

¿Cabe, entre las ciencias jurídicas, la legislativa?

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. JUAN VALLET DE GOYTISOLO (*)

ADVERTENCIA PREVIA.—El tema objeto del examen que vamos a realizar tiene muy poco o nada que ver con los recientes estudios acerca de la forma de las leyes, realizados por el grupo universitario barcelonés Gretel ^a ni con los desarrollados, con la denominación de *Gesetzgebungslehre*, en Alemania desde hace algo más de una década, en Austria y Suiza, ni con el *Grating of statutes*, con cierta tradición en Inglaterra, y que tienen por objeto «no ya la ley como producto intangible, sino la legislación como actividad ^b que debe desarrollarse para la elaboración de textos legales, como *ingeniería social* y no como *dogmática jurídica*, con el fin de señalar directrices: *formales*, en materia de normalización del lenguaje, estructura y sistemática de las leyes, y *materiales*, para ofrecer catálogos de criterios operativos, medios o instrumentos al servicio de la elaboración legislativa, que en Alemania Federal se suelen redactarse en forma de *cuestionarios*, con bloques de preguntas destinadas teóricamente para controlar la necesidad y cualidades formales y materiales de la normativas proyectada, llamadas *Checklisten* o *Prüffragen* ^c.

1. La elección del tema para esta comunicación la decidí mientras escuchaba, el 18 de marzo de 1988, la de nuestro compañero José Luis Pinillos, en el curso pasado, *Futuribles para el año dos mil, una evaluación de la perspectiva actual*.

(*) Sesión del martes 18 de noviembre de 1988.

^a Cfr. GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), *La forma de las leyes*, 10 Estudios de técnica legislativa, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., 1986.

^b Cfr. *op. cit.*, Introducción, 2, págs. 10 *in fine*.

^c *Ibid.*, 3, 4 y 5, pág. 12 y sig.

Padecemos, desde hace muchos años, el predominio de una prospectiva estadística, cuantitativa. Se suele pasar por alto lo cualitativo, y lo íntimamente humano, no relativo al *tener* sino al *ser*, y cuando no se le desprecia como un residuo negligible por no proporcionar una certeza físico-matemática, se trata de cuantificarlo como si fuese uno de tantos factores cuantitativos. Por eso me reconfortó mucho escuchar a nuestro compañero.

Poco más de un mes después, en tercera plana de *ABC*, apareció un lúcido artículo del mismo Pinillos, *Retorno a lo humano*. En él, en esa misma línea, explicó que «la civilización postindustrial ha caído en la cuenta de que bajo la luz y el brillo del progreso acechan, inquietantes, las sombras del desorden, quizá del caos»: «Tras una frenética etapa de entusiasmo por el progreso de las cosas (...) el hombre de hoy vuelve otra vez donde solía, esto es, empieza a preguntarse si no deberá buscar dentro de sí la raíz de los males que le acosan desde fuera (...) en los confines de la física los hombres de ciencia sienten la presencia de una realidad velada que bordea la metafísica».

Hace ya cerca de veinte años aporté mi grano de arena. Era cuando primaban las ideas de los tecnócratas franceses Armand y Drancourt, del Club Jean Moulin y de Bloch-Lainé. En 1971 publiqué la versión reducida de *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia* ¹, y luego, en 1975, su versión ampliada ². Luego, en 1981, en San Antonio de Texas, desarrollé un curso —recogido al año siguiente en *En torno a la tecnocracia* ³— en el cual —ante la pretensión de mensurar todo el orden social para efectuar su racionalización operativa—, pregunté ⁴:

¿Cómo se valora sólo por la estadística, que mide el desarrollo, lo que destruye la inflación, si —como había advertido Salleron ⁵— destruye, o al menos quebranta familia, patrimonio, herencia, tradición, oficio, honor profesional, las estructuras básicas de los servicios del Estado, Magistratura, Ejército, grandes corporaciones, etcétera...?

¿Cómo se valora lo que Gustave Thibon ⁶, denomina «las lentas reservas dormidas», «la paciencia conservadora de los órganos profundos» «los pozos de la tradición de la autoridad, de la experiencia, los pozos en que calladamente reposa la caravana social», si no se estiman sino negativamente, no viendo en ellos «más que parásitos y obstáculos», «provoca aversión» todo «lo que conserve, tanto en el mundo de los cuerpos como en el de las almas»?

¿Cómo se valorará lo que de un modo penetrante ya percibió Ihering ⁷, la

¹ Madrid, Escelicer, 1971.

² Madrid, Montecorvo, 1975.

³ Madrid, Speiro, 1982.

⁴ *La tecnocracia sus objetivos unidimensionales*, 12, en *En torno a la tecnocracia*, pág. 74 y sigs.

⁵ LOUIS SALLERÓN, *¿Quién paga los vidrios rotos de la inflación?*, en *Verbo* 111-112, enero-febrero 1972, págs. 153 y sigs.

⁶ GUSTAVE THIBON, *Diagnósticos de fisiología social. El espíritu de la economía*. Madrid, Ed. Nacional, 1958, pág. 29.

⁷ RUDOLF IHERING, *La lucha por el derecho*, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1921, págs. 49 y sigs., cap. III, cfr. ed. en castellano.

regresión que, a su juicio, producía, por si sola, «la atenuación del sentimiento individual de la lucha contra la injusticia sufrida personalmente», «cualquiera que sea la causa de esa atenuación de carácter?».

Todo esto —recordé— es algo cualitativo que cuantitativamente puede parecer más pequeño que un grano de mostaza, pero de cuya germinación pueden derivarse consecuencias inmensas. Ignoramos cómo podría cuantificarse ese germen, a fin de poder restarle al resultado de la medición estadística y triunfalista del orden aparente.

2. Pasan ya más de veinte años de cuando escribí el epílogo de un estudio acerca del sistema legitimario recogido en el Código Civil, en el cual afirmé que *mucho más que el juicio teórico de las leyes interesa la reacción que provocan en el organismo social al que se aplican* ⁸. Un culto y querido compañero, con bastantes más años de experiencia de la que entonces yo tenía ⁹, me escribió este agudo comentario: «Veinticinco siglos peina la metáfora de la nave del Estado y su timón legal, y yo, que tengo un puerto debajo de mi ventana, nunca he creído en la acción directa de leyes o timones. El viento o el vapor empujan, la mar resiste y el timón canaliza en nuestro provecho la resultante. La ley químicamente pura tiene la misma eficacia que intentar maniobrar un barco parado».

En el mismo epílogo ¹⁰, seguidamente, comenté que la falta de equilibrio legislativo, en relación al clima social y moral en que se aplica, por lo menos lleva a la oscilación y al balanceo; pues la ley del péndulo no es sólo una ley física. Y recordé los efectos del sistema sucesorio recogido en el Código Civil y las reacciones contrapuestas que, para corregirlos, se habían arbitrado, recayendo en nuevos defectos. Años después, en el primero de mis dos volúmenes sobre las legítimas ¹¹, volví a esta cuestión y comencé reproduciendo el siguiente texto de Tocqueville ¹²:

«Me causa sorpresa que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones mayor influencia en la marcha de los negocios humanos. Estas leyes, a la verdad, pertenecen al orden civil, pero deberían hallarse colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas en razón a que influyen increíblemente en el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas sólo son la expresión. Tienen, además, un modo seguro y uniforme de obrar sobre la sociedad, pues se apoderan, en cierto modo, de las generaciones aún antes de que nazcan. Por su medio se halla armado el hombre de un poder casi divino sobre el poder de sus semejantes. El legislador arregla la sucesión de sus ciudadanos y descansa durante siglos enteros: después de imprimir el movimiento a su

⁸ *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Epílogo, A.D.C. VIII-II, abril-junio 1955, pág. 458, o en su edición separada. Madrid, I.N.E.J., 1955, pág. 622.

⁹ AURELIO FERNÁNDEZ ANADÓN, notario de Arenys de Mar, *Carta personal* a mí dirigida.

¹⁰ *Epílogo*, últ. cit., A.D.C., pág. 459 y sig. o ed. sep., pág. 623 y sig.

¹¹ *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, Madrid, I.N.E.J. 1974, vol. I, cap. I, págs. 11 y sigs.

¹² ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, lib. I, cap. III, cfr. ed. dirigida por HAROLD J. LASKI, París, Gallimard, 1961, vol. II, págs. 53 y sigs.

obra puede retirar de ella su mano, la máquina obra por sus propias fuerzas y se dirige por sí sola hacia un objeto indicado de antemano. Constituida de cierto modo, reúne, concentra y agrupa en torno de cierta cabeza la propiedad, y poco después el poder hace surgir, en cierto modo, del suelo a la aristocracia. Conducida por otros principios y lanzada en otra senda, su acción es más rápida todavía: divide, distribuye y disemina los bienes y el poder; acontece entonces, algunas veces, que asusta la rapidez de su marcha; desesperando de detener su movimiento, se procura al menos suscitar ante ella dificultades y obstáculos; se quiere contrapesar su acción por medio de esfuerzos contrarios, cuidados inútiles!, destruye o hace volar en pedazos todo cuanto encuentra a su paso, se levanta y vuelve a caer incesantemente sobre el suelo hasta que ya no presenta a la vista más que un polvo movedizo e impalpable, sobre el cual se asienta la democracia».

Lo malo es que el legislador sólo se mueva por razones políticas y olvide las demás dimensiones requeridas para el bien común, tanto por razones demográficas como culturales, económicas, etc. Los ejemplos de casos en que se olvidó de todas éstas y sólo tuvo en cuenta las primeras —y, en general, «contra alguien»— son numerosos. Le Play¹³ ha narrado algunos:

- En 1703 el Parlamento inglés, en contra de los católicos de Irlanda, dictó una ley ordenando que toda herencia de un papista se distribuyera por partes iguales entre sus hijos, salvo si el mayor fuera protestante, al que podía designársele heredero único, como solían hacer los ingleses conforme su derecho les permitía y permite.
- El 7 de marzo de 1793, la Convención francesa prohibió a los padres de familia disponer por testamento, estimando que la libertad de testar era incompatible con el espíritu de la Revolución. Así, en las familias no se perpetuarían los sentimientos hostiles al nuevo régimen, reduciéndose la autoridad de los padres de familia.
- Napoleón no sólo abolió toda clase de feudos, fideicomisos y vinculaciones, sino que, además, extendió a *les pays de famille souche* el sistema de partición forzosa de *les pays à famille instable* y aconsejó a su hermano José, en carta de 5 de junio de 1806: «Estableced el *Code Civil* en Nápoles; todo aquello que no os sea afecto quedará entonces destruido en pocos años, y lo que queráis conservar se consolidará. He aquí la gran ventaja del *Code Civil*. Hace falta establecer el *Code Civil* en vuestro reino; consolidará vuestra potencia, puesto que, gracias a él, todo lo que no es sino fideicomiso cae y no quedan más grandes casas que aquellas que vos constituyséis en feudos. Esto es lo que me ha hecho desear un Código Civil y me ha llevado a establecerlo».
- En la isla Mauricio —explicaba en 1930 Charles Maurras¹⁴— «ocurre a

¹³ FEDERIC LE PLAY, *L'organisation de la famille selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, París, 1871, lib. I, cap. II, págs. 13 y sigs., págs. 76 y sigs.

¹⁴ CHARLES MAURRAS, *Les nouveaux organisateurs. A propos de la liberté testamentaire*, en *De Démon a Cesar*, París, 1930, págs. 55 y sigs.

los antiguos colonos de raza francesa como a los irlandeses en el siglo XVIII: bajo el pretexto de conservarles su estatuto personal se les mantiene cuidadosamente bajo el imperio de una legislación que les coloca en constante estado de inferioridad frente a sus rivales anglosajones».

¡Claro que hoy las medidas fiscales dan mejores y más eficaces medios al poder estatal para combatir a la sociedad civil de su propio país, para reducirla a masa maleable y manipulable!

En el 20 de enero de 1975 expuse una comunicación en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, titulada *Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano, en lo industrial y en lo agrario* ¹⁵. En ella me extendí en la observación de sus efectos mediatos producidos por las medidas dirigidas a corregir los inmediatos. En una apostilla preveía un trasvase de empresas del sector privado al público al ahogarse económicamente aquéllas. Hoy veo que el principal trasvase producido —ha habido otros— se ha efectuado al capitalismo internacional. Pero éste no es, hoy, mi tema.

3. Esto nos plantea si, entre las ciencias, cabe una jurídica —que como tal sea cualitativa, basada en la justicia y en la prudencia, en su significado clásico— que trate de conocer las bases y el modo de legislar adecuadamente.

Claro es que este tema forma parte del más general de la ciencia del derecho.

Los romanos la definieron con el nombre de jurisprudencia: «*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*» ¹⁶. Se trataba de una ciencia que, para centrarse en el conocimiento de lo justo y lo injusto, requería la previa noticia de las cosas divinas y humanas. Noticia estimada como presupuesto imprescindible para la realización del arte de lo bueno, lo justo y lo equitativo en cada caso concreto.

Pero la herencia del nominalismo ockamiano, recibida por el esceptismo metafísico luterano, la voluntad de poder maquiavélica, el pensamiento abstracto cartesiano y el empirismo baconiano y galiléico ¹⁷, iría acotando en la modernidad el concepto de ciencia. Centrada en el conocimiento de lo cierto, lo exacto —aunque para alcanzarlo se usase de conjeturas o hipótesis, como andamios provisionales— se renunció a lo metafísicamente verdadero, por considerarlo inasequible, y se rechazó por inseguro el juicio del sentido común acerca de lo verosímil, que Vico ¹⁸ y Montesquieu ¹⁹ trataron de recuperar y reivindicar.

¹⁵ Cfr. en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 5, 1977, págs. 41 y sigs., recogido en *Estudios Varios*, Madrid, Montecorvo, 1980, págs. 757-776 (donde puse la apostilla referida en el texto).

¹⁶ Ulpiano, lib. I, *Regularum*, recogido en *Dig.* 1, 1, 10, 2.

¹⁷ Cfr. mis reflexiones en *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, II, en *Verbo* 115-116, mayo-junio 1973, págs. 516 y sigs.; recogido en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 952 y sigs.

¹⁸ G. B. VICO, *Il método degli studi del nostro tempo*; III, en *Opere*, Milán-Nápoles, RICARDO RICARDI, 1953, pág. 177. Cfr. mi estudio *La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico* 25, en *R.E.P.* 206-207, marzo-junio 1976, págs. 123 y sigs., recogido en *Estudios sobre fuentes del...*, págs. 864 y sigs.

¹⁹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, *Mes pensees*, 675; cfr. *Oeuvres complètes*, col. Pleiade, I, París,

Ello trajo, en la línea cartesiana, la Escuela del Derecho natural y de gentes, idealista y racionalista, que partiría de postulados o axiomas dados por ciertos, aunque indemostrables, de los cuales trataría de deducir, silogísticamente, un derecho aplicable a todos los hombres en cualquier tiempo y lugar, y que sería susceptible de ser convertido en ley e incorporado en códigos, universales e intemporales, perfectos ²⁰.

La vía empirista de Bacon, Galileo y la Escuela de Pavía condujo a un operacionismo, por el cual —a fin de redimir al hombre de su *estado natural* y elevarlo al *estado civil*— discurrirían Hobbes y Locke, que justificaron ese tránsito con el mito del *contrato social* ²¹. Para la regencia de la sociedad civil, Rousseau introduciría en él el dogma de la *volonté générale*, cubriendo al Leviathan de Hobbes, con el Demos, en quien se produciría la *aliénation totale* de todos y cada uno de los ciudadanos ²². Todo esto lo obtuvo el ginebrino con una alquimia en la cual principiaría, según palabras suyas ²³: «Por descartar todos los hechos, pues nada tienen que ver con la cuestión. No es necesario comenzar la investigación acerca de esta materia por las verdades históricas, sino solamente por razonamientos hipotéticos y condicionales (...) parecidos a los que en nuestros días hacen los físicos acerca de la formación del mundo».

Después de esto, la crítica de Kant sería decisiva para situar fuera de la ciencia tanto la formación de la ley como la determinación del derecho.

Este autor, en el ámbito de la ética, estimó que la regla es puramente subjetiva y basada en razones también subjetivas, sin posibilidad de contraste sino con la generalidad de una ley práctica, pues creía que la razón especulativa nunca la hubiese descubierto, ni por argumentos *a priori*, ni por experiencia alguna y, si la hubiera descubierto nunca la hubiese podido demostrar teóricamente ²⁴.

