

CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA JURIDICO

POR

JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ

Escribo estas líneas, como mínima contribución de un lado, y de otro como sincero homenaje a quienes fundaron la «RAP», don Luis JORDANA DE POZAS y don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, maestros constantes, tantos años, pivotes del actual Derecho administrativo y admirables paradigmas vocacionales de la permanente renovación de nuestra ciencia. Con gratitud iniciada lejanamente y mantenida hoy.

SUMARIO: I. EL SABER DEL DERECHO COMO COMPRESIÓN OPERATIVA DE LA REALIDAD. EL SISTEMA JURÍDICO Y LA CIENCIA DEL DERECHO: 1. *La función del sistema en el Derecho:* 1.1 Orden y unidad como elementos constitutivos de la ciencia del Derecho. 1.2 La coherencia interna y la unidad como premisas científico-teóricas y hermenéuticas: 1.2.1 El elemento de la unidad del Ordenamiento jurídico. 1.2.2 La coherencia interna como elemento postulado del sistema en la ciencia del Derecho.—II. LOS LÍMITES DEL SABER JURÍDICO: LA IMPOSIBLE REPETICIÓN DE LA NARRACIÓN HISTÓRICA: CAUSALIDAD Y SABER *ad regressum*: 1. *Causalidad, verificabilidad del caso y ciencia del Derecho:* 1.1 Causalidad jurídica. 1.2 Verificabilidad: 1.2.1 Comprobación de la decisión. 1.2.2 Los llamados modelos de regresión en el procedimiento administrativo. 2. *Delimitación del concepto de sistemas en la ciencia del Derecho:* 2.1 Unidad y coherencia internas. 2.2 El sistema lógico-formal. 2.3 El sistema como conjunto problemático. 2.4 Eliminación ascéptica de soluciones y el sistema como conjunto problemático. 2.5 El sistema como respuestas sociológica. 3. UNIDAD Y MULTIPLICIDAD.

I. EL SABER DEL DERECHO COMO COMPRESION OPERATIVA DE LA REALIDAD: EL SISTEMA JURIDICO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

1. La función del sistema en el Derecho

La historia de la función racional en el proceso judicial es la historia de todo un complejo de inferioridad epistemológico (Gidon GOTTLIB); por ello, toda ciencia descansa sobre la idea de un sistema. Del puro conocimiento empírico al científico se pasa sólo a través de un sistema. Un sistema aparece definido como todo conjunto de elementos de cualquier orden relacionados entre sí y armónicamente conjugados...; generalmente se da el nombre de sistema al conjunto de ideas filosóficas características, tanto por su

coherencia interna y vinculaciones lógicas como por su referencia a la totalidad (1). Esta idea de conocimiento sistemático no es peculiar ni de las ciencias naturales, ni de la filosofía, ni del Derecho. Respecto de la ciencia del Derecho se ha podido decir con razón que sólo el sistema es el que garantiza un auténtico conocimiento y su inserción científica en la cultura, lo que proporciona un saber de verdad y una auténtica actuación lógica y justa (2). De igual modo se ha afirmado que la ciencia del Derecho o es sistemática o no es tal ciencia, sino un simple agregado de reglas, leyes y normas jurídicas dispersas, de imposible comprensión al no incardinarse en un conjunto ordenado (3). De ahí que sea exagerada la afirmación de Joaquín DUALDE (4) de que los juristas viven en el Derecho como en la pampa virgen. En los demás órdenes de la vida, todos purifican sus métodos, los desarrollan y los aguzan. En la ciencia y las artes se cultiva con exquisito cuidado este fecundo preliminar, este noviciado del pensamiento y de la acción. Tiene el químico su laboratorio, el biólogo sus preparaciones para el microscopio y el ingeniero sus matemáticas; es decir, sus métodos establecidos con antelación al trabajo de fondo: como el cantante se ejercita primero en situar su voz, en aprender a transportarla y en moverla por las escalas, y como en lo más material, el boxeador tiene su entrenamiento para ejercitarse en lanzar y prevenir golpes. Sólo el hombre de Derecho carece de método previo y trabajo como un ingeniero que calculara con los dedos o como un cantante que ignorara el pentagrama. Fiado en sus cualidades ingénitas. En Derecho se emplea la palabra lógica con finalidad literaria o aludiendo a una actividad instintiva como si se hiciera referencia al andar.

