en sus libros. Ahora el viento ha cambiado y se lucha por reducir la inflación, aunque no por eliminarla totalmente.

El tema que ahora abordo lo he enfocado de modo general, en unos apartados de mi *Metodología de la determinación del derecho*¹³², en mi colaboración al homenaje al profesor Aurelio Menéndez¹³³ y lo ha rozado en mi comunicación a este Pleno, *La naturaleza de las cosas, ámbito y medio para armonizar economía y ecología*¹³⁴.

B) El análisis económico del derecho

Aun cuando el auge de la *jurimetría* economicista es un fenómeno reciente, sus orígenes remotos han de buscarse en el *utilitarismo* de Bentham –del que

¹³¹ Publicado *ARAJ y L*, 5, 1977, págs. 41 y sigs., y reproducido en *VERBO*, 166-167, págs. 757-776 y en mis cits. *Estudios varios*, págs. 127-148.

¹³² *Metodología de la determinación del derecho*, vol. I, *Perspectiva histórica*, 329-330, págs. 1259-1266.

¹³³ *Derecho y economía* en mis citados *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, págs. 5541-5554.

¹³⁴ *Cfr.* nuestros *Anales*, 71, 1994, págs. 143-164.

me ocupé en mi *Metodología de las leyes*¹³⁵ y reincidí en mi colaboración al homenaje de nuestro compañero Juan Velarde Fuentes¹³⁶, y en USA el terreno le había sido preparado por la penetración en el derecho del *pragmatismo*¹³⁷, que Dewey había llevado a la política y constituyó el fundamento filosófico del *legal realist*, que formularía el juez Holmes¹³⁸. Este consideraba que el derecho está reducido al hecho, que se puede estudiar desde fuera, *from the outside*, más bien que *from the within*, y, en esta perspectiva, es reducido a ser un instrumento de la sociedad para la satisfacción de sus propias necesidades, entendiéndose que carece de un criterio absoluto de valoración, y sólo tiene el relativo de la utilidad.

Esa utilidad a la que atiende el pragmatismo se refiere al tener, al disfrutar, y tiende a olvidar el ser y a su desarrollo cualitativo, sin el cual las virtudes básicas: fortaleza, templanza, prudencia y justicia, se debilitan en el hombre.

Alessandro Giuliani¹³⁹ ha explicado que a los seguidores del *real realist* les atrajeron particularmente la economía y sus métodos. Precisamente quienes guiaron la transformación económica en Estados Unidos fueron los juristas. Ahora bien, en esta tendencia —como entre nosotros ha explicado Cándido Paz Ares¹⁴⁰— pueden apreciarse tres posiciones distintas, aunque con fronteras poco nítidas y fluidas:

1.º La que reduce la contribución de la economía al derecho a una función meramente informativa, en la cual el economista sólo actúa como un técnico.

2.º La que estima que los objetivos de las instituciones jurídicas, e incluso su mismo diseño, deben ser definidos en términos económicos, por lo cual, el economista se convierte en un supertécnico.

¹³⁵ *Metodología de las leyes* 63-66, Edersa; Madrid, 199 , págs. 144-164.

¹³⁶ «El utilitarismo de Bentham y la ciencia de legislar», en *Economía y sociedad. Homenaje a Juan Velarde Fuentes*, Eudema, Madrid, 1992, págs. 411-427.

¹³⁷ La crítica pragmática «determina no el coeficiente efectivo de realidad, sino el coeficiente eficaz de realización». Busca el conocimiento no como «cosa en sí», sino como «cosa en mí». Cfr. QUINTILIANO SALDAÑA, «Estudio preliminar», III, del librito de DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1925, págs. 20 y sigs.

¹³⁸ OLIVER W. HOLMES, «The Parth of the Law», en *Harvard Law Reviers* (1987), págs. 457, 465-468, y en *Collectet Legal Papers* (1920), págs. 167, 180 y sigs., cita de LOEVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, I, cfr. versión en castellano, Bosch, Casa Ed., Barcelona, 1954, págs. 32 y sigs.

¹³⁹ ALESSANDRO GIULIANI, *Los presupuestos de la filosofía del derecho americano, El realismo jurídico*, 3, AFD, IV, 1956, págs. 295 y sigs.