Este escepticismo y aquel subjetivismo llevó a que Kant tuviera que reducir el derecho a ser la mera resultante de la imposición de una legislación externa real, es decir, de la coactividad de las leyes positivas ²⁵. Para Kant, como explica González Vicén ²⁶: «El derecho positivo no es algo cuya obligatoriedad depende del

Gallimard, 1951, pág. 1181. Véase mi libro *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, Civitas, 1986, cap. VII, 5, pág. 234 y sig.

²⁰ Cfr. «Mis reflexiones a las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico”», 4, en *A.D.C.* XXXIV-IV, 4º trim., 1981, págs. 834 y sigs., o en *Estudios...*, cts., págs. 42 y sigs.

²¹ Cfr. mi ensayo, *La nueva concepción de la vida social. Los pactistas del siglo XVII Hobbes y Locke*, en *Verbo* 119-120, noviembre-diciembre 1973, págs. 93-945, y mi citado trabajo, *Las expresiones “fuentes del...”*, en *Estudios*, cit., págs. 41 y sigs.

²² JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, cfr. París. Unión Générale d'Éditions, 1963, lib. I, cap. VI, págs. 61 y sigs.; cap. VII, págs. 63 y sigs.; lib. II, cap. IV, pág. 77, y lib. IV, cap. II, págs. 152 y sigs.

²³ JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Discours “Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes et si elle est autorisée par la loi naturelle”*, al final de la introducción, vol. ult. cit., pág. 254.

²⁴ ENMANUEL KANT, *Introducción a la metafísica de las costumbres*, IV, cfr. en vers. española de FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, I.E.P., 1954, pág. 68 y sig.

²⁵ E. KANT, vol. cit, *Introducción a la teoría del Derecho*, B, págs. 78 y sigs.; C, págs. 81 y sigs., y D, págs. 8, 2 y sigs.

²⁶ FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, *Introducción a las ops. cits. de KANT*, págs. 28 y sigs.

logro de un fin (...) no es, pues, como se había venido entendiendo hasta entonces —según dice líneas antes— un medio al servicio de un fin (...) de cuya adecuación dependía su valor». De ese modo, advierte Elías de Tejada ²⁷: «El respeto a la ley moral en *La crítica a la razón pura*, truécase en el derecho en ciego acatamiento hacia las normas positivas».

El escepticismo de Kant llevaría al voluntarismo y, en derecho, al positivismo. A ambos condujo, también, la *volonté générale* de Rousseau. Asimismo, en Alemania, la Escuela histórica del derecho desconectó el derecho del orden moral, estimando aquél dependiente sólo del espíritu del pueblo, manifestado en la Historia por las costumbres.

Siendo así, la ciencia del derecho ya no se basaría en la noticia de las cosas divinas y humanas, sino en el conocimiento del derecho positivo. Por tanto ya no pendía como ciencia de lo justo y lo injusto, del conocimiento de las cosas divinas y humanas, sino de su conformidad con el derecho positivo.

Conforme la escuela de la exégesis, la ciencia jurídica se reduce a ser una aplicación de la lógica formal. La premisa mayor estaría totalmente establecida por la norma legal aplicable. Así, Liard ²⁸ diría que «los artículos del Código son teoremas respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace y de extraer las consecuencias. El jurista es un puro geómetra»,

Por otra parte, el nuevo dogma de la *volonté générale* y el principio político de la separación de poderes —entendido a contrapelo de como Montesquieu entendió los sistemas de contrapesos que él contemplaba ²⁹— dejarían en manos del Parlamento la formulación de las leyes, *expresión de la voluntad del pueblo*, como corolario de aquel dogma rousseauiano.

4. En Alemania, Savigny ³⁰ afirmaría que la tarea de la ciencia del derecho era la de «trabajar con certeza»; primero en una labor de reconstrucción interpretativa de carácter histórico y después en la sistematización de los materiales obtenidos con aquella primera operación. A este aspecto *sistemático* se le fue concediendo una dedicación cada vez mayor, que culminaría la «pandectística» con su dogmática conceptualista.

A ella llegó la escuela histórica, una vez alcanzado su estado adulto, cuando concordaría su método con el empleado por las ciencias naturales. Así, al método de la filosofía racionalista y a su positivación normativista contrapuso otro, a tono con el cientifismo entonces imperante.

Operando con el derecho que creían más perfecto, lo depuraban y, ya reducido a su pureza pristina, extraían de sus normas los *conceptos*, determinaban las líneas armónicas y proporcionadas de sus *instituciones* y, finalmente, trazaban el

²⁷ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, vol. II, Universidad de Sevilla, 1977, lec. 5, glos. 22, págs. 532 y sigs.

²⁸ LIARD, *L'enseignement supérieur en France de 1789 a 1893*, vol. II, 1894 (citado por ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, Madrid, Ed. R.D.P., 1945, pág. 58).

²⁹ Cfr. mi cit. libro, *Montesquieu...*, cap. XI, nn. 9 y sigs., págs. 392 y sigs.

³⁰ SAVIGNY, *Metodología jurídica*, cfr. ed. en castellano, Buenos Aires, Ed. de Palma, 1979.

sistema. Esta labor la realizaron del mismo modo como un naturalista, después de catalogar las especies naturales conocidas las clasifica, distribuyéndolas en géneros, y en esta tarea va ascendiendo hasta agruparlos en otros más generales, hasta alcanzar la formulación dinámica del sistema, a fin de descubrir cómo se producen aquéllos, sea por evolución lenta o por cambios bruscos, resultando la primera de su adaptación al medio y los segundos de mutaciones, más rápidas, producidas en el espíritu del pueblo.

La idea de «sistema» en Savigny —tal como en Schelling y en los románticos— correspondía a un pensamiento orgánico-lógico, pues efectuaba una conexión orgánica de las instituciones jurídicas con el «espíritu del pueblo», aunque después lo explicara conceptualmente ³¹.

Puchta, sin embargo, clasificó lo que denominó «genealógica de los conceptos» partiendo, como *a priori* jurídico-filosófico, del concepto kantiano de libertad —que situó como vértice de su pirámide jurídica—, para deducir de él los conceptos de sujeto de derecho y de derecho subjetivo como poder jurídico de una persona sobre otra. Y desde ahí, por un método lógico formal, descendía al terreno del derecho positivo, hasta deducir los últimos conceptos jurídicos que iba encajando en los fundamentales contruidos idealmente ³².

Después, el primer Ihering orientó decididamente la ciencia del derecho hacia el método inductivo de las ciencias naturales de su tiempo ³³. Así, al principio de su obra *El espíritu del derecho romano* ³⁴ habla del empleo de lentes, microscopios y telescopios jurídicos para perfeccionar la historia natural del derecho. Y distingue la «*anatomía del Organismo de Derecho*» y la «*fisiología del Organismo Jurídico*» y «*sus funciones en la vida*» ³⁵.

Este positivismo cientifista dio aún otro paso, éste hacia un positivismo legalista, con la voluntad de codificar, que desembocaría en el BGB, en cuya primera «antecomisión» preparatoria, Windscheid tendría relevante influjo ³⁶. Este autor, en lugar de considerar al derecho como *la razón de los pueblos* entendería que la ley es la *voluntad racional del legislador* ³⁷. Por ello el intérprete jurídico ya no se podría limitar a una investigación histórico-empírica de la voluntad del legislador, sino que debería penetrar en la investigación empírico-psicológica de esa voluntad. Se trataría de alcanzar con ella la comprensión objetiva de su sentido normativo, traducido en conceptos jurídicos, descompuestos en los elementos mentales de aquélla y recompuestos de nuevo por la ciencia del derecho y así

³¹ Cfr. KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, vers. en castellano de la 4ª ed. alemana, Barcelona, Ariel, 1980, I, II, I, págs. 39 y sigs.

³² *Ibid*, págs. 41 y sigs.

³³ *Ibid*, 2, págs. 45 y sigs.

³⁴ RUDOLF VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, Introducción, 11; cfr. ed. en castellano, Madrid, casa Ed. Bailly-Bailliere, 1912, vol. I, págs. 32 y sigs.

³⁵ *Ibid*, III, 3, pág. 37 y 4, pág. 63.

³⁶ WIEACKER, *Historia del derecho privado en la Edad moderna*, IV, 20, I, 3, cfr. vers. en castellano, Madrid, Aguilar, 1957, 23 y 24, págs. 404 y sigs.

³⁷ LARENZ, loc. ult. cit. 3, págs. 48 y sig.

construir científicamente el sistema jurídico ³⁸. Un sólo paso más y se llegó a la «teoría objetiva» de Binding, Wach y Kholer ³⁹.

Ese método dogmático de la ciencia del derecho tuvo un doble influjo práctico. Facilitar el logro de la perfección técnico-jurídica del BGB y aportar el método conceptualista de inversión para la interpretación y aplicación del derecho.

Pero este método cientifista, basado en un positivismo normativo, tenía un talón de Aquiles, que había advertido, ya en 1847, el fiscal Kirchmann: «Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convertirán en maculatura ⁴⁰».

Esta conocida y repetidísima frase no la dijo Von Kirchmann en menosprecio de la ciencia del derecho ni en un alarde de positivismo legalista. Muy al contrario, lo que realmente criticó fue que se considerase la ciencia del derecho en dependencia de la ley positiva.

A la ciencia jurídica —dijo ⁴¹— le ocurre algo que no sucede a las ciencias naturales ni a todas las demás ciencias, que «poseen el hermoso privilegio de protegerse a sí mismas». A la del derecho viene a decirse algo así, «como si se dijera a un arquitecto: “usted puede dibujar y pintar casas, pero no le es permitido edificarlas” (...), mientras que en todas las demás regiones el saber deja incólume al ser y lleno de respeto cede ante éste, se consigue en la esfera del derecho lo contrario por medio de la ley positiva. El saber, inclusive el saber equivocado y defectuoso, vence al ser».

A su juicio ⁴², «el error de Savigny», al negar la vocación de nuestra época para la legislación «no consistía en que se fue demasiado lejos, sino en que se quedó corto».

«Si bien el derecho natural —añadió en el siguiente párrafo— sufre gravemente por la ley positiva, más aún padece la ciencia. De una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error de la pasión y de la impremeditación. Su objeto ya no es lo eterno, lo absoluto, sino lo fortuito, lo defectuoso, del éter celeste desciende al fango de la tierra». Su objeto ya no es sino «la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador (...) Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que viven de la madera podrida».

Ante la objeción de que los graves defectos —que, con detalles, denunció a lo largo de su discurso— «no pertenecen a la jurisprudencia sino a la política y arte de la legislación», replicó ⁴³: «He aquí precisamente lo deplorable de la jurispru-

³⁸ BERNHARD WINDSCHEID, *Derecho de las Pandectas*, 24, cfs. vers. en italiano con notas de C. FADDA y P. E. BENSÁ, ed. Torino, Tip. Ed. Torimense, 1925, págs. 74 y sigs.

³⁹ Cfr. LARENZ, loc. ult. cit. 4, págs. 52 y sigs.

⁴⁰ JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN, *El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*, cfr. versión en castellano, recogida en *La ciencia del derecho*, que recopila estudios al respecto de SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN y KANTORIWICZ, Buenos Aires, Ed. Losada, S. A., 1949, pág. 267 (donde en lugar de «maculatura», traducida «papeles inútiles»).

⁴¹ KIRCHMANN, op. y loc. cit., págs. 263 y sig.

⁴² *Ibid.*, págs. 266 y sigs.

⁴³ *Ibid.*, págs. 285 y sigs.

dencia, que se despoja de la política, que se declara ella misma impotente para dominar la materia y el camino de las nuevas instituciones, e inclusive de dirigirlas, mientras que todas las demás ciencias lo consideran como su parte más esencial, su suprema misión».

Es decir, lamenta que la jurisprudencia, en lugar de guiar la legislación, sea su ciega comentadora, exégeta, meditadora, tratadista ⁴⁴ que en lugar de suministrar con su ciencia al legislador el conocimiento del derecho, parte de que sólo se halla en la ley positiva que éste segrega.

5. No podía dejar esto de producir reacciones en la jurisprudencia alemana, que llegaron en diversas direcciones: psicologistas, sociologistas, anticientifistas y rigurosamente cientifistas. Creo que aquí precisa efectuar solamente una brevísima referencia a estas últimas.

La inquietud surgiría en el seno del neokantismo y, ya desde sus inicios, en la fenomenología. Adolf Reinach ⁴⁵, que intentó ya en 1913 aplicar esta última a la ciencia jurídica, en sus *Principios apriorísticos del derecho*, advertiría que las formaciones jurídicas «tienen un ser independiente como las casas y los árboles, que, como ellos, pueden tener cualidades perceptibles; pero, además, ofrecen otras posibilidades más profundas. Buscando en la esencia de éstas formaciones —dice— percibimos conexiones en manera análoga, como por profundización en la esencia de los números y formaciones geométricas».

Se trata de «una especie nueva de objetos», que no pertenecen a la naturaleza en sentido propio *res extensa*, «que no son físicos, ni psíquicos, y que a su vez difieren de todos los objetos ideales por su temporalidad (...) Junto a las matemáticas puras y a la ciencia natural pura, también hay —dice— una ciencia pura del derecho, compuesto —como esas— de proposiciones estrictamente apriorísticas y sintéticas y sirviendo de base para disciplinas no apriorísticas» ⁴⁶.

Sin embargo, Reinach no abandonó el positivismo legalista. A pesar de admitir que hay proposiciones que derivan de la naturaleza de la cosa, entendería que «una proposición apriorística, como tal, no está legitimada incondicionalmente para colmar las lagunas del derecho positivo. Es preciso apartarse de las proposiciones que derivan de la “naturaleza de las cosas”, allí donde los principios generales éticos o de conveniencia del derecho positivo de cada momento conducirían a otro resultado» ⁴⁷.

En tanto Reinach buscó el objeto de la ciencia del derecho las esencias y principios apriorísticos; a partir de 1933 trataría Kelsen de reducirlo a pura forma, a «un aparato coactivo que en sí mismo considerado carece de todo valor ético o político ⁴⁸, que no pertenece a la naturaleza, en tanto ésta está regida por el prin-

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 267.

⁴⁵ ADOLPH REINACH, *Los fundamentos apriorísticos del derecho*, Introducción, 1º, cfr. ed. en castellano, Barcelona, Libr. Bosch, 1934, pág. 24.

⁴⁶ *Ibid.*, págs. 27 y sigs.

⁴⁷ *Ibid.*, Conclusión, 10, págs. 222 in fine y sig.

⁴⁸ HANS KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la razón pura del derecho*, 14; cfr. vers. en castellano de LEGAZ LACAMBRA, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. pág. 28.

cipio de *causalidad*, mientras el derecho lo está por el de *imputación* ⁴⁹, que no es dependiente de la moral, ni de la justicia, por cuanto estima a ésta «como un ideal irracional» —subjetivo por su carga irracional— y que, por tanto, «no es accesible al conocimiento» ⁵⁰. Su legitimación sólo depende de que proceda del órgano competente, según el orden escalonado que forma la pirámide jurídica, en cuyo vértice se halla la constitución vigente ⁵¹. En esa línea, en su última obra—como ha escrito su traductor al italiano ⁵²— Kelsen desemboca en un irracionalismo normativo.

Bastante antes, en 1902, en el neokantismo alemán sudoccidental, a través de sus filósofos Vilhelm Windebald y, en especial Heinrich Rickert, se habían advertido las limitaciones de los métodos científico-naturales, incluso en el ámbito de la naturaleza, por escapárseles el conocimiento de lo individual, existencial y vivo, imprescindible para abarcar íntegramente la naturaleza, puesto que ésta no se reduce al resultado generalizador de un proceso cognoscitivo simplificador, que lo disecciona en figuras representativas generales.

El único modo que, para lograrlo, halló Rickert fue el de introducir en la metodología de las ciencias del espíritu un concepto de *valor*, presentándolo «como un *a priori* técnico cognoscitivo» —único modo admisible por el neokantismo para resolver ese vacío, puesto que, así, no dejaba de considerarse la *realidad* como el producto de un proceso de transformación operado en la *estructura de nuestro pensamiento* conforme la concepción de Kant. De ese modo se plantearía la distinción entre *ciencias naturales* y *ciencias culturales*, atendiendo a si sus objetos careciesen o bien tuvieran valor y sentido ⁵³.

Otra fue la dirección tomada por el neokantismo de la Escuela de Marburgo.