(1) Cfr. JOSÉ FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía*, México, ed. Atlanta, S. A., 1944, p. 653. Cfr. comparativamente Hermann ELCHER, *Gesetz und System*, Berlín, ed. Dunker-Humblot, 1970.

(2) Cfr. Wilhelm SAUER: *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940, p. 171: «Nur des System verbuergt Erkenntnis, verbuergt Kultur, nur im System ist moeglich wahres Wissen, wahres wirken». He de reconocer y agradecer la aportación del doctor Claus-Wilhelm CANARIS, *System und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, Dunker-Humblot, 1969.

(3) Cfr. H. J. WOLFF: «Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft», en *Studium Generale*, 1952, pp. 195 y ss., 205 y ss. «Rechtswissenschaft ist systematisch oder sie es nicht». Para Santo Tomás el Derecho es *ordo unitas ordinis*, un *ordo particularis et multiplex secundum diversitatem causarum* (III 9,9, c. 98).

(4) Cfr. DUALDE: *Una Revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1933, p. 8.

1.1 ORDEN Y UNIDAD COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Ha sido una constante del Derecho, que es en definitiva una forma de cultura y un fenómeno de socialidad en cuanto a su través se constituye y se funda una sociedad: la polémica entre la nueva sistemática y la decisión concreta. No solamente en un campo de lucha de conceptos, sino incluso en cuanto traspasando los linderos de consideración filosófica o jurídica, la justicia del caso concreto ha constituido y sigue constituyendo en ciertos lugares y en determinadas épocas la forma de existir del Derecho. En la cultura occidental, desde NIETZCHE (5), el sistema que va a considerarse como la fuerte creatividad jurídica, como una enfermedad del carácter. Directamente engarzado con esta idea el existencialismo tras la época de la justicia en el caso concreto en que a fin de cuentas abocaba esa vaga fundamentación en el espíritu popular, llega a la conclusión de que cada individuo es jurídicamente un caso insólito y que debe, por tanto, considerársele también jurídicamente en su concreción. Nada está cortado por el mismo patrón, *ergo*, nada puede recibir una decisión igual.

La lucha que, en el campo del Derecho civil, se suscita entre la llamada jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses viene a revivir un aspecto concreto de esta eterna y permanente dialéctica. La publicación del ya clásico opúsculo de VIEHWEG sobre tópica y jurisprudencia o, mejor traducido, sobre la idea tópica en la ciencia del Derecho, viene a revivir en nuestros días y a agitar el nunca tranquilo fondo de esta dialéctica (6).

(5) Cfr. F. NIETZCHE, el *System* es igual a Mangel an Rechtschaffenheit, como una *Charakterkrankheit* (gesammelte Werke, Stuttgart, A. Kroener Vlg., tomo VIII, página 643. «Reinigen muss sich auch noch der Befreite das Geistes. Viel Gefaengnis und Moder ist noch in ihm zurueck; rein muss noch sein Auge werden» (Also sprach Zarathustra, Stuttgart, Kroener Vlg., 1930, p. 45). En igual sentido C. A. EMEGER (*Einfuehrung in der Rechtswissenschaft*, Frankfur-Wien, 1955, páginas 37 y ss.): «Ein System ist stets ein inhaltlich zuweit dehendes Unterfangen der Vernunft». Y Otto Friedrich BOLLNOW (*Die Objektivitaet der Geisteswissenschaft und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit*, en el «Zeitschrift fuer philosophische Forschung», 18 (1962), pp. 3 y ss.

(6) Cfr. Theodor VIEHWEG: *Topik und Jurisprudenz*, Muenchen, 1963, C. H. Beck'sche Vlgbuchhandlung, 1963. Hay versión española de Taurus Ed., Madrid, 1964. El prólogo apenas escapa a las contradicciones que más adelante se verán. La polémica despertada fue, no obstante, enconada. Cfr. ad exemplum. Uwe DIEDERICHSCHEN, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz en la Neue Juristische Wochenschrift —NJW—* 1966, pp. 697 y ss., que califica de *Scheingefecht* o más aún de *Kampf gegen Windmuehlenfluegel* los ataques a la ciencia jurídica de los con-