¹⁴⁰ CÁNDIDO PAZ ARES, *La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)*, ADC XXIV-III, julio-septiembre 1981, págs. 601-707.

3.º La que, en el examen de los problemas jurídicos, impone totalmente el vocabulario y la peculiar estructura analítica de la economía; por considerar que los problemas del derecho deben ser enfocados y resueltos conforme requiere la economía y con la perspectiva propia del economista. La economía política viene a ser así la *jurisprudencia racional*. Esta tercera posición es la del *new law and economics*, que adopta el modelo de la escuela de Chicago, con la tendencia a la *maximización* de valor conforme la teoría económica. Bajo este punto de vista, la función nuclear del derecho viene a ser la de crear o *modificar incentivos*, para lo cual se requiere un previo análisis en el que se emparejan el *principio de la eficiencia de Pareto* y el *paradigma de la competencia* en una economía de mercado.

Según esta perspectiva –destaca Oppetit¹⁴¹– que la regla de derecho debe responder a una concepción puramente instrumental dirigida a la eficacia económica. Por lo cual, todo el sistema jurídico apoyado por el poder político se tecnifica. El *optimum* de Pareto señala cuando, por los defectos del mercado y de los contratos, debe el Estado intervenir legislativamente con el fin de imponer la solución colectivamente óptima.

Los resultados muestran –dice el mismo Oppetit¹⁴²– unas ramas del derecho en las cuales las concepciones jurídicas se desvanecen detrás de los *standars* económicos; así: «el derecho de la concurrencia y del control de las concentraciones, en contra del discurso jurídico clásico, sigue un modo de razonar fáctico e inductivo que conduce a una decisión puramente oportunista, tomado por una autoridad investida de la función de evaluar las conductas incriminadas»; y, del mismo, «la lógica del derecho de obligaciones y de su ejecución, dirigido a la realización de objetivos puramente económicos (salvaguardia de la empresa, mantenimiento del empleo y de la actividad), ha convertido el derecho en aleatorio, sacrificando deliberadamente los principios del derecho de obligaciones y de garantías», pero «sin alcanzar ni siquiera la eficacia que pretende legitimar...».

Inversamente, en el análisis económico de orientación «liberalista» de los «propietaristas», se pone en tela de juicio la distinción, clásica en la tradición civilista, entre lo patrimonial y lo extrapatrimonial, conduciendo a una «repatrimonialización sistemática de los derechos de la personalidad y a una continua extensión

¹⁴¹ BRUNO OPPETIT, *Droit et économie*, A.Ph.D., 37, 1992, pág. 24.

¹⁴² *Ibid*, págs. 26 y sigs.

del número de cosas incluidas en el comercio jurídico». Así, «todo aquello que antes escapaba a la evaluación pecuniaria se presta hoy a convenciones, decisiones, indemnizaciones o cesiones a título oneroso referentes tanto a los atributos de la personalidad (nombre, vida privada, imagen, productos de la inteligencia, sufrimientos y afecciones, clientelas civiles) cuanto a la integridad física (donaciones de órganos, comercio de niños, madres de alquiler, abreviación de la vida animal o vegetal)».

En todo esto se pone en juego —observa— la noción de libertad. La rama de la economía política que postula el Estado del bienestar conduce a «un Estado omnisciente, manipulador de las normas del derecho en nombre del balance costo-ventajas de las diversas reglas de conducta». Frente a ella, quienes «ven en la libertad un bien intrínseco, piensan que la moralidad es connatural al hombre y no es convencional, que es preciso respetar las capacidades autónomas de elección y acción de los individuos, y no puede considerarse a éstos como instrumentos de la realización de un objetivo impuesto desde fuera». Pero, como concluye este autor: «El hombre no es reducible sólo a la eficacia.»

Por mi parte, insisto, una vez más, en que si la función del derecho es el *suum quique tribuere*, sin duda los juristas debemos conocer lo que opinan los economistas de las diversas escuelas y de sus análisis. Es algo que forma parte de la *humanarum rerum notitia*. Pero no tenemos por qué seguir las directrices de la teoría económica dominante en un momento dado, que, sin salir del mundo norteamericano, ha oscilado entre los polos contrapuestos de las escuelas de Yale y de Chicago.