Si Kelsen quiso salvaguardar el carácter científico del derecho reduciéndolo al puro mandato coactivo e irracional, si lo hicieron Rickert —desde el neokantismo alemán sudoccidental, reconociendo la existencia de los *valores*— y Reinach, —dentro de la primera fenomenología, la de las *esencias*—, viéndolo como un *a priori*, pero todos sin apartarse del positivismo normativo; en cambio, en 1911 Rudolf Stammler, en su *Teoría de la ciencia del derecho*, sin salir de la perspectiva del neokantismo de esa Escuela de Marburgo logró superarlo. Para establecer las bases de una ciencia del derecho distinguió: *forma* de la conciencia pensante, y

⁴⁹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, III, 18, cfr., 2ª versión, ed. trad. al castellano, México, Universidad Autónoma, 1983, págs. 90 y sigs.

⁵⁰ KELSEN, *El método de...*, II, 8, págs. 18 y sigs.

⁵¹ KELSEN, *Teoría pura...*, VIII, 45, y sig., págs. 349 y sigs.

⁵² LOSANO, Introducción a la traducción italiana de la obra póstuma de KELSEN, *Teoría Generale delle norme*, Torino, Einaudi Ed., 1985, pág. XXX. Cfr. sobre este punto, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Ante la teoría pura del derecho*, 16, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, págs. 114 y sigs. De KELSEN me he ocupado especialmente en *Voluntarismo y Formalismo en el derecho* JOAQUÍN COSTA *antípoda de KELSEN*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986.

⁵³ LARENZ, *op. cit.*, I, IV, 2, págs. 113 y sigs.

materia por ella ordenada y condicionada ⁵⁴, estimando que aquella de «validez general incondicionada», como principios *a priori* en sentido neokantiano ⁵⁵.

La ciencia tendría dos modos de pensar fundamentalmente diferentes:

- uno, según la forma *causa-efecto*. En el cual, éste, posterior temporalmente aparece condicionado por aquélla que le es anterior, y
- otro, según la forma *fin-medios*. En el cual, «lo posterior temporalmente (la meta) aparece determinante de lo anterior temporalmente (el medio)» ⁵⁶.

La ciencia del derecho corresponde a ese segundo modo de pensar, que en él es un querer enlazante que se somete a la exigencia de *rectitud*, la cual sería la *medida superior* de la *idea del derecho* que se impondría a la legislación humana, superando al positivismo con la pauta del «derecho justo» ⁵⁷.

Pero la ciencia del derecho alemana tampoco se detuvo en esa apertura. Siguió ensanchándola y penetrando en el territorio que el criticismo kantiano había excluido de la posibilidad de consideración científica. En 1921, Erich Kaufmann, en su *Crítica de la filosofía neokantiana del derecho* señaló que el neokantismo —después de haber sido relevado en la filosofía general por otras direcciones, como la fenomenología de Edmund Husserl, la ética material y la ontología de Max Scheler y Nicolai Hartmann— también en filosofía del derecho había pasado su punto álgido. Había equivocado su meta de asegurar la existencia de un reino de valores absolutos por encima de la realidad sin tomarla como su punto de apoyo y pauta porque «se había quedado en un racionalismo formal teórico cognoscitivo» y «sin atreverse a contraponer una metafísica positiva al positivismo empírico», practicando «una huida de la infinita variedad opresiva y aplastante de la realidad», para refugiarse en «la formación de conceptos meramente abstractos, puramente formales y unidimensionales, que eliminan todo lo material y perceptible» ⁵⁸.

Esa crítica marcaría el inicio de una doble dirección, que ha avanzado por la brecha abierta en la ruinosa muralla de la crítica postkantiana:

- una guiada por los valores y principios ético jurídicos ultra y supra legales
- y otra, a través de la consideración de la naturaleza de las cosas, más allá del concepto nominalista y cartesiano de la *res extensa*.

6. Ambos caminos han sido seguidos por diversas tendencias, alguna de las cuales ha frecuentado el uno y el otro.

Entre ellas deben destacarse el *neohegelianismo* —iniciado en 1921 por Richard Kroner con su libro *Von Kant bis Hegel*—, que extendería Julius Binder al derecho, avanzando con él a la luz del *idealismo objetivo*, partiendo de considerar el derecho como un producto no sólo *trascendental* de la conciencia, sino también

⁵⁴ RUDOLF STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, 3, vers. en castellano, Madrid, Ed. Reus, 1930, pág. 5 y sig., en especial notas 1 y 2.

⁵⁵ *Ibid.*, 23, 24, págs. 70 y sigs., en especial notas 3 y 4 del 23 y 1 del 24.

⁵⁶ *Ibid.*, 25, págs. 73 y sig., en especial nota 3.

⁵⁷ *Ibid.*, 25, págs. 94 y sigs., págs. 254 y sigs.

⁵⁸ Cfr. LARENZ, *op. cit.*, I, IV, 3, págs. 123 y sig.

inmanente al ser, que se manifiesta en el derecho históricamente existente y en sus cambios. Para Binder, el derecho es «un concepto histórico *concreto-general*» y su ciencia es «histórico-interpretativa», con la finalidad práctica de la realización del mismo, que tiene por misión en cada caso «aprehender la norma jurídica en conexión con la realidad viva, con las relaciones empíricas e ideas del fin en el presente inmediato».

De este modo el juez debe superar la oposición que existe entre positivismo legalista y derecho libre, en una relación *dialéctica* entre norma y praxis *judicial*. Y así, en esa misma línea, lo entendió Walther Schönfeld como la *individualización*, hasta cierto punto, de la *pauta*, que no consiste en «subsumir» en ella el hecho, sino en «concretizar»⁵⁹. En esa dirección se sitúa también Karl Larenz, quien partiendo de la existencia de valores y de principios éticos-jurídicos que trascienden la ley —si bien rechaza la pretensión hegeliana de que llegue a ser posible un conocimiento definitivo, ni siquiera el de lo que es justo en sí en las condiciones actuales— estimó que «la única forma todavía posible de pensamiento sistemático no sólo para la ciencia del derecho, sino para la filosofía “práctica” (es decir, la ética y la filosofía del derecho) es el sistema “abierto” y hasta cierto punto “móvil” en sí, que nunca está acabado y puede ser puesto constantemente en tela de juicio»⁶⁰, es decir, que en cada momento histórico el espíritu del orden jurídico corresponde al entonces dominante.

El neokantismo alemán sudoccidental desde su primera consideración de la *estructura formal* de las conciencias referidas a valores dio un paso decisivo al estimar, con Gustav Radbruch⁶¹, que «la consideración del valor y la consideración del ser, se nos aparecen, una junto a la otra, como círculos independientes y cerrados. Esta es la esencia del *dualismo metódico*».

Ese dualismo neokantiano entre realidad y valor fue atenuado por Wilhelm Sauer en cuanto admitiría «una tendencia valorativa real», a través de la *configuración*. De modo tal que la interpretación es un «desarrollo creador», en el momento del juicio, hallado «en el espíritu del orden jurídico corporeizado en las leyes» y en «las fuerzas vitales creadoras de donde proceden las normas y los cometidos». «Así —explicando la tesis de Sauer escribe Larenz⁶², a quien aquí seguimos— la interpretación siempre debe ser un *desarrollo* de la ley en una *creación judicial del derecho*».

De ese modo Radbruch, y mejor que él Sauer, superaron también el positivismo, tanto normativo como judicial, pero sin despegarse —como tampoco Larenz— del «espíritu del orden jurídico que se corporeiza en las leyes».

La *fenomenología* —que, en palabras de Wieacker⁶³, realizó el «retorno a lo anterior a Kant y hasta la anterior a Descartes», «bajo la impresión de la Escolás-

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 124 y sigs.

⁶⁰ *Ibid.*, I, V, 4, pág. 174.

⁶¹ GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 2, 1, cfr. 3ª ed. en castellano, Madrid, Ed. Rev. Der. Priv., 1952, pág. 13 y sig.

⁶² LARENZ, *op. cit.*, I, IV, 2, págs. 121 y sigs.

⁶³ WIEACKER, *op. cit.*, 30, I, 3, b., págs. 528 y sig.

tica interpretada de un nuevo modo» y que «recondujo a la tradición europea desde el neoplatonismo y San Agustín, pasando por el realismo de la baja y alta Escolástica hasta Leibniz»— avanzó, asimismo, en la investigación de los valores y en su aplicación al derecho para alcanzar mayor progreso en la objetivación. La axiología de Scheler y Hartmann —como dijo Truyol ⁶⁴— ha instituido una reafirmación del objetivismo ético, pero, sin embargo, conjugada con una *relatividad del conocimiento*, o más propiamente de la *relatividad de la aprehensión de valores por el hombre*.

Esta axiología influyó tanto en el existencialismo jurídico de Fechner y Welzel como en la *Wertungjurisprudenz*, o jurisprudencia valorativa, y con ella en juristas tan importantes como Coing y Larenz.

«Los valores —dijo Helmut Coing ⁶⁵— son independientes de la conciencia que los apresa». Sin embargo, no superó la dificultad de fijar la jerarquía de esos valores *criteriológicos*, en cuya posibilidad no creía ⁶⁶.

El camino de la «naturaleza de las cosas» ha sido seguido también por diversas escuelas. El existencialismo, con Wezel y Mahioffer, el neokantismo alemán sudoccidental con Radbruch, la jurisprudencia valorativa con Coing, Larenz, e incluso desde una perspectiva ontológica con Arthur Kaufmann.

La *divinarum et humanarum rerum notitia* clásica comprendía, al mismo tiempo, cosas y relaciones, ser y movimiento; era fuente de la *naturalis ratio* y de la *aequitas naturalis*, siendo muy expresivo en el *ius commune* el brocando *ex facto ius oritur*, así como lo es la definición por Santo Tomás de Aquino de que es derecho natural lo justo *ex ipsa natura rei*. Pero al nominalismo de Guillermo de Ockam, al perder la perspectiva de todo universal se le esfumaron de su vista la naturaleza, las comunidades y sociedades, las cualidades y las causas formales y finales. Con Descartes quedaron disociadas la *res cogitans* —el mundo de las almas, soporte del pensamiento y de la voluntad del acto libre— y la *res extensa* —mundo material de la física cuantitativa, de las cosas inertes, sometido pasivamente a las leyes de la mecánica. Así, de la naturaleza de las cosas ya no se estimó relevante— por Bacón y Kant, sino su resistencia frente a la operatividad del hombre ⁶⁷.

Tanto Radbruch ⁶⁸ como Welzel ⁶⁹, y muy especialmente Coing ⁷⁰, han alcanzado un concepto de *Natur der Sache* que sobrepasa la *res extensa* —las cosas materiales—, pero ninguno, ni siquiera el último, llegó al de la plena *natura rerum* de los clásicos, es decir, a la *naturaleza de las cosas* considerada no como un plural

⁶⁴ ANTONIO TRUYOL, voz «Derecho natural», IV, 20, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, vol. I, Barcelona, 1950, pág. 790 y sig.

⁶⁵ HELMUT COING, *Fundamentos de filosofía del derecho*, V, I, cfr. ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1961, pág. 120.

⁶⁶ *Ibid.*, V, I, 3, pág. 143.

⁶⁷ Cfr. mi síntesis en *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, cit., cap. V, 1 y 2, págs. 177 y sigs.

⁶⁸ RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, cfr. 3ª ed. en castellano, 2, I, pág. 14 y sig.

⁶⁹ HANS WELCEL, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1957, VI, 4, págs. 258 y sigs.

⁷⁰ COING, *op. cit.*, V, II, págs. 131 y sigs.

de cosas singulares, sino en su plena significación del orden universal que las rige a todas, tanto las divinas como las humanas.

Más próximo a esta concepción queda Arthur Kaufmann, quien ha visto en la naturaleza de la cosa el concepto clave para la comprensión del derecho, la puesta en recíproca *concordancia* del *deber ser* y el *ser* del derecho y de las relaciones de la vida, entre las cuales es un *tertium* mediador, el punto metódico de unión o concordancia entre realidad y valor, tanto para tomar resoluciones concretas como para formular normas y hallar los principios generales. A su juicio, hechos de la vida sin valor y valores separados del ser son «puras imaginaciones mentales» y el modo de pensamiento de ambos ha de ser conjunto, «comparativamente concreto», tipológico ⁷¹.

Larenz ⁷² entiende que Arthur Kaufmann ha trascendido el pensamiento primigenio de la jurisprudencia de valoración, que se había encerrado —como procedente del neokantismo— en un cierto dualismo entre valor y realidad (valorada). Es más, según concluye el mismo comentario: «Su teoría del derecho y la creación del derecho se funda en una ontología universal, en la cual lo susceptible de valor y lo real son pensados desde un principio, unidos entre sí».

7. Digamos que en Francia, ya en 1899, es decir, antes de finalizar el siglo pasado, François GénY ⁷³ había superado el positivismo legalista e independizando del mismo a la ciencia del derecho, propugnaria la «*libre recherche scientifique*», en el triple sentido indicado por cada una de estas tres palabras, de tratarse de: una *investigación libre* —en cuanto no sometida a una autoridad positiva— y *científica* —en tanto basada en datos o elementos objetivos descubribles científicamente—.

Para examinar esa primera reapertura, postnapoleónica y postkantiana, a una ciencia del derecho no basada en las normas de derecho positivo, conviene que antes volvamos la vista a un positivismo no normativo, también originario de Francia. Me refiero al positivismo por antonomasia de Auguste Comte. *El Cours de philosophie positive* de éste que agrupó su *Système de politique positive* y su *Physique sociale* estaba dirigido, según dice y repite paladinamente ⁷⁴, a demoler toda construcción metafísica o teológica, «basada en construcciones divinas o humanas, conservadoras o revolucionarias», fundadas en lo que calificaba de «lo arbitrario» y a la vez con «una sumisión racional a la única preponderancia convenientemente comprobada de las leyes fundamentales de la naturaleza, al abrigo de todo arbitrario mandato personal» —construir hasta poder alcanzar la nueva *filosofía positiva* y realizar la política positiva «estableciendo los verdaderos principios sociales» ⁷⁴.

⁷¹ Cfr. LARENZ, *op. cit.*; V, 1, pág. 150 y sig.

⁷² *Ibid*, pág. 151.

⁷³ FRANÇOIS GENY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 156, cfr. ed., Madrid, Hijos de Reus, Ed., 1902, pág. 483.

⁷⁴ AUGUSTE COMTE, *Physique sociale. Cours de philosophie positive. Leçons 46 a 60*, lec. 46, cfr. ed. París, Hermann 1975, págs. 71 y sigs.

Así pensó que la sociología debía relevar totalmente a la metafísica. Concibió aquélla como la ciencia de los seres colectivos, que estudia tanto los fenómenos sociales como las cosas, suponiéndolos sometidos a un determinismo parecido al de los fenómenos naturales respecto de las leyes físicas, no siendo creación libre del hombre y estimó que las sociedades debían tratarse de igual modo que en biología se estudian los seres vivos ⁷⁵. Empleó para ella, tal como en ésta, tres modos fundamentales de exploración científica: la observación, la experimentación propiamente dicha y el método comparativo ⁷⁶. Una vez completado el sistema de las ciencias naturales con la física social, al resultar observados homogéneamente los fenómenos astronómicos, físicos, químicos, psicológicos y sociales por sus respectivas ciencias y elevarse su conocimiento a universal, constituyen la que él denominaba «filosofía positiva», que estimó «incompatible» con la filosofía teológica y la filosofía metafísica ⁷⁷.

Sin embargo, Comte, al elevarse a los principios, escaparía del método de su ciencia al formular una teoría de la evolución de la humanidad según la cual ésta, en su madurez, alcanzaría a sustituir la fe cristiana por una nueva religión científica, la del positivismo, en una «reorganización espiritual», en la cual «la filosofía positiva imprimirá gradualmente a los votos populares la permanente dirección más favorable a su satisfacción normal» ⁷⁸.

Lo que de Comte sigue interesando es su método inductivo, que parte de lo dado, de los datos de hecho. Despojado éste tanto de aquel utopismo como de su positivismo radical, ha influido en Francia, en el ámbito de la política, en el *empirismo organizador* de Charles Maurras ⁷⁹ y en la «*libre recherche scientifique*» del derecho civil de Géný.

En éste, pese al predominio del método inductivo, no se da ese positivismo absoluto de Comte, como muestra al señalar los primeros datos objetivos —*données*— que considera necesario estimar científicamente, por cuanto entiende que «fuera y sobre la naturaleza de las cosas positivas, formada por elementos materiales y movibles, existe una especie de naturaleza de las cosas superior, constituida por los principios racionales y por entidades morales inmutables» ⁸⁰.