En el fondo se deja reconocer en toda la polémica que, desde los presocráticos hasta hoy, agita el remanso del Derecho que la idea de sistema como la concepción del Derecho para el caso concreto no es sino una quijotesca lucha contra molinos de viento o, dicho en otros términos, un ataque maniqueísta de las concepciones desfiguradas de antemano. En efecto, la idea de sistema en el Derecho como explicadora de todo, aclaradora de las lagunas legales superando las antinomias lógico-jurídicas y de valor en que el Derecho concreto en cada momento se presenta no ha existido nunca; de igual modo tampoco se llegó nunca a defender el abandono de unos principios generales que infundieron una cierta seguridad jurídica en detrimento de los cuales y en beneficio de la justicia del caso concreto, todo el pensamiento jurídico tuvo que llegar a ser asistemático. Se trata, pues, de posiciones extremadas, de las que ha podido decirse razonablemente que entablan en apariencia y sólo en apariencia una dialéctica contradictoria. Todo sistema aparece definido por sus elementos constitutivos. Estos serán de pura descripción, ramificada en géneros, especies, etc.; en postulados y axiomas, como sucede en las ciencias naturales, y en la matemática, o tendrá, por el contrario, sus propias notas integrantes peculiares.

Lo característico del Derecho es que éste se presenta no como un bloque, sino como una totalidad diferente, según la perspectiva, pues la ciencia del Derecho desemboca en concepciones diversas, según se trate de su creación, de su comprensión, de su aplicación dialéctica, de su estimativa, esto es, de la valoración que el sistema y sus notas integrantes y hasta el último elemento del mismo merezca desde su proyección axiológica. Puede decirse así que hay tan-

ceptos. Que la técnica silogística —al modo de la lógica aristotélico-escolástica— tuvo poco influjo en el Derecho, incluso en el Medievo, al que tradicional y equivocadamente se la liga, es algo que desmiente alguien que vivió, interpretó y aplicó ese Derecho. FRIGIO G. TH. FRIGIO, «De compendiaria jurisdictioni ratione brevis admonitio», en *Quaestiones Justinianae in Institutiones juris civilis*, Basilea, 1578; y en *Logica Jurisconsultorum libri duo*, Basilea, 1582, p. 193. GENTILE dirá más contundentemente que «Dialectica studia non prodesse consulto juris et interpreti» (Alberico GENTILE, *De juris interpretationibus dialogus sex, a cura di G. ASTUTI*, Torino, 1937, p. 115) citando a ALCIATO y manteniendo que «aliam esse jurisconsultorum rationem, aliam vero dialecticorum, et ad nos posse nihil ab illa disciplina proficisci sed detrimenti et incommodi Plurimum». ALCIATO identificará, no obstante, los *topoi*, los *loci argumentorum* como una herramienta que sirve para todo: «Sed et Aristoteli Ciceronique loca sunt argumentorum sedes, hoc est, universales propositiones, quae particularia continent, sicut loci corpora». Por eso, la afirmación de GENTILE es exagerada. Valentin Guillermo FORSTÉ (*Interpres sive de juris interpretatione, en thesaurus Juris Romani*) destacaba ya el valor instrumental de la lógica dialéctica: est etenim logica instrumentum ad omnem locationem seu rationabilem artem».

tos sistemas cuantas perspectivas sean posibles, tantas ciencias del Derecho cuantas sean las posturas del observador.

El término de ciencia del Derecho es equívoco de suyo, multipolar, pues apunta a concepciones diferentes (7).

1. Ciencia de edición de normas (*norm-making-science*).
2. Ciencia de valoración de normas (*norm-evaluating-science*).
3. Ciencia descriptiva de normas (*norm-describing-science*).
4. Ciencia cognoscitiva a través de normas (*science cognizing through norms*).

Importa distinguir entre normas y reglas técnicas, pues en tanto el valor de verdad —*truth value*— de las normas se agita en un mar proceloso de desacuerdos metodológicos, las reglas valorativas o teleológicas son admitidas desde hace dos mil años como descriptivas del nexo causal en el lenguaje normativo. Con todo, la diferencia entre normas descriptivas e imperativas responde a un análisis contradictorio con la misión y estructura del Derecho. Esta actúa en grupos normativos, omnicomprensivos de unas y otras normas, en tal forma que las llamadas normas descriptivas —definiciones, calificaciones jurídicas, etc.— sólo actúan a través del grupo normativo en que se integran. Y no haber caído en cuenta de esta conexión es justamente toda la problemática actual, que es a fin de cuentas aporéticas, cociéndose en su propia salsa lógica (8).