La ciencia del derecho para formular criterios de conformidad en la justicia general o legal, con su pauta del bien común, sin duda alguna ha de tener muy en cuenta, como un dato más para su conocimiento general, todo aquello sólidamente experimentado y ya sedimentado traído por la economía. Pero, no ha de navegar al viento de la teoría económica de moda que, en estas últimas décadas, hemos visto pasar como en un desfile de modelos, muchas veces fracasados poco después estrepitosamente.

C) La ciencia del derecho moderadora de la economía, con su pauta de lo que es justo conforme la naturaleza de las cosas

Confieso mi convicción de que de la naturaleza de las cosas debe ser la pauta tanto de la ciencia política y la ciencia económica como de la ciencia del derecho.

Ocurre, a mi juicio, que el orden dimanante de la naturaleza de las cosas, insito en su creación divina, incluye todos los órdenes que en nuestra finitud humana no alcanzamos a ver en su unidad y en su pluralidad inseparables. Es decir, no existe un orden económico separado e independiente del orden político, ni un orden político separado e independizado del orden social, ni ninguno de esos tres órdenes se puede aislar del orden ecológico, ni éste del orden humano, que se inserta en él. Ocurre además que se halla dentro de un orden teológico que le impone un orden moral individual y social.

Todos esos órdenes son dinámicos y en esa dinámica incide la libertad humana. El hombre es el único animal dotado de libertad y de razón para actuar en el mundo que le rodea. Pero precisamente por su mal uso de esta libertad, puede crear desorden en todos los órdenes particulares de la vida si no se guía por la razón, sino por sus pasiones o si aquélla yerra. En ese caso, esos desórdenes son reconducidos al orden general de las cosas, produciendo una *hybris*, en una *vindicta naturae*, y las consiguientes reacciones y contrarreacciones. En la perspectiva histórica de ese orden, Giambattista Vico¹⁴³ hablaría de la *historia ideal eterna*, por la cual «las historias de todas las naciones en sus orígenes, progresos, equilibrios, decadencias y finales», «transcurren, en el tiempo», entre los *corsi* y *ricorsi* de la historia, produciendo progresos y retrocesos, según cuál sea la conducta de los pueblos.

El hombre no puede desconocer ese orden, dentro de cuyos márgenes discurre su libertad, y menos aún puede impunemente pretender suplantarlos. He ahí el fracaso del mundo comunista y hundimiento de la URSS que, por ser *contra natura*, yo veía inexorable en 1969, cuando escribí en *Sociedad de masas y derecho*¹⁴⁴, pero que no me imaginaba tan próximo. También el tan cacareado Estado del bienestar está fracasando, pues impulsa una economía al revés¹⁴⁵, y los fallos del neoliberalismo monetarista son frecuentes. Como pregunté ante este mismo Pleno¹⁴⁶, sigo preguntando: ¿Puede funcionar un orden económico del todo independiente de un orden ético? ¿Puede existir un orden económico libre en un orden político dominado por el voluntarismo, sea el de un dictador, el de unas oligar-

¹⁴³ GIAMBATTISTA VICO, *Scienza nuova* I, IV, 342 y sigs.; *cfr.* en *Opere*, ed. en italiano, cuidada por FAUSTO NICOLINI, Riccardo Riccardi, Milán-Nápoles, 1953, págs. 486 y sigs.

¹⁴⁴ *Sociedad de masas y derecho*, 56, págs. 226-229.

¹⁴⁵ *Cfr.* MARCEL DE CORTE, «La economía al revés», *cfr.* en *VERBO*, 91-92, enero-febrero 1971, págs. 125 y sigs.

¹⁴⁶ *La naturaleza de las cosas, ámbito y medio para armonizar economía y ecología*, comunicación del 8 de febrero de 1998, *cfr.* *Anales*, 71, pág. 148.

quías dominantes, aunque se turnen al compás del sufragio universal? El mismo reinado del egoísmo, que Von Misses¹⁴⁷ considera motor del progreso, ¿acaso no puede ahogar la libertad, motor de ese progreso, para acrecentar el poder político hasta dominar los poderes económicos, aduciendo que sólo trata de destruir las desigualdades consideradas opresivas, especialmente si este objetivo es argüido demagógicamente para facilitar la consecución o mantenimiento del poder político?

¿No llevará el egoísmo a estos resultados –sigo preguntando– por qué en el nivel humano fallan la moral y las virtudes civiles tradicionales: la templanza, la laboriosidad, el ahorro, la iniciativa individual y el sentido de la responsabilidad y el cumplimiento de los deberes, con tanto hablar de derecho?