Por eso, en su examen de la *naturaleza de las cosas* ⁸¹, concluye ⁸²: «No se trata solamente de considerar y analizar menudamente todos los elementos de hecho de nuestra vida social, de observar las relaciones, de discernir las reacciones reci-

⁷⁵ AUGUSTE COMTE, *Philosophie première. Cours de philosophie positive. Leçons 1 a 45*, lec. 1ª, cfr. ed. cit., págs. 21 y sigs.

⁷⁶ AUGUSTE COMTE, *Physique sociale*, lec. 48, págs. 137 y sigs.

⁷⁷ AUGUSTE COMTE, *Philosophie*, lec. 1ª, págs. 29 y sigs.

⁷⁸ AUGUSTE COMTE, *Physique*, lec. 57, págs. 680 y sigs.

⁷⁹ CHARLES MAURRAS, *Mes idées politiques*, París, Albatras, 1983, págs. 165 y sig.; cfr. también *Trois idées politiques*, en *Romantisme et révolution*, París, Nouvelle Librairie Nationale 1922, págs. 23 y 260 y sigs., *La démocratie religieuse*, París, Nouvelles Editions Latines, 1978, págs. 481 y sig., y *Le bien hereux Pie X, sauveur de la France*, París, Plon, 1953, págs. IX-XXIV.

⁸⁰ F. GENÝ, *op. cit.*, 161, págs. 505 in fine y sig.

⁸¹ *Ibid.*, 159, págs. 491 y sigs.

⁸² *Ibid.*, págs. 495 y sig.

procas que ellas sufren. Es necesario, llenos de confianza en nuestra conciencia moral y en nuestra razón, usar de esas facultades para inducir las leyes de los fenómenos y hacer contribuir así todos nuestros recursos a una construcción, verdaderamente cuantifica, del derecho común que buscamos.

»Así observado el campo de las investigaciones se precisa y se completa. De una parte, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; de otra parte, dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda teniendo su firme base en lo que podemos llamar la *naturaleza de las cosas positivas*, representada por el conjunto de las condiciones que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior, la primera descansando sobre el fondo más íntimo, que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho.

»En vano se ha tratado de absorber uno en otro estos dos elementos distintos...».

8. Sin embargo, Gény no examinó científicamente la función de legislar; no dirigió su «libre investigación científica del derecho» sino sólo a su aplicación ⁸³, y por otra parte si bien en Alemania —como hemos visto— la ciencia del derecho ha retomado el intento de ser la ciencia de lo justo y lo injusto —y, para ello, le interesan todas las cosas mas allá de la *res extensa* y sin dejar la *res cogitans* en las nubes del pensamiento abstracto—, este intento se ha ceñido principalmente a la metodología de la determinación del derecho, dejando no sólo sin resolver, sino en un general escepticismo la posibilidad de una ciencia jurídica legislativa.

El obstáculo fundamental ha sido la consideración de la norma esencialmente como mandato imperativo y coactivo emanado del poder político, y la dificultad e inconveniencia —salvo en casos muy extremos— de enjuiciar su valor atendiendo a su racionalidad.

El escepticismo es la razón principal de ese irracionalismo jurídico. «Si el hombre —escribió Kelsen ⁸⁴— tuviese un conocimiento cabal del reino de las ideas, estaría en condiciones de adaptar su mundo, especialmente su mundo social, su conducta, a ese arquetipo (...) Si pudiera conocer el orden absolutamente justo, cuya existencia es afirmada por la doctrina del derecho natural, el derecho positivo resultaría supérfluo; es más, no tendría ningún sentido (...); la actividad de los legisladores positivos sería comparable al esfuerzo de quienes pretendieren realizar una iluminación artificial a la luz del sol».

Pero, ¿por qué ese absolutismo?, ¿por qué no cabe tratar de aproximarse —como la ciencia trata de aproximarse, a veces tanteando—, a tantos conocimientos, comenzando por el del mundo físico?, y ¿por qué no facilitar la tarea del legislador en esa semipenumbra?

⁸³ *Ibid.*, op. cit., 169 y sigs., págs. 517 y sigs.

⁸⁴ KELSEN, *Teoría General del derecho y el Estado*, I, A, c. 3, cfr. ed. en castellano, México, Universidad Nacional Autónoma, 1979, págs. 14 y sigs.

«De hecho —también ha escrito Kelsen ⁸⁵—, la causa de la democracia aparecería desesperada si se partiera de la idea de que pueda accederse a verdades y captarse valores absolutos».

La ciencia alemana más reciente ha sido más modesta en sus objetivos en cuanto, con su jurisprudencia axiológica, ha limitado sus intentos al resultado de hallar lo justo concreto. Ha buscado solucionar de un modo racional y objetivo la justicia del caso.

Coing ⁸⁶ ha llegado incluso a insinuar la posibilidad de que la naturaleza de la cosa pudiera servir «para ordenar a los hombres y a los procesos sociales en el ordenamiento jurídico por el procedimiento de adjudicarles el lugar que ocupan por el eterno orden del ser». De tal modo «la tarea del legislador justo se convertiría en una tarea científica y no de decisión: en una tarea de conocimiento». Pero, además —añade ⁸⁷—, el legislador «no necesita sólo conocimiento objetivo en el sentido de un conocimiento especializado de los problemas o intereses concretamente afectables por la legislación: necesita también un saber general acerca del comportamiento humano, por ejemplo en el ámbito económico».

Y en cuanto a la posibilidad «de obtener de la idea de derecho un contenido unívoco y positivo», concluye dubitativo ⁸⁸, como antes hemos visto, que depende «de si es posible apresar unívocamente en su contenido y en su jerarquía esos valores *crieriológicos*».

La escisión, que Coing no había logrado soldar, entre la naturaleza de la cosa y la idea del derecho le impuso esos límites que no llegaría «a superar». Y aunque vislumbrara que el camino era el seguido por los clásicos, no estaba convencido de que pudiera dirigirnos hacia la meta.

Sin embargo, la ciencia de lo justo, la realización, en concreto y en cada caso, de *quod iustum est*, requiere una previa determinación efectuada en líneas generales, *in plerisque*, por las leyes, de lo generalmente justo.

Esa necesidad de legislación —de buena legislación en su posible medida, se entiende— por nadie la he hallado mejor expuesta que por Santo Tomás de Aquino.

Es sabido que, según el Aquinatense ⁸⁹, el derecho, o sea lo justo, puede darse de dos modos: naturalmente y positivamente. De ese segundo modo tan sólo «en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural», y que «en principio nada importa que se haga de uno u otro modo, pero sí importa una vez establecido» —como ya advirtió Aristóteles (*Ética* V, 1, 7)—.

Las leyes humanas se escriben —dice Santo Tomás al hablar del juicio ⁹⁰— para la declaración de una y otra clase de derecho. El derecho natural no lo insti-

⁸⁵ Kelsen, *La démocratie sa nature, sa valeur*, cap. X, Paris, Sirey, 1932, pág. 110.

⁸⁶ H. COING, *op. cit.*, V, II, págs. 134 y sig.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 137.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 143.

⁸⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa teologiae*, II^a-IIae, 57, 2, resp. y *ad* 2.

⁹⁰ *Ibid.*, 60, 5, resp.

tuye, pues no toma su fuerza de la ley, sino de la naturaleza —«*non enim habet robur ex lege, sed ex natura*»—; en cambio, el derecho positivo «se contiene e instituye en la ley escrita, dándole ésta su fuerza de autoridad». En el lenguaje escolástico que emplea ⁹¹, la ley humana, en el primer caso, contiene una *conclusión* del derecho natural; y en el segundo efectúa una *determinación*.

La convivencia de que la ley efectúe las *determinaciones* que requiere el bien común es cosa indudable para el Aquinatense ⁹², quien explica que —como dijo el Estagirita (*Retórica* I, I, 7)— «mejor es que todas las cosas están reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces». En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que bastan para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente, y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno. Y, por último, porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión, y así se falsean los juicios».

También Montesquieu expuso la necesidad de leyes y legisladores humanos, a fin de que todos puedan alcanzar el conocimiento de las «órdenes de la razón» y para imponerlas a quienes voluntariamente no las cumplieren.

La primera finalidad proviene de que hay «una razón primera, y las leyes son las relaciones que existen entre ellas y los diferentes seres, y las relaciones de esos diversos seres entre sí» ⁹³. Y como el mismo barón de la Brède dice: «Es un pensamiento admirable de Platón (*Republ.* IX, XIII), que las leyes humanas se entienden que están hechas para enunciar las órdenes de la razón a quienes no pueden recibirlas de ella de modo inmediato» ⁹⁴.

El segundo objetivo dimana de que el hombre «como ser físico está como los demás cuerpos, gobernado por leyes invariables. Como ser inteligente viola sin cesar las leyes establecidas por Dios y cambia las establecidas por él mismo. Es preciso que se conduzca bien, y no obstante es un ser limitado, está sujeto a la ignorancia y al error, como todas las inteligencias finitas, los débiles conocimientos que tiene puede olvidarlos, y como criatura sensible está sujeto a mil pasiones (...) Hecho para vivir en sociedad, puede olvidarse de los demás; los legisladores le reintegran a sus deberes con las leyes políticas y civiles» ⁹⁵.

9. Hemos visto que Santo Tomás, en su últimamente citado *ad 2* (II^a-II^{ae}, 95, 2), además de razonar la necesidad de instituir leyes les señala algunos requisitos:

⁹¹ *Ibid.* I^a-II^{ae}, 95, 2, resp.

⁹² *Ibid.* 95, 1, *ad 2*.

⁹³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, I, I, 3.

⁹⁴ *Ibid.* *Mes pensées*, 208, cfr. *Oeuvres complètes*, col. Pleiade, vol. II, Paris, Gallimard, 1951, pág. 1042.

⁹⁵ *Ibid.* *E. L.*, I, I, I, final.

1.º Que las redacten sabios —*sapientes*—. Añadiendo en otros lugares que para legislar se requiere «la diligente investigación de los sabios» ⁹⁶, «el juicio de los expertos, de los ancianos o de los prudentes» ⁹⁷.

2.º Que estos sabios, expertos, ancianos o prudentes las consideren durante mucho tiempo.

3.º Que las consideren de modo universal y versando sobre hechos futuros «*in universalibus et de futuris*».

Esto concuerda con el propio concepto de la ley, que estima el Aquinatense como «ordenación racional al bien común» ⁹⁸, o «dictamen de la razón práctica», ⁹⁹ la cual tiene un proceso semejante al de la razón especulativa pues «ambas conducen a ciertas conclusiones partiendo de determinados principios», y además —como dijo Tulio (*De invent. metor* 2, 53)— «el derecho tiene su origen en la naturaleza, luego algunas cosas, por su utilidad, se han convertido en costumbres, y finalmente estas cosas originadas por la naturaleza y aprobadas por la costumbre son sancionadas por las leyes y la religión» ¹⁰⁰.

En cambio «no es necesario que toda medida» —y como tal habla de que la ley— «sea completamente cierta e infalible basta que lo sea en el grado posible dentro de su determinado orden de cosas» ¹⁰¹. Esta probabilidad general es la que el juez debe ajustar —la actual ciencia alemana dice «concretizar»— recurriendo a la equidad» ¹⁰².

4.º Ese mismo carácter de «ordenación racional» de la ley nos lleva a la aseveración de San Isidoro de Sevilla ¹⁰³ de que es la razón «la que da valor a la ley».

«Por lo tanto —sigue ¹⁰⁴—, si la ley se basa en la razón, será ley todo lo que esté garantizado por la razón, con tal de que esté de acuerdo con la religión, convenga a la disciplina y procure el bien común».

Y concluye unos párrafos después ¹⁰⁵: «La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara —no vaya a ser que, por su oscuridad, induzca a error—, no dictada por beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos».

Santo Tomás de Aquino ¹⁰⁶, explicó esas líneas maestras señaladas casi siete siglos antes por San Isidoro. Comenzó con esta introducción:

«Toda cosa ordenada a un fin debe tener una forma proporcionada a tal fin;

⁹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 100, 3, resp.

⁹⁷ *Ibid*, 95, 2, ad 4.

⁹⁸ *Ibid*, 90, 1, ad 2.

⁹⁹ *Ibid*, 91, 1, resp.

¹⁰⁰ *Ibid*, 91, 3, resp.

¹⁰¹ *Ibid*, ad 3.

¹⁰² *Ibid*, II^a-II^{ae}, 60, 5, ad 2.

¹⁰³ SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, 2, 10, 2, inciso final.

¹⁰⁴ *Ibid*, 3.

¹⁰⁵ *Ibid*, 6, y en iguales términos en 5, 21.

¹⁰⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I^a-II^{ae}, 95, 3, resp.

así, la forma de la sierra es tal cual corresponde a su fin, que es serrar. Así, también, toda cosa recta y mensurada ha de tener una forma proporcionada a su regla y medida. La ley humana tiene ambas condiciones: es algo ordenado a un fin y es también una cierta regla y medida regulada y mensurada a su vez por otra medida superior. Esta medida superior es doble: la ley divina y la ley natural (...). El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres, como ha dicho el jurista» (Modestino, *Resp.* VIII, recogida en *Dig.* 1, 3, 25).

Luego, con respecto a lo dicho por San Isidoro en 2, 10, 3, explica las tres condiciones señaladas por éste.

5.º Que tengan por pauta el *bien común* para cuya ordenación se establecen ¹⁰⁷. Es decir, deben corresponder a la *justicia general*, que por eso es llamada *justicia legal* ¹⁰⁸.

Ahora bien, debemos precisar que, aún cuando la justicia general significa el buen orden de la comunidad, ese buen orden no sólo es objeto del derecho, que no lo abarca totalmente —el orden moral y el jurídico se solapan, y éste debe estar al servicio de aquél sin subsumirlo—, como recordé hace muchos años ¹⁰⁹. Por eso también debemos diferenciar la justicia general como virtud moral y como objeto de ordenación jurídica. Esta sólo la abarca en aquella parte que debe ser jurídicamente exigible.

La justicia moral como *virtud general* es la que «ordena los actos de todas las virtudes al bien común» y como *virtud especial* «se distingue y enumera con las otras virtudes». La primera tiene su razón en que la templanza y la fortaleza «está en el apetito sensitivo», mientras la justicia «está en el apetito intelectual» ¹¹⁰, y la prudencia, si bien también reside en el entendimiento, se concreta a las cosas agibles contingentes ¹¹¹. En la clásica imagen del carro griego la fortaleza es representada por el caballo negro y la templanza por el blanco, el auriga, con sus riendas, significa la prudencia, y el conjunto armonioso, que así se realiza, representa la justicia como virtud general. Esta, fuera ya de esa imagen, requiere, asimismo, «que se cumpla la justicia particular en todas sus formas y circunstancias».

En ese sentido Salomón ¹¹² había dicho que la justicia es la «gran sabiduría que enseña la templanza, la justicia y la fortaleza», y Aristóteles ¹¹³ escribió que no es «una parte de la virtud, sino la virtud entera», es decir, no es sólo una especie de virtud, sino el conjunto de todas las virtudes.

En su aspecto *jurídico*, la justicia general o legal, dice el Aquinatense ¹¹⁴,

¹⁰⁷ *Ibid.* Iª-IIae, 90, 4, resp.

¹⁰⁸ *Ibid.* IIª-IIae, 58, 5, resp.

¹⁰⁹ *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, II, D, 22 y sigs., cfr. *En torno al derecho natural*, págs. 152 y sigs.

¹¹⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, IIª-IIae, 58, 5, resp. y ad 2.

¹¹¹ *Ibid.* 47, 5, resp.

¹¹² SALOMÓN, *Libro de la Sabiduría*, 8, 7.

¹¹³ ARISTÓTELES, *Ética* 5, 1, 1130, a.

¹¹⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, IIª-IIae, 58, 7, ad 1.

«ordena suficientemente al hombre en las relaciones a otro en cuanto al bien común inmediatamente y en cuanto al bien de cada persona individual, mediatamente», y corresponde a la justicia particular ordenar inmediatamente «al hombre respecto del bien de otra persona particular».

Así la *justicia general o legal*, se dirige «inmediatamente» a la *ordenación al todo de todas y cada una de las partes* y sólo «mediatamente» a la relación, inversa, *del todo a las partes y las singulares de éstas entre sí*. Esta relación la debe considerar «inmediatamente la *justicia particular*, en su doble aspecto: en las *relaciones de parte a parte*, por la *justicia conmutativa* y en las *del todo a las partes*, por la *distributiva* ¹¹⁵.