A su vez, reconocida no sólo la pluralidad de ordenamientos, sino su interacción (ordenamiento estatal, canónico, extranjero, pero estatal, etc.), a través de remisiones, presuposiciones, reenvíos en cuanto normas, calificaciones, criterios o hechos ya calificados (reificados) (9), el problema se complica más.

Gran parte de la confusión que alrededor del tema se ha suscitado en los dos mil quinientos años en que puede considerarse al Derecho como ciencia, una ciencia ciertamente *in fieri*, como un

(7) Cfr. Jerzy WROBLEWSKI: *Normativity and Legal Science*, en «Logique et Analyse», 33 (1966), 60.

(8) De esto no escapa ni la lógica deóntica, modal, proposicional o aléthica, ni los estudios del propio WROBLEWSKI. Cfr. del mismo, *The Problem of the Meaning of the Legal Norm*, en la «Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», 3-4 (1964), 253. Niels Egmont CHRISTENSEN, *On the Nature of Meanings. A philosophical Analysis*, København, ed. Munksgaard, 1961. De ahí que la idea del Derecho no sea científico-sistemática, pues es el sistema el que brinda; o con palabras de A. Ross: «Recht ist nicht ein wissenschaftliche Begriff innerhalb eines Systems, sondern gibt dieses System selber an», en el *Tidskrift for Rettsvidenskap* (1936), 298.

(9) Cfr. mi introducción y teoría de las normas, Madrid, Universidad, 1968.

permanente hacerse, radica en el marco de estas diferentes concepciones (10). Perspectivismo al que no escapó ni siquiera ARISTÓTELES, que, junto a un sistema de verdades apodícticas, estableció una construcción asistemática de verdades tópicas, de lo probable. El primer pensamiento se refería al Derecho en sí, a la deducción de normas y conductas. El segundo al Derecho ante el juez, a la dialéctica de los argumentos de las dos partes de un proceso en que ambos sostienen como verdades argumentos que son contradictorios. Por ello, los puntos de vista del jurista, del juez, del filósofo y del caudico serán diferentes, como con toda claridad intuye HERMAGORAS ya en el siglo v antes de Jesucristo.

Nuestra idea de sistema es, sin embargo, una idea reciente, un concepto reciente o una concepción reciente; arranca de KANT, según el cual sistema es la unidad del conocimiento bajo una idea de cosas diversas o, como explicará en otro lugar, un conjunto de conocimientos ordenados según principios (11). De esta doble idea kantiana arrancan las dos concepciones de sistema a que es redu-

(10) La propia lógica no escapa a la historia, Cfr. G. G. AMSROSETTI: *Razionalità e storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1953, R. NICOLOSI, *Formalismo e storicismo nel diritto*, en «Riv. Ital., sc. giurid. 88 (1951), 293.

(11) Cfr. KANT (*Kritik der reinen Vernunft*, 1.ª ed., 1781, p. 832; 2.ª ed., 1787, página 860, reproducidos, en *Akademie Ausgabe: Kants Gesammelte Schriften*, Hrsg von der Koenigl. Preuss. Akademie der Wissenschaften, 18 tomos, Berlin, 1940. Identifica sistema como «die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee», o (en *Metaphysische Anfangsgruende der Naturwissenschaft*, 1.ª ed., 1786, Vorrede, p. IV, *ibidem*. Como «ein nach Prinzipien geordnetes Grenzes der Erkenntnis» hablando incluso «des absoluten Ganzes des System der reinen Philosophie: ein System, welches alles und eine ohne Vermehrung und Verbesserung ist», 1958. Para el paso de KANT a HEGEL, Cfr. Antonio VILLANI, *La critica di Hegel al dover essere*, con amplísima bibliografía de KANT y HEGEL, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 55 (1968), 78, Alexandre KOJEVE, Kant, París, Gallimard, 1973. La razón (esto es, el razonamiento no contradictorio) tiene tendencia (HANG) por su misma naturaleza a ir más allá de su utilización en la experiencia espacio-temporal. Un sistema es un todo sistemático, consistente en sí mismo (für sich bestehende), aunque tenga interés especulativo (teórico-discursivo). La finalidad (*Endabsicht*) no es sólo su utilización trascendente (nuetzlich auf einige Art). El solo hecho de la razón pura es zum Wissen garnicht noetig, sino su adecuación (*Angemessenheit*) completa a la totalidad (*Vollkommenheit*) exenta de contradicciones. Un sistema es eterno en su construcción (*Unendliche Aufgabe*) y debe prever explícitamente las casualidades extrañas (*Zufaeligkeiten*). De otro lado, hay ciertas nociones-límite (*Grenzbegriffe*) que expulsan fuera de sus imprecisas fronteras al Sistema discursivo (Cfr. *infra* sobre antinomias y conflictos de grupos, que vienen a confirmar esta intuición kantiana). Hay una circularidad (del discurso a la verdad discursiva) que tiene su sentido fenoménico (arbitrario y mudable por ello) entre la conclusión y el mundo mudo que sólo tiene un sentido a escala humana. Lógica humana y natural son correlatos de verdad, aunque el discurrir humano se encierre en sí mismo. El sistema filosófico de KANT da así paso al sistema del saber hegeliano a través del pensamiento fichto-shellingiano. Identidad (*Einerheit*) y diferencia (*Verschiedenheit*) se confunden en las mismas determinaciones (*Bestimmungen*).