La fina sensibilidad femenina de Simone Weil comprendió: «Sería muy extraño –dijo¹⁴⁸– que el orden de las cosas materiales reflejara mejor la sabiduría divina que el de las cosas del alma. Lo contrario es la verdad.» Los romanos sabían que la jurisprudencia –como dijo Ulpiano¹⁴⁹ al definirla– requería la noticia no sólo de las cosas humanas, sino también de las cosas divinas.

El derecho, como *quod iustum est*, es realizado en la medida en que alcanza la verdad de las cosas divinas y humanas. Por eso, Santo Tomás de Aquino¹⁵⁰ explicó que «alguna vez la justicia es llamada verdad», dado que se trata de realizarla mediante un dictamen de la razón práctica y que «a la rectitud de corazón se llama verdad», que «es impresa en la voluntad por la proximidad de la razón». Y el jurista gerundense, Tomás Mieres¹⁵¹, en el segundo tercio del siglo XVI, escribiría que la justicia es inseparable de la verdad: «*iustitiam facit quando sequitur veritatem: quia non est iustitiam ubi non est veritas*». Y a esta verdad se refirió Vico cuando distinguió *verum* y *certum*¹⁵², advirtiendo que el *verum* «es una cierta luz y esplendor que ilumina la razón natural, por lo cual, muchas veces los jurisconsultos romanos usaban *verum est* por *aequum est*»¹⁵³. A esa verdad nos aproximamos al poner-

¹⁴⁷ LUDWIG VON MISSES, *La acción humana*, cap. XXVII, 4, SOPEC, Madrid, 1968, págs. 872 y sigs.

¹⁴⁸ SIMONE WEIL, *L'ennacnement*, 2.ª ed., Gallinard, París, 1949, pág. 162.

¹⁴⁹ ULPIANO, *Dig.* 1, 1, 10, 2.

¹⁵⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 2.ª-2.ª.º, 58, 1, ed. 3.

¹⁵¹ TOMÁS MIERES, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, II, coll. XI, cap. IV, 2.ª ed., Impr. Sebastia Cornelles, Barcelona, 1621, pág. 520.

¹⁵² VICO, *Scienza nuova*, 231, pág. 477.

¹⁵³ *Ibid.*, 324, pág. 477. Respecto de esta equivalencia, cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 118, pág. 625, párrafo que lleva la nota 245, donde muestro que no se trata de una mera conjetura de Vico, sino que se halla apoyada en varios textos del *Digesto*.

se en contacto la *lumen rei* con la *lumen mentis*, que: por *sindéresis*, nos permite alcanzar los primeros principios de la ley natural; por *abstracción integrativa* de las cosas, la noticia de los universales y, por *abstracción por composición*, las cualidades y valores ¹⁵⁴.

Todas las ciencias buscan acercarse a la verdad de las cosas; pero buscan específicamente verdades particulares: las ciencias naturales, la verdad científica de la naturaleza material, y cada rama lo hace bajo su propia perspectiva (la *mineralogía*, la *botánica*, la *zoología*, la *física*, la *física cuántica*, la *química*, la tienen cada cual específica); la *ecología* busca el equilibrio de la naturaleza que nos rodea; la *sociología*, la de los fenómenos sociales; la *economía* busca la de la producción en la distribución y el consumo en los fenómenos económicos.

En cambio, la ciencia del derecho, en la naturaleza de las cosas debe buscar la verdad general –en cuanto le sea asequible– para poder determinar el orden social humano justo con las pautas correspondientes de la justicia general o legal, la justicia distributiva y la justicia conmutativa.

Es muy cierto que la concepción de la ciencia del derecho dominante en el siglo XIX –que aún impera entre los políticos contemporáneos–, la redujo a una técnica aplicativa de las leyes. Pero ésta no sólo no es su concepción genuina, sino tampoco la que hace tiempo predomina en la ciencia y en la filosofía del derecho actual.

Se ha vuelto, por una parte, a percibir desde muy diversas perspectivas que las normas tienen una función instrumental para realizar la justicia en la convivencia social y en cada supuesto concreto que, *negocial* o *confluctualmente*, se plantee ¹⁵⁵. Y, por otra parte, para la obtención de resoluciones justas se ha retornado de nuevo la vista a la naturaleza de las cosas o, por lo menos, a la de la cosa –*Natur der Sache*–, como en Alemania la *Wertungsjurisprudenz*.