La *justicia distributiva* se rige por la *proporcionalidad geométrica*, y la *conmutativa* por la *igualdad aritmética* —según el Estagirita ¹¹⁶ y el Aquinatense ¹¹⁷—. En cambio, la armonía requerida por la *justicia general o legal* no tiene una pauta *cuantitativa*, sino *cualitativa*, pues exige la *ordenación al bien común* ¹¹⁸. Este debe efectuarse no por comunicación genérica o específica, sino por comunicación de finalidad, pues el bien común también puede decirse *fin común* ¹¹⁹ que debe ser establecido por la razón práctica «en orden al último fin, que es el bien común» ¹²⁰. Explica el padre Ramírez ¹²¹ que esa operación exige, en primer lugar, «un ajustamiento o conmesuración, “*ex natura rei*”, absoluta y en acto» y luego otro «*comparativo y consecutivo*», mediato, «*ratio ut ratio*».

6.º Que sea promulgada «por aquel que tiene el cuidado de la comunidad». El Aquinatense ¹²² nota que la promulgación «se extiende al porvenir mediante su fijación en la escritura, que en cierta manera está promulgando continuamente la ley. Por eso dice San Isidoro (*Etimología* II, 10) que “*lex a legendo vocata est quia scripta est*”». Expresión que tradujo el Rey Sabio ¹²³ al decir: «*Ley tanto quiere decir como leyenda*».

El poder político no tiene la misión de descubrir, y menos aún la de fabricar el derecho, sino la de salvaguardarlo, procurando su seguridad y cumplimiento fiel.

10. También Montesquieu explicaría que su obra principal era una «especie de método» y que en ella «no es el cuerpo de las leyes lo que yo he buscado, sino su alma» ¹²⁴, y consecuentemente «no he tomado mi pluma para enseñar leyes, sino la manera de enseñarlas. Así no he tratado de leyes, sino del espíritu de las leyes» ¹²⁵.

¹¹⁵ *Ibid.*, 61, 1, resp. y *ad* 3 y *ad* 4.

¹¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética*, V, 3 y 4, 1131, b.

¹¹⁷ SANTO TOMAS DE AQUINO, loc. ult. cit., 61, 2, *ad* 2.

¹¹⁸ *Ibid.*, I-IIae, 90, 2, resp.

¹¹⁹ *Ibid.*, *ad*. 2.

¹²⁰ *Ibid.*, *ad*. 3.

¹²¹ FRAY SANTIAGO RAMÍREZ, *El derecho de gentes*, 12, A, 10, cfr. ed., Madrid, Edit. Studium, 1955, pág. 103.

¹²² SANTO TOMAS DE AQUINO, *S. Th.* I-IIae, 90, 4, *ad* 3

¹²³ *Partida* 1, 1, 4.

¹²⁴ MONTESQUIEU, *Dossier de l'Esprit des lois*, VI, I, cfr. en *Oeuvres complètes*, cits., vol. II, pág. 1025.

¹²⁵ *Ibid.*, 398, vol cit., págs. 1102.

Ahora bien, el método de Montesquieu ¹²⁶ tiene un cuádruple nivel: *filosófico, sociológico, político y jurídico*.

- a) En los dos primeros niveles es inductivo, experimental; y por el camino de la inducción se eleva hasta hallar los principios, obteniendo desde ellos una perspectiva vertical, que conquista y enriquece con sus experiencias después de efectuar repetidísimas inducciones e intentos de síntesis. El mismo lo explica ¹²⁶: «Muchas veces abandoné al viento las hojas que había escrito; sentía todos los días caer mis manos paternas, sentía mi objeto sin formar plan; no conocía ni las reglas ni las excepciones; no encontraba la verdad sino para perderla, pero cuando descubrí mis principios todo lo que buscaba vino a mí, y en el curso de veinte años he visto mi obra comenzar, crecer, avanzar y terminar». Cuando consiguió alcanzarla no vaciló en decir: «Un homme d'esprit connoit et agit de la façon momentanée dont il faut qu'il agisse; il se crée, pour ainsi dire, a chaque instant sur le besoin actuel: il fait et il sent le juste rapport qui est entre les choses est lui même» ¹²⁷.

A partir de ahí no descendió deductivamente como en el racionalismo, pues la materia no lo permitía, sino que, como Vico ¹²⁸, se percató de que debía recurrirse a lo verosímil: «El matemático —dice en uno de sus pensamientos ¹²⁹— no va sino de lo verdadero a lo verdadero, o de lo falso a lo verdadero por argumento *ab absurdo*. No conoce ese término medio, que es lo probable, lo más o menos probable. No hay, a este respecto, más o menos en las matemáticas».

- b) En el *nivel politológico*, cuando trata de distinguir el principio de cada clase de gobierno es decir, «ce qui le fait agir», «les passions humaines que le font mouvoir» ¹³⁰ toma por objetivo el de la *conservación* ¹³¹ del propio gobierno y muestra a los legisladores el juego de las causas eficientes en un sentido de la política próximo al de Maquiavelo y al servicio de una teleología cerrada a una política determinada.
- c) Como *sociólogo* se limita a registrar esos medios, aunque destaca y llama la atención acerca de las consecuencias de esa operatividad: tiranías, esclavitud, servidumbre, desenfreno, daños, riesgos, etcétera ¹³².

Y en el *nivel jurídico* ¹³³ el presidente bordelés parte, ya de entrada, de que

¹²⁶ Cfr. mi libro *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, VI, 5 y sig., págs. 205 y sigs., y VII, 5, págs. 232 y sigs., y 8, págs. 243 y sigs.

¹²⁷ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, prefacio, párrafo penúltimo.

¹²⁸ Cfr. mi exposición XIII, «Vico y Montesquieu», en *Metodología del derecho*, págs. y sigs.

¹²⁹ MONTESQUIEU, *Essai sur les causes qui peuvent affecter les caracteres*, II, 27, en *Oeuvres*, II, pág. 57.

¹³⁰ MONTESQUIEU, *E. L.*, III, I, 2.

¹³¹ Así lo ha destacado HENRI BARCKHAUSEN, *Montesquieu Ses idées et ses oeuvres d'après les papiers de La Brède*, II parte, cap. IV, cfr. reimpresión, Ginebra, Slatkine Reprints, 1970, pág. 257.

¹³² Cfr. lo que al respecto he expuesto en *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, VI, 7, a, pág. 213.

¹³³ *Ibid*, VII, 8, págs. 245 y sigs.

«existen relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las estable-
ce» ¹³⁴.

Para legislar ante todo debía tratarse de ajustar la razón a todos los casos: «La ley, en general, es la razón humana en tanto gobierna todos los pueblos de la tierra, y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser sino casos particulares en que se aplica esa razón humana» ¹³⁵. Y no debe olvidarse que una cosa «no es justa porque sea ley, sino que debe ser ley porque es justa» ¹³⁶. Para lo cual el legislador —que debe hacer cumplir a sus súbditos sus deberes sociales ¹³⁷— ha de tener presente que éstos dimanar de unas «relaciones de justicia posibles, anteriores a las leyes positivas», del mismo modo que todos los radios son iguales aún antes de trazarse el círculo ¹³⁸.

Pero, ¿cómo debe el legislador efectuar ese ajustamiento, si, según hemos visto, el mismo Montesquieu dice que ha de hacerlo de conformidad a la naturaleza de las cosas y ha de tener en cuenta gran cantidad de datos, algunos contradictorios entre sí?

- a) Ante todo coincide con San Isidoro y Santo Tomás en que las leyes han de ser posibles para los hombres, para quienes se ordenan, en las circunstancias en que se hallen: «Tal es la naturaleza de las cosas que el abuso es muchas veces preferibles a la corrección, o, por lo menos, el bien establecido es siempre preferible al mejor que no lo esté» ¹³⁹. Así: «Cuando una república está corrompida no puede remediarse ninguno de los males que se producen sino evitando la corrupción y recordando los principios: toda otra corrección es inútil o es un mayor mal» ¹⁴⁰.
- b) Deben ser —dice ¹⁴¹— «de tal modo apropiadas al pueblo para el cual han sido hechas que las de una nación sólo por un extraordinario azar pueden convenir a otra.

»Es preciso que se adecuen a la naturaleza y al principio del gobierno establecido o que se quiera establecer, sea que ella lo formen como hacen las leyes políticas, sea que le mantengan como hace las leyes civiles.

»Deben tener relación con la naturaleza física (le *phisique*) del país, al clima helado, ardiente o templado, a la calidad de la tierra, a su situación, a su tamaño, al género de vida de los pueblos, labradores, cazadores o pastores, deben hallarse en relación con el grado de libertad que la constitución puede soportar, a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a su riqueza, a la densidad de su población, a su comercio, a sus costumbres, a sus hábitos sociales. En fin, han de tener relación entre sí, con su

¹³⁴ MONTESQUIEU, E. L., I, I, 9.

¹³⁵ *Ibid.*, E. L., I, III, 11.

¹³⁶ *Ibid.*, M. P., 1906, *Oeuvres*, I, pág. 1458.

¹³⁷ *Ibid.*, E. L., I, I, inciso final.

¹³⁸ *Ibid.*, 8.

¹³⁹ *Ibid.*, M. P. 1920, *Oeuvres*, I, pág. 1461.

¹⁴⁰ *Ibid.*, E. L., VII, XII, 2.

¹⁴¹ *Ibid.*, I, III, 12, 13 y 14.

origen, con el objetivo del legislador, con el orden de las cosas acerca de las que se establecen. Bajo todos estos puntos de vista debe considerárlas».

Esto es lo que Charles de Secondat hizo a lo largo de *l'Esprit des lois*.

- c) Para realizar el ajustamiento, ante ese cúmulo de circunstancias, es interesante confrontar el pensamiento del bordelés con el de Helvetius, quien frente a la medida de las razones y «sutiles distinciones» de aquél, contraponía el movimiento rápido, que esperaba, «impuesto por las luces y la opinión pública» ¹⁴². En cambio, Montesquieu reflexionaba: «Se sienten los viejos abusos, se ve cómo corregirlos pero aún no se vislumbran los abusos de esa corrección» ¹⁴³.

El legislador no puede hacer de golpe todo cuanto quiere, ni como quiera. No debe olvidar que —como ha escrito, expresando el pensamiento del barón de la Brede, un conocedor tan íntimo del mismo, a través de los archivos de su Chateau como fue Barckhausen ¹⁴⁴— «la fuerza de las cosas se venga. Las leyes mediocres o malas producen efectos dañinos. Los pueblos se esfuerzan entonces en corregir los abusos que sufren. Una experiencia severa, y a veces cruel, les recuerda la sabiduría...». Por eso mismo Callois ¹⁴⁵ advierte que, según Montesquieu, el hombre: «Está de antemano vencido si ataca de frente a la potencia conjugada de los factores que le oprimen. Pero puede superarlos uno a uno, componerlos según su conveniencia, ganarlos para sí, paliándolos, domesticándolos y articulándolos enseguida en su provecho...». El mismo *President a mortier* del Parlamento de Burdeos escribió ¹⁴⁶: «La politique est une lime sourde qui use et qui parvient lentement o sa fin». Veamos cómo debe conseguirlo.

- d) El concepto que Montesquieu expone del *esprit general*, y su perspectiva histórica nos da la *clave* de cómo y en qué medida ha de legislarse. «Hay que esclarecer la historia por las leyes y las leyes por la historia», afirmó ¹⁴⁷, mostrando la interrelación de la naturaleza con nuestra libertad en la historia que en parte «nos condiciona y, a la vez, hacemos» ¹⁴⁸; por eso dice ¹⁴⁹ de los pueblos de la antigüedad que, interpretando su historia y sus leyes, «j'ai charché à en prendre l'esprit».

¹⁴² C. A. D. HELVETIUS, *Lettre a Montesquieu* de 1747, cfr. *Correspondence* de MONTESQUIEU, en *Oeuvres Complètes* de Montesquieu dirigidas por ANDRÉ MASSON, vol. III, París, Les Ed. Nagel, 1955, págs. 1102 a 1105.

¹⁴³ MONTESQUIEU, E. L., *Préface*, 10, inc. 4.

¹⁴⁴ BARCKHAUSEN, *op. cit.* I, IV, pág. 46.

¹⁴⁵ ROGER CALLOIS, *Préface* a las *Oeuvres complètes* de Montesquieu, col Pleiade, cit., vol. I, págs. XX y sigs.

¹⁴⁶ MONTESQUIEU, E. L., XIV. XIII, 7, inc. 1.

¹⁴⁷ *Ibid.*, XXXI, II, *in fine*.

¹⁴⁸ Cfr. el capítulo II, 6 y 7, de mi op. ult. cit., págs. 99 a 110.

¹⁴⁹ MONTESQUIEU, E. L., *Preface*, 5.

El *espíritu general* —como ya he hecho notar ¹⁵⁰— lo observó en dos aspectos como *resultantes* y como *causa impulsora* de las leyes.

Del primero, dijo ¹⁵¹: «Diversas cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos de donde se forma el espíritu general resultante.

»A medida que una de esas causas actúa con más fuerza, las otras ceden otro tanto...».

Y, en el segundo aspecto, el espíritu general —que en el primero es resultante— se puede transformar en *impulso* que modifique una cualquiera de las concausas que lo constituyen, y así se hace, a la vez, causa de la modificación sea de las leyes que lo integran o bien de cualquier otro de sus componentes. Y a su vez las leyes, para llegar a ser eficazmente beneficiosas, deben conseguir una mejora del espíritu general. Montesquieu consagró toda su obra en señalar cuidadosamente, en cada circunstancia, el modo de conseguirlo.

11. Con esto vuelvo al principio, a enlazar con la comunicación de José Luis Pinillos del pasado curso. Es necesaria la *previsión* con una mentalidad no meramente cuantitativo, sino cualitativa.

Precisamente, la ya mencionada comunicación mía de 1975 en la Real Academia de Jurisprudencia la comencé recordando que —según Santo Tomás de Aquino ¹⁵²— la *prudencia* consiste en *ver de lejos*, en ser *perpicaz* y *prever* «con certeza a través de la incertidumbre de los sucesos». Lo básico en la prudencia es la capacidad de discernimiento de lo bueno y lo malo, como ya había advertido San Isidoro ¹⁵³. *Prudens*, prudente —dice en otro lugar ¹⁵⁴—, «viene a ser como el que ve sobremanera» —*porro videns*— y «*perspicax*» —perspicaz— «aquel que prevé los acontecimientos poco seguros» —*Est enim et incertorum praevider casus*—. El prudente, sigue Santo Tomás ¹⁵⁵, «considera lo lejano en tanto puede ayudarle o impedirle respecto de lo que debe hacer en el momento presente». Para ello hace falta la *eubulia* para la investigación del «buen consejo» ¹⁵⁶, la *synesis* que «juzga la verdad de todo lo que sucede conforme a las reglas comunes» ¹⁵⁷ y el *gnome* o perspicacia, «que considera todo lo que puede suceder fuera del curso normal de la naturaleza» ¹⁵⁸ y «obra al margen de las reglas comunes», «conforme a principios superiores» a ellas, lleva, «pues, consigo cierta agudeza en el juicio» ¹⁵⁹.

¹⁵⁰ Cfr. el capítulo VI, 3 de mi op. ult. cit., págs. 201 y sigs.

¹⁵¹ MONTESQUIEU, E. L., XIV, IV, 1 y 2.

¹⁵² SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. Th. II^a-IIae, 47, a 1, resp.

¹⁵³ SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, II, 24, 6: «*Prudentia est in rebus qua discernuntur a bonis mala*».

¹⁵⁴ *Ibid.* X, P, 201.

¹⁵⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. Th. II^a-IIae, 47, 1, ad 2.

¹⁵⁶ *Ibid.* 51, 4, ad 1.

¹⁵⁷ *Ibid.* ad 2.

¹⁵⁸ *Ibid.* ad 3.

¹⁵⁹ *Ibid.* resp.

Y ¿qué es la prudencia? Aristóteles ¹⁶⁰ explicó que para comprender la naturaleza de la prudencia debemos comenzar por considerar a los hombres que llamamos prudentes. Al hacerlo vemos que lo propio del prudente parece que es su buen discurrir sobre lo que es bueno y conveniente y no es un sentido parcial sino para considerarlo en el vivir bien en general. Se refiere a cuanto puede obrarse de una manera u otra a fin de hacerlo bien. Y requiere «una disposición racional verdadera y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre». «Por eso —explica— que Pericles y los que son como él son prudentes porque pueden ver lo que es bueno para ellos y para los hombres, y pensamos que esa es una cualidad propia de los administradores y de los políticos».