cible la misma: la perspectiva objetiva, esto es, el sistema objetivo definible como una dependencia unitaria de cosas, procedimientos, partes en que el significado de cada elemento está determinado por un conjunto supra-ordenado, al cual están subordinados los elementos. O, por el contrario, la posición de sistema como sistema lógico, según el cual sistema es una construcción unitaria de lo múltiple, una reducción de la variedad a la unidad, según la vinculación interna y lógica con una cierta correlación con la realidad. Un sistema objetivo se descubre; el sistema lógico se crea. La nota de unidad desde el doble punto de vista real y lógico es, pues, el primer elemento del saber, de comprensión, que la ciencia del Derecho supone. Esta unidad hace que el mundo del Derecho, tal como se nos presenta objetivamente, con un sinnúmero aparentemente desordenado de normas en progresión geométrica en su crecimiento, no sea un simple agregado caótico de reglas aisladas, sino que, por el contrario, todo ese conjunto sea reducible a ciertos y escasos principios de lógica. El sistema, de esta manera, será de un lado objetivo y real en cuanto los principios que los forman no son construidos, sino abstraídos de la realidad y, de otro, será un sistema lógico y de conocimiento en cuanto la estructura del sistema se reduzca a unidad mediante las construcciones científicas del sistema.

La segunda nota integrativa del sistema del Derecho es la coherencia interna. Esta coherencia es axiológica, esto es, valorativa, y constituye, junto a la unidad interna del Ordenamiento jurídico, el fundamento de un sistema científico (12).

(12) Cfr. ENGISCH: *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en «Studium Generale», 10 (1975), p. 173; HEGLER habla del sistema como «die Dartellung eine Wissensgebietes in einem Sinngefuege das sich als einheitlich, zusammenhaengende Ordnung desselben darstellt (en Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts, en el *Festgabe fuer Heck*, Ruemelin und Schmidt, 1931, p. 216): *ibidem* STOLL: «Ein einheitlich geordnetes Ganzes (Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, p. 77; COING, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems* «Das ober einen vernuenftige, dem Denken ertassbare Struktur die geistige und die materielle Wert beherrschende, ist die unaufgebare Grundhypothese aller Wissenschaften», MAX WEBER dirá que «Ordnung ist der Sinngehalt einer sozialen Beziehung, wenn das Handeln an angebbaren Maximen (durchschnittlich und annaehrend) orientiert wird». En cuanto a la coherencia (Folgerichtigkeit) es wertungsmaessige, cfr. CANARIS, *System*, op. cit., p. 21; BINDER, en *Philosophie des Rechts*, y del mismo *Die Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft*, en «Kant-Studien», XXV, 1921, páginas 321 y ss. SAVIGNY, *System des heutigen Roemischen Rechts*, I, Berlin, 1840 (hay traducción en español), STAMMLER (*Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911 (sobre él Ernst KUERY, *Kritische Bemerkungen zu Stammlers Lehre*, en «Révue Internationale de la Théorie du Droit», 6 (1966), 158; WENGLER (Betrachtungen über den Zusammenhang der Rechtsnormen in der Rechtsordnung und die Verschiedenheit der Rechtsordnungen, en el *Festschrift fuer Rudolf LAUN*, 1953, LARENS, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschoepfung* en el *Festschrift fuer Arthur NIKISCH*, Tuebingen,