Años antes, el gran procesalista Francesco Carnelutti, se valió de un símil al comparar la interpretación musical y la jurídica. En ese símil veía, en la música,

¹⁵⁴ Cfr. lo que digo en las comunicaciones de los tres cursos académicos anteriores: *Conversión de los principios ético-naturales en principios generales del derecho y su reflejo en la interpretación jurídica*, I, núm. 73, 1996, págs. 198 y sigs.; *En torno a los modos de conocer y explicarle conocidos y su reflejo en el razonar (abstracción integrativa y abstracción sustractiva)*, IV, núm. 74, núm. 1997, págs. 49 y sigs.; y *Modos de captación de los valores –¿intuición eidética o abstracción por división o representación?– y su concreción*.

¹⁵⁵ Cfr. mi discurso en la inauguración del curso 1995-1996, en la Real Academia de Jurisprudencia, *Panorámica general de la interpretación jurídica*, 18, págs. 49-52.

un puente con dos arcos entre el sentido de la armonía, el compositor y el intérprete musical, y en la del derecho lo veía entre el orden del universo creado, el legislador y el intérprete jurídico. En esa segunda perspectiva observaba la contradicción que el jurista puede encontrar entre lo que le llega del segundo arco y lo que se halla en el punto de arranque del primero¹⁵⁶. Y, más tarde, ahondando en esta posible contradicción, al *juicio de legalidad* le opuso el *juicio de equidad* que, a la par, es *juicio crítico universo*¹⁵⁷.

Como en mi comunicación de 1994, me permito ahora volver a citar unas frases de Schwars-Lieberman von Welhendorff¹⁵⁸: «El derecho es el reflejo de la naturaleza de las cosas»... «El derecho es como el acompañamiento, el reflejo del universo en su andadura que se trata de reconocer»... «Los hechos contienen su juicio, la dimensión metafísica de los hechos, con el conocimiento del hombre, próximo o lejano a los “dioses”, se muestra como una potencia y una catarsis que permiten desprender el derecho».

También ciertamente es común a la economía, a la política y al derecho que, en sus respectivos ámbitos, lo que podríamos denominar macroeconomía, macropolítica, y macrocultura resultan del conjunto de microeconomías, micropolíticas y microculturas y no pueden ser absorbidas por aquéllas sin sufrir, por una parte, las consecuencias de su congestión asfixiante y, por otra, las inhibiciones que tal absorción produce, en detrimento de las iniciativas creadoras y de la misma libertad responsable en el pensar y en el actuar, imprescindibles a todo progreso y al de toda ciencia.

Pero, repito, que en la comunicación iluminadora entre las mentes humanas y la naturaleza de las cosas divinas humanas, producida en un ir y venir enriquecedor del saber, la perspectiva que el derecho debe tener ha de ser general, aunque contemplada bajo la perspectiva de la justicia, con la finalidad de guiar el *suum quique tribuere* como ha destacado muy bien Michel Villey¹⁵⁹. En ésta la justicia particular –conmutativa y distributiva– debe ser presidida y orientada por la justicia general, requirente de que el objeto del reparto sea mejor y mayor, función

¹⁵⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, «¿Qué es el hecho?», en *Arte del derecho*, cfr. en castellano, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1948, págs. 54 y sigs.

¹⁵⁷ *Ibid.*, *Teoría general del derecho*, 216-218, págs. 515-520.

¹⁵⁸ H. A. SCHWARS-LIEBERMAN VON WELHENDORFF, *Reflexions sur la nature des choses et la logique du droit*, 3, Le Haye, Mouton, París, 1973, pág. 10.

¹⁵⁹ MICHEL VILLEY, «Suum quique tribuens», en *Studi in onore de Pietro de Francisci*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1956, págs. 361-371.

específica de la ciencia económica, pero el derecho debe tender a que ese crecimiento no vaya en detrimento del ser de los hombres, para que éstos no sean peores, sino mejores y para que reine la justicia entre ellos. Esta es la función propia de la ciencia del derecho, según expone el primer texto del *Digesto*, por el que he comenzado y al que termino refiriéndome.