«De modo que —responde— necesariamente la prudencia es una disposición racional verdadera y práctica respecto de lo que es bueno para el hombre». Pero «la prudencia es una virtud y no un arte». Esta última observación nos exige que ahondemos para situar la prudencia en su lugar entre el saber especulativo y el arte, y a ese fin seguiremos de la mano del Estagirita.

- a) Entre lo que podemos conocer y las facultades de nuestro espíritu existen dos géneros más generales de relaciones racionales: la *intelectiva*, que contempla la clase de entes cuyos principios no pueden ser de otra manera, que podemos llamar científica en sentido restringido —que, conforme una expresión escolástica, conoce *ratio ut intellectus*—, y la *deliberativa* o *razonadora* o *calculatriz* —que opera *ratio ut ratio*—; para determinar lo podría ser de varias maneras, pues «nadie delibera sobre lo que no puede ser de otra manera» ¹⁶¹. Pero existen otras cuestiones sobre las que «se debe elegir un término medio y no el exceso ni el defecto», pues entre ellos, «conforme la recta razón», «hay un cierto límite de los términos medios». Y puede decirse de algunas ocupaciones de las que «hay ciencia» que «la regla justa» prescribe «un término medio» ¹⁶².
- b) El *entendimiento* puede ser *teorético*, o *teórico*, *práctico*, u *operativo* y *creador*, o *fabricador* ¹⁶³, de cuyas funciones podríamos decir, expresándonos en latín, que tienen por objeto *intelligere*, *agere* y *facere*, con la finalidad de conocer la *verdad*, la primera; realizar el *bien*, la segunda, y construir lo *bello* o lo *útil*, la tercera.

Son, respectivamente, la *theoría*, la *praxis* y la *poiesis*.

Santo Tomás de Aquino ¹⁶⁴ señala que el arte versa sobre lo *factible* y se realiza sobre una materia exterior, mientras la prudencia versa sobre lo *agible*, o sea, en la misma actividad del sujeto que obra.

«Entre las cosas que pueden ser de otra manera —explica Aristóteles ¹⁶⁵— están las que son objeto de producción y las que son objeto de acción o actua-

¹⁶⁰ ARISTÓTELES, *Ética*, 6, 5, 1140 a y b.

¹⁶¹ *Ibid.*, 6, 1, 1139, a.

¹⁶² *Ibid.*, 6, 1, 1138, b.

¹⁶³ *Ibid.*, 6, 2, 1139, a.

¹⁶⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* II^a-II^{ae}, 47, 5, resp.

ción, y una cosa es la producción y otra la acción». Es decir, en latín, de *facere*, unas, y de *agere*, otras. Cosas distintas; pues, «la construcción es una técnica», que «versa sobre el llegar a ser y sobre el idear y considerar cómo puede producirse y llegar a ser algo». La técnica, por tanto, «no tiene que ver con las cosas que son o se producen necesariamente ni con las que son o se producen de una manera natural». Y advierte que «en cierto modo el azar y el arte tienen el mismo objeto», como dice Agatón «el arte ama el azar, y el azar el arte».

Esta distinción —como notó Leopoldo Eulogio Palacios¹⁶⁶— ha perdido claridad por «la moralidad de la civilización moderna», porque lo factible, «objeto amoral del arte, es casi lo que únicamente viene interesando al hombre moderno. Hombre práctico es, para la mayoría de la gente contemporánea, sinónima de *homo faber* (...). El hombre se ha ido acostumbrando a mirar el bien o el mal de las cosas desde un punto de vista exclusivamente amoral y técnico». Prefiere *tener a ser*: quiere *ser* para *tener*.

12. La *prudencia política* es la que se refiere al «bien común de la ciudad o del reino», es decir, de la nación¹⁶⁷.

Por ello salta la comparación entre la *justicia general* o *legal* y la *prudencia política*. Aquélla constituye la finalidad, lo agible, de la *prudencia política*, que ésta trata de realizar¹⁶⁸.

El punto más importante en esta cuestión se refiere al discernimiento entre la prudencia política y la política como técnica.

Prudencia política equivale a *providencia* política. Recordemos el *porro videns* de San Isidoro. Tiene relación con la posibilidad, admitida por Giambattista Vico¹⁶⁹, de que el hombre perciba —aunque sólo sea en imagen plana—, en la historia de las naciones, aquella la *historia ideal y eterna* trazada por la Providencia divina en su obra creadora. Como señala L. E. Palacios¹⁷⁰, la providencia guarda estrecha relación con la previsión, es decir, «la visión anticipada de un suceso». Pero «tiene un sentido más determinado y preciso»: no sólo *prevé*, sino, también, «*provee* al hombre de los medios necesarios para conducirlo a un fin que le prepara por anticipado, descubriéndole los medios para el logro de un bien». En el supuesto que examinamos, la legislación es el medio adecuado al fin del bien común.

La política considerada como técnica ofrece diferencias sustanciales respecto de la verdadera prudencia política. Para percatarnos de ellas debemos, ante todo, considerar los dos supuestos principales de aquélla: uno, el referido sólo a la consecución y conservación del poder —que podemos denominar *maquiavelista* o

¹⁶⁵ ARISTÓTELES, *op. cit.*, 6, 4, 1140, a.

¹⁶⁶ LEOPOLDO-EULOGIO PALACIOS, *La prudencia política*, II, II, &1, Madrid, Gredos, 1978, págs. 76 y sigs.

¹⁶⁷ SANTO TOMAS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-IIae, 47, 11, resp. y *ad* 1.

¹⁶⁸ L. E. PALACIOS, *op. cit.*, II, II, 7, pág. 111.

¹⁶⁹ GIAMBATTISTA VICO, *Scienza Nuova*, III, 331 y sig. *Conclusioni d'ell opera*, 102 y sigs.; cfr. *Oppere*, ed. cuidada por FAUSTO NICOLINI MILAN-NAPOLES, RICARDO RICARDI 1953, págs. 479 y 865 y sigs.

¹⁷⁰ L. E. PALACIOS *cap. cit.*, III, II, 7, págs. 135 y sigs.

maquiavélica—, y el otro propuesto por un racionalismo operativo, que podemos calificar de *ideológico, cientifista operativo o tecnocrático*, según el criterio que resulta predominante constitutivamente. Tanto el maquiavelismo como las ideologías operativas o la tecnocracia suplantán o falsean la prudencia. Comenzaremos por el *examen* de estos segundos supuestos.

Al aplicarse a la política un operativismo ideológico o cientifista-tecnocrático se parte de considerar como objeto de aquélla, ya no un *agere*, sino un *facere*, y al enfocar con esa misma perspectiva la justicia legal se la observa no como modeladora de conductas humanas, sino como fabricatriz de estructuras. De ese modo la técnica y la industria, en lugar de ser dirigidas por la prudencia política se hacen dueñas de ésta.

Es el triunfo del arte —en el sentido de técnica de lo *factible*— sobre la prudencia como regulatriz de la *agible*.

El arte se ha definido ¹⁷¹ como la capacidad de producir un *artefactum* o de dotar de una determinación, una forma, una estructura, concebida por la mente, a una materia exterior apta para recibirla. «El *artefactum*, la obra del arte, es cierta cosa *que puede ser hecha*, conformada, modelada por el hombre en función de un esquema predeterminado. Es un *factible* (...) radicalmente contingente. Para existir depende de quién sepa *como (know how) hacerla, producirla*, engendrarla fuera de sí. A este título el arte se define como *la recta ratio factibilium*, la recta determinación de los objetos fabricables, los conocimientos técnicos concernientes a la transformación de los seres y las cosas». Como dijo Santo Tomás ¹⁷², «*Artifex primo apprehendit formam domus absolute et postea inducit eam in materia*».

13. Pero veamos cuáles son las diferencias entre la perspectiva del arte o técnica y la observada por la prudencia.

1.º La prudencia dirige una actividad *inmanente* en el sujeto, y si se trata de la prudencia política *inmanente a la comunidad* de la cual éste forma parte como sujeto integrado en la misma. En cambio, la actividad del artífice le es *transitiva*, *se dirige a algo que fabrica, moldea, conforma*.

2.º Sin embargo, la inmanencia de la acción prudencial *nada tiene de subjetiva*. De Corte ¹⁷³ lo muestra también lúcidamente, pues «dota a la inteligencia práctica de la facultad de captar lo contingente», de la misma manera que la inteligencia especulativa, conformándose a la realidad y a la verdad que posea: «*secundum eandem rationem objecti, scilicet secundum rationem entis et veri* ¹⁷⁴: es decir, *objetivamente*, sin plegar su objetividad a pretendidas exigencias del sujeto, sometándose, por el contrario, a ella según la perspectiva de lo verdadero y del bien que tiene a su cargo».

E inversamente, el arte «que se dirige a la perfección de la cosa producida más que a la perfección del productor está infinitamente más orientada al sujeto que

¹⁷¹ MARCEL DE CORTE. *De la prudence politique. La plus humaine des vertus*. V, Jerzé, VI, pág. 53 y sig.

¹⁷² SANTO TOMÁS DE AQUINO. In *De Coelo*, I, *proem*, n. 2.

¹⁷³ MARCEL DE CORTE, loc. ult. cit., pág. 56 y sig.

¹⁷⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *S. Th.*, I, 79, 9, *ad* 3.

al objeto. Es la expresión de la subjetividad del hombre ante una materia exterior que transforma a fin de adaptarla a sus necesidades. Modifica el medio en que se halla el sujeto a fin de que el resultado de esa metamorfosis le sea útil o agradable a éste».

3.º Por eso mismo el arte está ordenado a fines particulares, mientras que la prudencia «es la buena consejera del hombre en las cosas que se refieren a la totalidad de su conducto y al fin último de la vida humana» —conforme dijo el Aquinatense ¹⁷⁵ «*de his quae pertinent ad totam vitam nominis et ad ultimum finem vitae humanae*»—«La inteligencia técnica o poiética se circunscribe a materias distintas unas de otras en función a las distintas necesidades que el sujeto humano aspira a colmar para asegurar su supervivencia—sigue De Corte ¹⁷⁶—. La técnica en mayúsculas es un mito que no soporta análisis. No existen sino técnicas dirigidas a fines particulares. La técnica no puede ser en modo alguno “arquitectónica” como la prudencia por razón de su propia tendencia a la especialización», pues cada técnica surte al hombre, por distintos medios, de los útiles que le son necesarios o convenientes.

La expresión *arquitectónica*, referida a la prudencia política, merece una aclaración. La empleó metafóricamente Aristóteles ¹⁷⁷ para expresar la analogía entre la prudencia política del jefe y la del arquitecto que, como director principal, ordena y guía hacia un fin una gran cantidad de artes menores de artífices manuales; así aparece la arquitectura como un arte superior respecto de las otras, subordinadas a su finalidad general. De igual modo, la prudencia política establece leyes universales que ordenan la actividad de los ciudadanos al fin universal o bien común ¹⁷⁸. Por eso se dice de ella que es la más perfecta especie de prudencia ¹⁷⁹.

4.ª La técnica y el arte someten una parte de la realidad a su proyecto mental, a su previa *representación ideal*, sin más limitaciones que las impuestas por la resistencia material de ella. En cambio, la prudencia política ha de conformarse —como hemos visto en el apartado 2º a la *realidad de la verdad y al bien*, en cuanto exceden del ámbito de la opción prudencial al que se circunscriben los límites de lo contingente por ellos trazados.

Las técnicas o artes se han ido emancipando de la prudencia política. Esto ha sido una consecuencia del poso sucesivamente acumulado por el nominalismo ockamiano, el pesimismo antropológico luterano, la concepción maquiavélica de la política —como técnica amoral para la consecución y acrecentamiento del poder—, del giro ptolomeico —en expresión rectificadora de Cotta ¹⁸⁰— más que

¹⁷⁵ *Ibid.*, I^a-IIae, 57, 4, ad 3.

¹⁷⁶ MARCEL DE CORTE, loc. ult. cit. pág. 57.

¹⁷⁷ ARISTÓTELES, *Ética*, 6, 8, 1141, b. También SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-IIae, 47, 12, resp.

¹⁷⁸ L. A. PALACIOS, *op. cit.*, I, 5, págs. 31 y sigs.

¹⁷⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-IIae, 47, 11, ad 3 *in fine*.

¹⁸⁰ SERGIO COTTA, *El hombre tolomeico*, 7, Madrid, Rialp, 1977, pág. 163 y sig.

copernicano de Kant, del saintsimonismo ¹⁸¹ que ha acuñado a la revolución industrial, acogiénola como el camino de la autorredención mesiánica del hombre que, con ella, podrá «alcanzar y conquistar la tierra prometida» ¹⁸², hasta autoerigirse en demiurgo, ya en trance de alcanzar la era de la filosofía científica, anunciada por Comte, o el triunfo de la idea asegurado por Hegel ¹⁸³.

14. Así la legislación ha sido considerada como una técnica o un arte al servicio de una ideología o de una poiesis creadora del modelo cientifista que se traten de realizar ¹⁸⁴. Es uno más, entre otros, posibles medios operativos, ya lleve el título de constitución o el de ley. Se comprende, pues, que la legislación se haya convertido en una técnica al servicio de una u otra ideología o de un cientifismo operativo ¹⁸⁵ —que no es sino otra ideología más ¹⁸⁶—, y que no se la considere ya como la ciencia propia de la justicia general o legal.

Luis Sánchez Agesta ¹⁸⁷ ha explicado claramente: «La coherencia entre organización de poder y constitución social se ha alterado hasta casi invertirse la relación. El poder no sólo se presenta como una emanación de la comunidad a la que rige, sino que tiende a conformarla de acuerdo con sus principios. El primado de la voluntad de poder sobre la constitución social, que es uno de los caracteres de nuestro tiempo, ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones, y en cierta manera todo el orden constitucional contemporáneo se manifiesta como un *proyecto racional de constitución* no sólo de las instituciones que encarnan el poder político, sino de la misma entraña del orden social». Entendiéndose, por tanto, «como realización de un plan que ordinariamente refleja y desenvuelve los principios de una ideología política».

La perspicacia y la agudeza de visión de la prudencia para determinar lo agible, en su aplicación a la prudencia política, tiene por fin dirigir «arquitectónicamente» —en el sentido en que el Estagirita y el Aquinatense emplearon esta imagen— todas las acciones, técnicas y artes, ordenándolas al bien común presente y futuro. Lo cual sólo es proyectable desde la realidad y requiere, por ello, su conocimiento a la vez teórico y práctico.

¹⁸¹ Cfr. MICHELE FEDERICO SCIACCA, *Desde el sansinonismo a la tecnocracia de hoy*, en *Verbo* 103, marzo 1972, pág. 281.

¹⁸² Cfr. JESÚS FUEYO, *La vuelta de los Budas*, Madrid, Org. Sala Ed., 1973, II, VII, 6, págs. 485 y sigs.

¹⁸³ Cfr. MICHELE FEDERICO SCIACCA, *L'Ora di cristo*, Milán Marzorati, 1973, II, 1, págs. 64 y sigs., o *El laicismo, crisis de fe y de razón*, II, en *Verbo* 150, diciembre 1976, en *La sociedad a la deriva*, Madrid, Speiro, 1977, págs. 219 y sigs.

¹⁸⁴ MICHELE FEDERICO SCIACCA, *L'oscuramento della inteligenza*, Milán, Marzorati, 1970, II, 1, I, pág. 20.

¹⁸⁵ Cfr. mis estudios *Del legislar como "legere" al legislar como "facere"*, locs. cit., *Técnica y desarrollo político*, en *Humanismo y tecnología en el mundo actual* (Jornadas Internacionales de Investigación Humanística, 11-17 de abril de 1977), Madrid, C.S.I.C., 1979, págs. 111-132, y *De la filosofía política al cientismo operativo*, en *Verbo* 169-170, noviembre-diciembre de 1978, págs. 1229 y sigs.

¹⁸⁶ Cfr. mi libro *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, 2ª ed., Madrid, Montecorvo, 1975, I parte, resumen, pág. 42, y II parte, sec. I, págs. 57 y sigs.

¹⁸⁷ Cfr. LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Curso de derecho Constitucional Comparado*, 5ª ed., Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad, 1974, I, 4, pág. 28.