1.2 LA COHERENCIA INTERNA Y LA UNIDAD COMO PREMISAS CIENTÍFICO-TEÓRICAS Y HERMENÉUTICAS

Como se ha dicho antes, sin sistema no hay ciencia, y por ello la última finalidad del sistema jurídico es el intento de que la totalidad de lo jurídico esté determinado en función de una cierta forma de vida social, a través de una suma de principios racionales (13). Tales principios racionales, si son exclusivamente lógicos, pueden ser en cierto modo más permanentes que el mudable Ordenamiento jurídico, pero serán en cuanto más lógicas, más apartados de la realidad que intentan comprender; por tanto, más vacíos de sentido (14).

La unidad sistemática del Derecho funciona así como elemento integrador de la ciencia del Derecho y lo tendrá como postulado del mismo o, si se prefiere, como su canon y medida. Los corolarios de tal postulado surgen inmediatamente: la interpretación a través del sistema, la aparición prevalente de los principios generales, la analogía jurídica y la terminología hermenéutica de todo el sistema

Beck, 1914, p. 40, KRETSCHMAR, *Ueber die Methode der Privatrechtswissenschaft*, Leipzig, y del mismo en el «*Jherings Jahrbuecher*», 67, p. 204 y ss., NAWIASKY-LARENZ, en el *Festschrift fuer NIKISCH*, 1958, p. 299, RAISER en la «*Neue Juristische Wochenschrift*», 64, p. 1204, y en la misma revista ZIPPELIUS, 1967, p. 2230; F. WEYR, *Teoría práva*, Brno-Praha, 1936 (aunque se refiere sólo a unidad y coherencia lógico-formales); W. EHRLICH, *Grundlinien einer Naturphilosophie*, Tuebingen, Max Niemayer Vlg, 1960; G. MARCHELLO, *Valori e Tecniche di avvaloramento*, en «*RIFD*», 48 (1971), 34.

(13) Que apartan el gran resto irracional supérstite aún hoy. Cfr. E. PRYMWARA, «*Bild, Gleichnis, Symbol, Mythos, Misterium, Logos*», en *Archivio di Filosofia*, Roma, 1958; *ibidem*: S. BRETON, *Symbolisme et imagination de la matière*. De un resto mítico sin embargo nada escapa y menos el Derecho o la Historia. Cfr. Kurt SCHILLING, *Apriori und Faktizität in der Geschichte*, en «*ARSP*», 39 (1950) 23: «*Im Unverstaendlichkeit beruehrt die Wissenschaft die Wirklicheikeit, so paradox dieser Satz auch klingt*». Cfr. todo el número 1 y 2 del *Archivio di Filosofia*, Padova (1961) dedicado al tema, con 19 artículos de fondo. Contra Axel HAGERSTROM (*Der roemische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen roemische Rechtsanschauung*, 1927, 1941). Otto BRUSIN, «*Aspects Philosophiques du Droit Romain*», en *Melanges en l'honneur de Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, pp. 63 y ss. Walter SCHOENFELD en *Ueber die Heiligkeit des Rechts*, Goettingen, ed. Vandenhoeck-Ruprecht, 1952, p. 15, ha podido decir con razón «*Entmythisierung des Logos ist nur eine seht belingte Wahrheit, weil Logos und Mythos sich gegenwaertig fordern wie Sinn und Sprache, wie Sinn und Bild*». Eliminemos al Derecho natural y surgirá la ideología. Sobre ésta y los conceptos más básicos del Derecho ha dicho Carl SCHMITT: «*Alle praegnante Begriffe der modernen Staatslehre sind saekularisierte theologische Begriffe*». Cfr. G. MARCHELLO, *La teoria politica della giustizia e il problema della sua demitizzazione*, en «*RIFD*» (1963), 3. Cfr. sobre HAERSTROM y su discípulo OLIVECRONA el excelente artículo de Enrico PATARO, *Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico*, en «*RIFD*», 48 (1971), 61, que examina toda la llamada escuela escandinava del Derecho, con amplísima bibliografía.