Aristóteles ¹⁸⁸ explicó que la tarea de legislar requiere un conocimiento práctico, tal como el exigido para la medicina.

Para ello es necesario conocer la naturaleza del hombre en todas sus dimensiones, la naturaleza de aquellas sociedades de las que formamos parte y, en general, del mundo que nos rodea. Específicamente —como advierte De Corte ¹⁸⁹— es preciso el discernimiento de lo que favorece la vida en común, —*scientia communium*—, que a quien lo posee le dota para captar la luz del principio del bien que —para tener la debida certeza a dicho fin— deberá enfocar en la experiencia y en la práctica, confrontándolas y conjugándolas en los asuntos de la política, nutriendo ambas con las enseñanzas de la historia y sin perder de vista que su base está en la propia naturaleza de las cosas.

Pero desde Bacon —seguimos con De Corte ¹⁹⁰— «conocer es modificar los datos por la experiencia, es *hacer, transformar* lo real: el saber se desdobra en un saber hacer, en una técnica, un arte. Entre los innumerables inventores, astrólogos, alquimistas, magos y sabios de la época, la idea dominante es que las cosas tienen una plasticidad que las hace obedientes a la voluntad dominante y transformadora del hombre»; en la nueva corriente de pensamiento, «la verdad no es ya la correspondencia del intelecto a la cosa, sino a la inversa, la correspondencia de lo real al pensamiento que imprime en él su forma. A la inteligencia contemplativa sucede la inteligencia poética». Hoy, a la poiesis ideológica ha sucedido la utópica.

Esta se halla favorecida por la circunstancia de que la información audiovisual produce —como han observado los marxistas Cohen-Seat y Feugeyrollas ¹⁹¹— una «*imposición de formas*», por la cual el mundo real es sustituido por otro subreal, falsa visión de la cual no escapan las élites competentes sino en lo que es de su propia especialidad, pues en lo demás siguen la condición de la masa. Faltan, pues, en ellas la prudencia que requiere una perspectiva plena y global y no una visión de especialista.

Ese cambio que sustituye la perspectiva del prudente por la del técnico o artista se agrava cuando el bien común es sustituido por la razón de Estado —que oculta el interés por la conservación o el acrecentamiento del poder—, o la razón de partido, que para la consecución de aquél incluye en esta perspectiva la propaganda electoral, guiada por un *marketing* indicativo de lo que se ha de prometer o lo que debe proponerse reformar.

Es el falseamiento de la política, calificable de *maquiavelismo*, que —dice L. E. Palacios ¹⁹²— «se opone al prudencialismo como la astucia a la prudencia».

¹⁸⁸ ARISTÓTELES, *Ética*, 10, 4, 1180, b.

¹⁸⁹ MARCEL DE CORTE, op. ult. cit., V, pág. 49.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pág. 70 y sig.

¹⁹¹ GILBERT-COHEN-SEAT y PIERRE FOYGEYROLLAS, *L'action sur l'homme: cinéma et télévision*, París, Danoël, 1961, cap. I, págs. 39 y sigs., y cap. II, págs. 57 y sigs.

¹⁹² L. E. PALACIOS, *La prudencia política*, III, III, 5, pág. 155.

La prudencia es, ante todo, una virtud cardinal y como tal sujeta a la moral, y el bien común es, ante todo, bien moral. De lo contrario, ¿cómo concebir una sociedad bien ordenada —tal cual es necesario para realizar el bien común— en la que se impusiera la inmoralidad, el engaño, la estafa, el robo, el asesinato, la infidelidad a toda palabra dada, los vicios...! Por ello —como ha recordado L.E. Palacios¹⁹³—, la primacía del bien moral no es nunca ajena a la política, ni sin justicia y sin virtudes puramente morales es posible la prudencia¹⁹⁴. La primera nota del bien moral es hacer bueno al que lo posee¹⁹⁵.

El *político farsante*, aunque se beneficie del nombre de prudente¹⁹⁶ ni sea calificable de *imprudente*, tiene en todo caso el vicio de la *falsa prudencia*, empleando esta palabra con una falsa analogía —dada la falta de la menor coincidencia en lo esencial, requerida para la verdadera analogía, que en este caso estaría en la virtud—. La palabra adecuada es la astucia. «El astuto es a su habilidad para el mal como el prudente a su habilidad para el bien»¹⁹⁷.

Maquiavelo oponía a la Fortuna a la *virtus* política «para mantener el Estado», que no identificaba con la virtud moral, estimando que un príncipe, «si quiere mantenerse», necesita «aprender, a saber no ser bueno y usar esto o no usarlo, según la necesidad» «para no arruinarse entre tantos que no lo son» [buenos]¹⁹⁸. Sin embargo, la fidelidad, la caridad, la humanidad, la religión, «le es muy necesario parecer tenerlas». [Hoy, diríamos que debe cuidar una imagen convincente de esa apariencia.] Tanto es así que esas virtudes, «teniéndolas y observándolas siempre, le serán dañosas, y pareciendo tenerlas le son útiles»; y de ser y no sólo parecer «piadoso, fiel, humano, religioso e íntegro», debería «estar de tal modo edificado de ánimo que cuando fuera menester no serlo pueda y sepa mudar a lo contrario»¹⁹⁹.

Como había escrito en su obra principal Marcel de Corte²⁰⁰, el Florentino no sólo independizó la política de la ética y del derecho natural, sino que la convirtió en una *técnica racional* del poder. «Como el ingeniero que aplica desde el exterior con su inteligencia, las fuerzas materiales, no verá ya en el poder sino la pura arista cuantitativa que ha de dar su exacta medida (...). Se trata de llegar hasta el punto determinado por el cálculo», aprovechando que las conductas humanas, según él las ve como un mecanismo, son movidas por las pasiones e instintos como «un sistema de reflejos mecánicos que permiten, casi siempre, infalibles previsiones».

¹⁹³ *Ibid.*, II, 8, pág. 81.

¹⁹⁴ *Ibid.*, III, I, 7, pág. 112.

¹⁹⁵ *Ibid.*, II, II, 8, pág. 80.

¹⁹⁶ *Ibid.*, III, III, 2, pág. 147.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 3, págs. 149 y sigs.

¹⁹⁸ MAQUIAVELO, *El príncipe*, XV.

¹⁹⁹ *Ibid.*, XVIII.

²⁰⁰ MARCEL DE CORTE, *L'homme contre lui même*, París, Nouvelles Editions Latines, 1962, cap. VI, págs. 190 y sigs.

«Antes que Descartes dijera que la metafísica no era sino geometría, Maquiavelo pudo decir —sigue el profesor de Lieja— que su política no era sino matemática». Y, consecuentemente, «un pensamiento tan resueltamente matemático ignora las nociones de bien y mal». En ella «no hay ni bien ni mal, no hay ni siquiera verdad ni error en el sentido propio de la palabra, no hay más que exactitud o inexactitud».

Hoy, además —sigue De Corte ²⁰¹—, se produce una combinación explosiva entre Maquiavelo y Rousseau, a pesar de ser uno la antítesis del otro. Y explica ²⁰²: «Maquiavelo no es el instaurador del príncipe cristiano, pero tampoco del príncipe pagano, sino del Engañador (*Dompteur*), del “grueso animal” popular, de quien utiliza la fuerza para establecer el propio poder personal. La política se convierte, según la fórmula de Voltaire, en “el arte de engañar a los hombres”...».

Por lo expuesto se puede concluir que la sustitución de la prudencia política por un arte moralmente neutro o por un conjunto de técnicas guiadas por la *razón de Estado*, hace que quede esfumada la ciencia de la legislación en cuanto las leyes no son sino expresión de la *voluntad del pueblo* ni se trata sino de que su redacción obedezca, ya sea:

- a) A *ideologías* que partiendo de un modelo poiético de Estado, de sociedad, de familia, de economía, etc., tratan de realizarlo del modo operativo más eficaz posible, y para ello emplean las leyes como uno de tantos medios. En este sentido no puede hablarse de una ciencia de legislar, sino de tantas ideologías legislativas cuantos modelos poiéticos o utópicos pretendan llevarse a cabo.

En esto Bobbio ²⁰³ ha sido perfectamente coherente al distinguir *método, teoría e ideología* del derecho positivo, siendo ésta la que determina su contenido material. Conforme su criterio se da el caso de que a la *justicia como igualdad-formal*, abstracta y universal, se llega por una investigación fenomenológica —que admite como científica—, mientras que la *justicia como igualdad en la libertad* la cree resultante sólo de una ideología que se asume de modo personal y que está históricamente condicionada ²⁰⁴. E incluso la que califica de visión extremista del positivismo jurídico —que estima al derecho positivo «como un bien en sí, e incluso el valor supremo, por lo cual es necesario siempre obedecerle»— la considera como una ideología más frente a la cual puede resultar lícito *rompere l'ordine* mediante un movimiento revolucionario ²⁰⁵.

²⁰¹ *Ibid.*, págs. 197 y sigs.

²⁰² MARCEL DE CORTE, *De la prudence*, VII, pág. 71 y sig.

²⁰³ NORBERTO BOBBIO, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Turín, Giapicheli Ed., 1948, págs. 83 y sigs., e *Il positivismo iuridico*, Turín, Cooperativa Libr. Universitaria, s. f., cap. VII, 58 y sigs., págs. 296 y sigs. y *Conclusione*, 61, págs. 313 y sigs.

²⁰⁴ Para la crítica de esta posición de BOBBIO, cfr. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*, 14, E. Madrid, Real Academia de Jurisprudencia (discurso inaugural del curso), 1980, págs. 84 y sigs.

²⁰⁵ NORBERTO BOBBIO, *Il positivismo...*, VII, 58, pág. 298, y 60, pág. 303 y sig., y 307 y sig.

b) O bien sólo debe obedecer a meras técnicas, de las cuales sus especialistas pueden ser titulados en profesiones técnicas o bien legistas dedicados a una rama concreta, que generalmente prepararon los anteproyectos legislativos para materias determinadas: fiscal, agraria, de montes, urbanística, de seguridad social, etc., pues aun cuando en ellas participen auténticos jurisconsultos con prudente visión general, éstos no pueden impedir que muchas veces su desarrollo se cierre al objetivo concreto perseguido en cada propuesta y a las consiguientes soluciones normativas técnicamente consideradas más idóneas para lograrlo. La recomposición de una ciencia jurídica de las leyes, o jurisprudencia es incompatible con ambos reduccionismos, pues precisa un retorno a la perspectiva jurídica general de la justicia legal clásica.

15. Si queremos centrar en una perspectiva moderna la ciencia jurídica de legislar, debemos partir:

1.º De que, como Stammler advirtió, el pensar jurídico no se basa en la forma de *causa-efecto*, sino en la de *fin-medios* que impone una medida de *rectitud* superior, adecuada a ese fin de trazar el *deber ser* ²⁰⁶.

2.º Dando un paso, que él no dió, ha de observarse que ese fin consiste en logro de la *justicia general o legal*, incluyendo en ella su ordenación de las justicias particulares, *distributiva y conmutativa*, que entre las tres cubren inmediatamente todas las relaciones de la vida social que la primera sólo ordena mediatamente en cuanto se refiere a las esferas particulares ²⁰⁷.

3.º De que, al no ser la ley el derecho mismo, sino cierta razón de derecho, tal como las reglas de cada arte lo son de la obra artística que realiza, así mismo sus normas no deben asfixiar ni agotar vida del derecho, en el sentido de realización humana mismo ²⁰⁸, y, por ende, no debe convertirse en un aparato mecánico integrado sólo por normas coercitivas —como se expresa con la pirámide kelseniana—.

Esto conlleva que, en su consideración prudencial, el primer aspecto consiste en determinar los límites, más o menos flexibles, según las circunstancias, entre las normas puramente morales y las que deben tener carácter jurídico, y, entre éstas, de las que la ley ha de regular con carácter imperativo, las que se debe dejar a la determinación de las costumbres, las que deben regularse como supletorias de éstas, y las que han de dejarse a la concreción de los usos, las convenciones colectivas, plurilaterales o bilaterales, o a la disposición del titular testador, fundador, etc., y todo ello precisando dentro de qué límites de libertad y por qué posibles cauces.

4.º Como toda ciencia del *deber ser*, ha de partir del conocimiento del *ser*, es decir, de la *verdad* de éste —tal como advirtieron Santo Tomás de Aquino y tras

²⁰⁶ Cfr. *supra*, 5, textos correspondientes a las notas 54 y 55.

²⁰⁷ Cfr. *supra*, 9, 5º.

²⁰⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, IIª-IIªe, 57, 1, ad 2.

de él ²⁰⁹ el gerundense Tomás Mieres— abarcando en lo asequible todas las cosas divinas y humanas, según dijo la definición clásica de la jurisprudencia.

Esos conocimientos han de centrarse en el hombre. Más en el hombre entero, en todas sus relaciones con Dios, su creador y ordenador, con sus semejantes, como animal social que es —incluyendo el conocimiento de las sociedades de que forma parte—, y con el mundo en el que vivimos y nos circunda. Todo en todos sus aspectos, estáticos —con sus causas materiales y formales— y dinámicos —con sus causas eficientes y finales ²¹⁰—, y en especial con el conocimiento experimental suministrado por la historia ²¹¹. De ahí la especial importancia para el derecho de ciertas ciencias como la historia, la sociología, la psicología, la filosofía y —con específico valor de pretil— la teología.

5.º Diferenciados los ámbitos de la razón teórica, de la razón práctica u operativas y de la razón artística o técnica, correlativos a la *theoria*, a la *praxis* y a la *poiesis* —estas dos últimas referentes respectivamente a lo *agible*, de *agere*, y a lo *factible*, de *facere*— que se dirigen, respectivamente, a la verdad, al bien y a lo bello o a lo útil ²¹², tenemos delimitado el campo propio de las ciencias morales y, con ellas, el de la ciencia del derecho. En ésta, la de legislar es la parte objeto aquí de nuestro examen.

La razón práctica parte, también como la razón teórica, de unos primeros principios indemostrables, que captamos en aquélla al juzgar lo bueno y lo malo de las cosas, hechos y acciones, por una virtud, potencia o capacidad, que poseemos en nuestros sentidos internos, iluminados por nuestra razón y que los clásicos conocían con el nombre de *sindéresis*.

Esta facultad se enriquece con su ejercicio, puede educarse —como todos nuestros sentidos, externos e internos— y se hace hábito ²¹³, más o menos esclarescidamente, en unos y en otros. De ahí, verbi gracia, la diferencia del juicio entre el lego y el jurista advertida por Heck ²¹⁴, radicante en que aquél observa como caminante que en noche cerrada, linterna en mano, difunde luz a cualquier punto en que se encuentra, pero que en su entorno y trasfondo se encuentra en todo momento en la oscura noche.

Tales primeros principios son paralelos —como explicó el Aquinatense ²¹⁵—

²⁰⁹ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II^a-IIae, 58, 4, *ad* 1, donde advierte de que «alguna vez la justicia sea llamada verdad», en cuanto se basa en la «rectitud de la razón», y TOMÁS MIERES, *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, II, coll XI, cap. IV, 17, cfr., 2ª ed. Barcelona, Impr. Sebastián Cornellás, 1621, pág. 520, donde leemos: «*Sed iustitiam facit quando sequitur veritatem, quia non est iustitiam ubi non est veritas*».

²¹⁰ Cfr. mi resumen *El derecho natural como arte jurídico*, 3 y 5, en *El derecho natural hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973, págs. 467-471 y 473-475, o en *Estudios sobre fuentes del...*, págs. 708 y sigs. y 716 y sigs.

²¹¹ Cfr. texto correspondiente a la nota 169, con su cita de J. B. VICO.

²¹² Cfr., *supra*, 11 y 12.

²¹³ Cfr. mi estudio *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, 5, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, I.N.E.J., 1976, pág. 741 y sig.

²¹⁴ PHILIPP HECK, *op. cit.*, 2 c, pág. 38.

²¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I^a-IIae, 94, 2.

a las inclinaciones naturales del hombre, por las que éste aprehende naturalmente lo bueno para conseguirlo, y lo malo para evitarlo, clasificándose en tres especies:

- La inclinación, común a todos los seres, a su conservación conforme a su propia naturaleza, por la cual pertenecen a la ley natural «todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y evitar sus obstáculos».
- La inclinación hacia bienes más particulares comunes con todos los animales, como la comunicación sexual, la educación de la prole, en virtud de la cual dijo Ulpiano que pertenece a la ley natural «*quod natura omnia animalia docuit*».
- Y la inclinación correspondiente a la naturaleza racional del hombre, específicamente suya, a conocer las verdades divinas y a vivir en sociedad, en virtud de la cual «pertenece a la ley natural todo lo que se refiere a esta inclinación, verbi gracia, desterrar la ignorancia, evitar las ofensas a aquellos entre los cuales uno tiene que vivir y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación».

Todas estas inclinaciones —incluso la concupiscible y la irascible— en el hombre «pertenecen a la ley natural *en cuanto reguladas por la razón*».

6.º Como ciencia moral que es, basada en nuestra razón práctica, no puede detenerse —como tampoco ciencia alguna basada en la razón teórica— en unos primeros principios abstractos, universales y necesarios obtenidos por intuición —*ratio ut intellectus*—, sino que ha de extender su consideración, en primer lugar, a conclusiones obtenidas racionalmente —*ratio ut ratio*— que, en lo jurídico, corresponden a los que el Aquinatense denomina *secunda praecepta* ²¹⁶, que derivan «*per modum conclusionis quae non est multum remota a principis*» ²¹⁷, por lo cual «fácilmente convinieron en él todas las gentes» y se le denomina derecho de gentes ²¹⁸.

Estas conclusiones forman un segundo núcleo —también esencial y necesario, «fijo y común a todos los hombres, a toda la naturaleza humana, perdurable en medio de la contingencia y la mutabilidad de nuestra existencia—», que aún resulta «sumamente general y abstracto si se compara con la floración concreta de nuestros actos»; por eso —advierte L. E. Palacios ²¹⁹— a partir de ahí la prudencia entra en juego como guía, a fin de que esos principios sean ajustados y amoldados a la ley moral universal en todos los casos que pueden presentarse.

Este último conocimiento más individualizado y contingente, se hallaba fuera del concepto de ciencia imperante en el siglo pasado, pero —como hemos advertido antes ²²⁰—, aun sin salir del neokantismo alemán sudoccidental, Windebold

²¹⁶ *Ibid.* 94, 2, resp., párrafo primero.

²¹⁷ *Ibid.* 95, 4, *ad* 1.

²¹⁸ *Ibid.* 100, 1, resp.

²¹⁹ L. E. PALACIOS, op. ult. cit., I, único, 1, págs. 19 y sigs.

²²⁰ Cfr., *supra* 5, párrafo sexto.

y Rickert, a principios del actual, ya criticaron ese concepto restringido de ciencia que resulta insuficiente —incluso para las ciencias naturales—.

7.º De que la intuición por la *syndéresis* de los primeros principios, el hallazgo de los segundos principios y la determinación prudencial de las normas de derecho que han de guiar la vida social de una comunidad política no deben ni pueden efectuarse en abstracto, con una elaboración puramente mental. No traemos nuestras ideas de una anterior vida ultraterrena en la caverna de que habló Platón, pero sí tenemos innata una aptitud y capacidad para captar lo universal y para distinguir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto ²²¹, que ejercitamos, desarrollamos y perfeccionamos en contacto con nuestro entorno. La naturaleza jurídica de las cosas que captamos no es la naturaleza bruta, sino vista y valorada por aquella potencia que poseemos y por la experiencia, iluminada por ella, y que, a la vez, la enriquece y educa. *Sensum naturale* y *naturalis ratio* se funden en nuestra percepción de la *natura rerum*, como supieron comprender los jurisconsultos romanos ²²².

8.º No es necesario que los primeros y segundos más inmediatos principios de la razón práctica se eleven a leyes positivas, basta que éstas los respeten, pero, en cambio, el contenido propio de las leyes es la formulación en normas de las *conclusiones* adecuadas a las circunstancias sociales de cada lugar y tiempo, y de las *determinaciones* precisas en el ámbito donde su arbitrio es necesario que se fijen. Y en esa labor la ciencia jurídica no puede ser sino prudencial. Necesita de la *aubulia*, la *synesis*, el *gnome* ²²³; en suma, de la previsión o providencia que sepa captar lo cualitativo de las concatenaciones de causas y efectos en todo lo inmensurable o incuantificable y de adoptar los medios necesarios para lograr el fin previsto.

9.º El campo de esa previsión y provisión no es el de lo *cierto* ni de lo *absolutamente verdadero*, sino el de lo *probable*, de lo *verosímil*, notemos que desde los descubrimientos de la física cuántica en la nueva mecánica se han apreciado, según expresión de Verner Heisenberg, «relaciones de incertidumbre». Louis de Broglie comenta que «la nueva física no nos suministra sino leyes de probabilidad; sin duda estas leyes de probabilidad pueden expresarse en fórmulas precisas, pero, no obstante, no son sino leyes de probabilidad». Incluso el «determinismo aparente de los fenómenos macroscópicos esconde un pequeño margen de incertidumbre, despreciable» si se quiere, «completamente enmascarado por los errores experimentales que afectan inevitablemente a nuestras observaciones y medidas» ²²⁴.

²²¹ Cfr. FRANCISCO CANALS VIDAL, *Sobre la esencia del conocimiento*, Barcelona P.P.U., 1987, IV, III, pág. 435, quien ve reconocido por SANTO TOMÁS, «cierto carácter de pre-cognición fundamental a todo aquello que pertenece a la estructura necesaria esencial y universal ontológica, sin la que no podrá realizarse ningún conocimiento intelectual de la realidad sensible».

²²² Cfr. el epígrafe dedicado a este tema de mi citado libro, *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, V, 1, págs. 177 y sigs.

²²³ Cfr., *supra* 11, texto correspondiente notas 156, 157 y 158.

²²⁴ LOUIS DE BROGLIE, *Matière et lumière*, cap. IV, París, Eds. Albin Michel, 1937, págs. 272 y sigs.

Y más recientemente se ha observado lo mismo en biología. Como ha escrito Jacques Monod: «En el sustrato de una enzima alostérica y los ligandos que activan o inhiben su actividad no existe ninguna relación *químicamente necesaria* de estructura o de reactividad» y «por lo que atañe a la regulación por el intermedio de una proteína alostérica *todo es posible...*» ²²⁵.

Es verdad que las denominadas ciencias humanas ya antes habían mantenido su carácter científico, a pesar de su pensamiento tipológico, a partir del momento en que *Max Weber* lo introdujo como forma de pensamiento en las ciencias sociales. *Engisch* lo llevó a la ciencia de derecho, contraponiendo *tipo* y *concepto* general. El legislador no inventa los tipos jurídicos, sino los «descubre» en la realidad fenoménica, donde pueden ser «aprehendidos» tipos y series de tipos, empíricos pero ricos en secuencias jurídicas, que están caracterizados por una «estructura elástica de notas distintivas» (*Leenen*), con variabilidad y graduabilidad de notas distintivas» (*Engisch*), que muestra una «unidad en la pluralidad» (*Canaris*), en la cual el «más o menos» contrasta con la división conceptual que no conoce ningún «más o menos», sino sólo, como advirtió Brecher, un «o esto o aquello». «El valor cognoscitivo del tipo como forma de pensamiento —ha explicado Karl Larenz— radica en que él, a diferencia del concepto abstracto, pone en claro y permite conservar la profusión de rasgos particulares en él contenidos precisamente en su unión plena de sentido», en cuya profusión «se refleja la *naturaleza de la cosa*». O, como dijo Arthur Kaufmann, «el pensamiento en base a la naturaleza de la cosa es pensamiento tipológico» ²²⁶.

Y lo verosímil lo probable, es materia del *sentido común* y regulada por la *prudencia* ²²⁷, específicamente para determinar lo más conveniente entre lo ágil. Tanto más precisa es ésta por cuanto el objetivo no es teórico sino práctico, y por eso no puede confiarse a la razón especulativa sino a la razón práctica, que debe considerar todas cuantas exigencias requiera la geografía y la historia, el lugar y el tiempo, para determinar y dictar lo que deben hacer hombres individuales y de carne y hueso, no hombres abstractos, esquematizados y ficticios. La prudencia política tiene precisamente su cara vuelta al hombre concreto y real, situado en medio de unas circunstancias punzantes y perentorias que no pueden pasarse por alto ²²⁸.

10.º Por eso —como sigue explicando L. E. Palacios ²²⁹—, dado que las cosas de que se ocupa la razón práctica puede urdir las la razón conforme su naturaleza, pero con libertad operativa dentro de las debidas limitaciones éticas y fácticas que aquélla impone, debe tener, fuera de éstas, una textura mucho más flexible que la resultante de la razón teórica; ha de ser plástica y dúctil en escogitar los medios más adecuados en cada circunstancia.

²²⁵ JACQUES MONOD, *La hasard et la nécessité*, cap. IV, París, Ed. du Seuil, 1970, o en castellano, Barcelona, Barral Eds., 1970, pág. 89.

²²⁶ KARL LARENZ, *op. cit.* II, IV, 2, d, págs. 460 y sigs.

²²⁷ Cfr. *supra*, textos correspondientes a las notas 18 y 19.

²²⁸ Cfr. L. E. PALACIOS, *op. ult. cit.* II, I, 6, pág. 53 y sig.

11.º Esta adecuación prudencial de las leyes debe tener en cuenta las circunstancias que ya sintetizó San Isidoro de Sevilla —*secundum naturam, secundum consuetudinem patriare, loco temporique conveniens*—, explicó Santo Tomás de Aquino y desarrolló ampliamente Montesquieu, como hemos anticipado ²³⁰.

12.º La pauta de esa labor prudencial es la *ordenación al bien común*, materia de la *justicia general o legal* y objeto de la *prudencia* ²³¹.

He insistido múltiples veces en la omnicomprensibilidad y transtemporalidad del bien común ²³². La última vez en que desarrollé este tema ²³³ concluí que el *bien común* no es el bien de la mayoría ni la razón de Estado, no es lo que se ha llamado interés nacional ni la satisfacción de la masa. Es el bien de todo el pueblo, visto transtemporalmente en la sucesión de generaciones. El mayor defecto de la visión actual es su cortedad en el espacio y en el tiempo. ¡Tantas veces se hace pasar por bien común de hoy lo que acaba por ser mañana el mal de todos! El bien común pide la conservación de la *armonía* social, base de todo pueblo orgánicamente constituido. No se refiere a hombres abstractos, sino concretos, y a todos y cada uno de los seres humanos para quienes primero es *ser* que *tener*, y *ser mejor* antes que *tener más*. ¡Qué sacaremos de construir unas estructuras sociales perfectas si, a la vez, las personas en ellas estructuradas se masifican y deterioran! ¿Qué clase de arquitecto sería aquél que planease un edificio genial sin preocuparse de que el material para construirlo fuera deteriorándose e incluso que la propia estructura contribuyese a su deterioro? Recordemos el frustrado intento de Diocleciano al pretender —según palabras de Rostovtzeff— clavar con clavos la carne podrida.

Para ello no puede escindirse al hombre —en *homo phenomenon* y *homo pneumenon*, como Kant, ni en *individuo* y *persona*, como Maritain ²³⁴—. Escisión que tantas consecuencias políticas nefastas tiene hoy ²³⁵.

13.º De que, por ende, es preciso considerar la sociedad como comunidad de hombres concretos —es admirable el esfuerzo que Juan Pablo II hace para promover la restauración de la sociedad partiendo del hombre entero, en todas sus

²²⁹ *Ibid.* 5, pág. 52 y sig.

²³⁰ Cfr. *supra*, 9, 4º.

²³¹ Cfr. *supra*, 9, 5º.

²³² *El bien común, pauta de la justicia general o social*, en *Rev. Est. Políticos*, 153-154, mayo-agosto 1967, págs. 43-64, o en *Algo sobre temas de hoy*, Madrid, Speiro, 1972, págs. 109-127; *Perfiles jurídicos del...*, 30, pág. 32, vol. cit., págs. 751 y 753 y sigs.

²³³ *El bien común pauta del derecho*, en *Problemas y soluciones* (memoria de la asamblea ordinaria de la COPARMEX), México, 1982, y en *Revista Rosminiana*, LXXXVIII-II, abril-junio 1984, págs. 130-146.

²³⁴ Para la crítica de esta distinción, cfr. LEOPOLDO EULOGIO PALACIOS, *El mito de la nueva cristiandad*, lib. III, caps. III y IV, 3ª ed., revisada, Madrid, Rialp, 1957, págs. 119 y sigs.; Fr. TEÓFILO URDANOZ, *El bien común según Santo Tomás*, 5, Apéndice II al vol VIII de la *Suma Teológica*, Madrid, B.A.C., 1956, pág. 772, respecto la distinción kantiana, cfr. JUAN MIGUEL PALACIOS, *Del conocimiento de sí mismo a la filosofía trascendental de Kant*, en *Rev. de Filosofía*, 2ª época, serie IV, julio-diciembre 1981, págs. 322 y sigs.

²³⁵ Cfr. lo advertí en *Perfiles jurídicos del...*, 31, pág. 756 y sig., y en *Constitución orgánica de la nación*, 9, en *Verbo*, 233-234, marzo-abril 1985, pág. 330 y sig.

dimensiones ²³⁶—, que ha de regirse esencialmente por los principios de *participación y solidaridad* ²³⁷, éste conformado por el de *subsidiariedad* ²³⁸.

14.º Y de ahí también la preeminencia del *bien moral*, la necesidad de que el *homo faber* no devore al *homo sapiens*, que no por serlo deja de ser *faber* en la justa medida. Lo grave —como advirtió L. E. Palacios ²³⁹— es que en la mente de nuestra época, el bien moral ha pasado a segundo término y se valora más el bien físico y externo, «cuya perfección puede juzgarse abstrayendo de las normas éticas».

La primacía del bien moral —que como notas fundamentales tiene las de hacer bueno al que lo posee y de que jamás es susceptible de abuso, mientras que sí puede abusar de los bienes físicos— nunca es ajena a la política, pues —como subraya el mismo Palacios ²⁴⁰— «el hombre como tal y su perfeccionamiento interior es incomparablemente más valioso que los artefactos y obras materiales que produzcan sus actos externos».

Una sociedad —ha escrito De Corte ²⁴¹— se halla formada por un lecho «producido por un aluvión de *actos* de justicia».

Por todo lo expuesto, una ciencia jurídica de la legislación debe comenzar por responder a las siguientes preguntas:

- ¿Qué espacio debe dejar la ley al ámbito moral y al de los usos sociales no jurídicos? ²⁴²
- ¿Cuál es el ámbito de lo jurídico que debe ocupar la ley y el que ha de dejar a otras fuentes del derecho y, en especial, a la autorregulación espontánea? ²⁴³
- ¿Qué actitud debe mantener el legislador en una sociedad que se halla en proceso de creciente masificación? ²⁴⁴.

Estas otras cuestiones —si se juzgan de interés— podrían constituir el tema de alguna futura comunicación.

²³⁶ Cfr. mis extractos en *El hombre sujeto de la liberación*, 2, recogido en *La verdadera liberación*, Madrid, Speiro, 1988, págs. 113 y sigs.

²³⁷ Cfr. mis extractos *La encíclica «Sollicitudo rei socialis» ante el desarrollo sin solidaridad*, 2, en *Verbo* 263-264, marzo-abril 1988, págs. 332 y sigs.

²³⁸ Cfr. la obra colectiva *El principio de subsidiariedad*, Madrid, Speira, 1982.

²³⁹ L. E. PALACIOS, *La prudencia política*, lib. II, cap. II, 8, págs. 76 y sigs.

²⁴⁰ L. E. PALACIOS, loc. ult. cit. 8, págs. 80 y sigs.

²⁴¹ MARCEL DE CORTE, *De la justice*, Jarzé, Dominique Martin Marin, Ed., 1973, pág. 19.

²⁴² Cfr. mi estudio *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, 21 a fin, en *Revista de Derecho Español y Americano*, X, Madrid, octubre-diciembre 1965, págs. 81 y sigs., y *En torno al derecho natural*, Madrid, Org. Sala, Ed., 1973, págs. 152-172.

²⁴³ Cfr. los estudios cit. en la nota 342 b y, además, *El voluntarismo y el formalismo jurídico Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, 27 y sigs., Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986, págs. 103-171, y *La polémica de la codificación. La escuela filosófica y la escuela histórica*, en *An. Real Ac. de Jurisprudencia*, 18, 1987, págs.

²⁴⁴ *Derecho y sociedad de masas*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, LXVI, 1967, págs. 7-62, y *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, Taurus, 1969, *El hombre en la sociedad de masas*, en *Verbo* 159-160, págs. 1383-1409.