(14) Cfr. Gilbert RYLE, «*Formal and Informal Logic*», en *Dilemmas*, Cambridge Univ. Press, 1956.

real. La coherencia interna se refiere concretamente a la consistencia de las decisiones que se derivan del sistema no a la idea de complitud. El Derecho, en efecto, es incompleto por un doble juego de razones: en primer lugar, porque no cubre ni puede cubrir la totalidad de la vida social, ya que, en efecto, el Derecho alcanza aquellos aspectos de la vida social, que son particularmente relevantes para el mantenimiento de la paz en una sociedad, una paz ordenada y justa que deja fuera del campo del Derecho como irrelevantes múltiples aspectos de la vida social, abandonados en su regulativa unas veces por la moral o por los usos y costumbres, a veces tan vinculante o más que las normas, pero que no devienen jurídicos, porque el Derecho no puede ni debe cubrir la totalidad de la vida humana. Debe limitarse a regular todo aquello que importa a la vida en sociedad y que importa jurídicamente, sin ser esto una petición de principio (15). En segundo término, la complitud del Ordenamiento no es tampoco una realidad ya dentro de lo jurídico. Es cierto que la nueva redacción del Código civil supone la plenitud de respuestas que ha *vaciado (no derogado)* el artículo 357 del Código penal, y ello es ya sintomático de una heteromorfia de normas, más con todo la existencia de las llamadas lagunas de Derecho y lagunas jurídicas es un fenómeno que, día a día, alcanza al jurista, cualquiera que sea su método y su perspectiva. Un aspecto no regulado expresamente puede pertenecer al campo de lo jurídico.

Ex falso sequitur quodlibet puede traducirse en Derecho como que un fallo justo puede basarse en premisas débiles o incluso falsas (16); lo importante es la decisión y cómo ésta se inserta en la coherencia interna de la estructura jurídica. GOTTLIER cita el caso de *Smith versus Hyatt* en la Supreme Judicial Court of Massachusetts, de 1952 (17). Por Reglamento (*Statute*) se reguló la reparación de vías y puentes (*Statute of Repair of Ways and Bridges*), pre-

(15) Naturalmente se habla de sistema como estructura de Derecho positivo: RIPERT ha dicho sobre esto: «L'existence du droit positif n'est contestée par personne». Cfr. N. BOBBIO, «Sur le positivisme juridique», en *Mélanges en l'honneur de Koubier*, I (p. 53); GENY, *La notion de droit en France*, en «Archives de Philosophie du Droit» (APhD), 1-2 (1931), 26; PASCAL había ya escrito «la loi est toute ramassée en soi, elle est la loi et rien davantage».

(16) Cfr. Rodolfo DE STEFANO: *La logica e lo studio teorico del diritto*, en «RIFD», 44 (1968), 98. Las aporías hermenéuticas acusan un contraste entre la expresión formal y la sustancial, entre la forma lógica y la sustancia o materia del razonamiento; pero contraste no es contradicción y las aporías hermenéuticas no son antinomias lógicas. Estas caen en el interior de la estructura formal, en tanto los contrastes no están formalizados.

(17) Cfr. Gidon GOTTLIEB: *The logic of Choice. An Investigation of the concepts of rule antirarionability*, London, G. Allen-Unwinn, 19668, 58.

viéndose el caso de que de helarse el suelo de los caminos y alguien se dañase, habría indemnización. Señor Se Hyatt intentó deshelar su frigorífico, el agua se esparció por el suelo, y una empleada de su hogar, la señora Smith, resbaló al entrar en la cocina y se hirió. El Tribunal condenó al señor Hyat utilizando el mencionado Reglamento, prescindiendo incluso de la cláusula que obligaba al dañado a requerir al causante, dado que «el señor Hyatt estaba presente cuando se hirió la señora Smith y debió darse por requerido».

Es, sin duda, un extraño caso, en que las premisas del razonamiento no pueden ser más endebles, pero ante la laguna de valor, ninguna norma autorizaba al tribunal a la condena.

En su discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil, PORTALIS decía ya que «la ley no podía comprenderlo todo: el oficio de la ley es el de fijar por grandes puntos de vista las máximas generales del Derecho, establecer los principios fecundos en consecuencias y no descender al detalle de las cuestiones que hacen nacer cada materia. Es al magistrado y el jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a lo que toca dirigir su aplicación».

El artículo 357 del Código penal sigue hablando del *silencio y oscuridad* de la ley: son ideas que nacen con la misma toma de conciencia de la ley; la ambigüitas nace en Roma para la *lex* y con la glosa para la *lege silente*; en este segundo caso, intención política de poder llegará hasta WOLF como escape al Emperador. Basta una ligera lectura para darse cuenta del intento político, so capa de lógica.

Estas dos ideas de la presencia de lo irrelevante jurídicamente, es decir, de lo que no importa al Derecho, aunque tenga un significado sociológico y de calificación moral y la presencia de auténticas lagunas de Derecho y lagunas jurídicas. Lagunas de normas y lagunas de valor forman así el doble argumento contra el principio de la plenitud del Ordenamiento jurídico. Pero todo este cúmulo de datos no impide una forma interior y exterior de explicación, ni un análisis lógico, es decir, crítico-noético. Conocer científicamente no es sino alcanzar una explicación racional con los medios apropiados a un cierto sistema de conocimiento; la realidad de *hecho* es así el punto de partida. Crítica noética es cabalmente el análisis crítico del hecho de conocimiento; no valdrá una teoría noética, con mayor alcance, que establezca axiomas de validez objetiva, absoluta y exacta. Como NELSON puso de manifiesto en su estudio *Über das sogenannte Erkenntnisproblem* (Goettingen, 1908). Conocimiento ob-

jetivo es el resultado —lo reconocido— o un objeto —lo reconocible (18). ORESTANO habla de cómo todas las ciencias se enfrentaron en cierto momento con un caos de diversas cosas y cómo la lógica categorial pudo captar y sistematizar tal caos. No se reconstruye el sentido (*Sinn*), sino la capacidad de desarrollo e inserción sistemática (*Einbildungskraft*), dirá APELT. El armazón del Derecho es la legalidad —nos dice VAZNY (*Casopis pro pravni a statni vedv*) y la causalidad: la formalización sistemática ha de hacerse por *grados*. No hay una necesidad, sino un *deber* legal, donde la ciencia pone *causa*; con toda su actual interrogación, el Derecho pone *causalidad jurídica*.

Esta constituye una de las singularidades del sistema del Derecho, a diferencia de lo que acontece en las ciencias naturales y, en general, en todas las demás ciencias en las que la omnicomprensión del fenómeno es un elemento integrante y un postulado de la existencia de un sistema científico. Cabalmente por esta nota de la imposibilidad de una plenitud legal (*Vollstaendigkeit*) sirve, como decía STAMMLER, *per intus susceptionem*, es decir, desde dentro (por la analogía, los principios generales, los criterios de solución de antinomias, los argumentos de inferencia), pero no exteriormente *per adpositionem*, esto es, como un cuerpo que crece, pero desde dentro, lo que hace que el sistema jurídico sea poco apto para una ciencia axiomática, como se verá más adelante, cuando se estudie la problemática de la lógica jurídica moderna, la lógica modal o proposicional.

Nada hay que tenga tanta imaginación como la realidad. La historia de la ignorancia de los legisladores es algo sobre lo que ya DUALDE ha hablado: Justino I y probablemente Justiniano no sabían leer ni escribir: los pseudolegisladores no son en frase suya sino testaferreros históricos. El Código civil se aprobó en el Senado en veintidós días o si se prefiere en treinta y siete horas. El Proyecto de Código de 1851 se elaboró en el Senado en seis horas. La Ley Hipotecaria de 1860 tomó al Congreso nueve sesiones. «Si para caracterizar el pensamiento electivo de los cuerpos legislativos nos atenemos a los menos, destruimos la ley de las mayorías, que es esencial a su naturaleza, y si, por el contrario, nos atenemos al valor preponderante del mayor número, destruimos la inteligencia. La medida de la opinión común no la dan los términos que alcanzan

(18) Cfr. Adolfo PLANCHY: *Il problema della conoscenza sistematica in materia di diritto*, en «Rivista Internazionali di Filosofia del Diritto», 22 (1942), 99.

un nivel extraordinario ni los absolutamente incapaces, los energúmenos y los delirantes, que se encuentran bajo cero, sino una zona caudalosa intermedia muy próxima al cero cuando se trata de estos grandes códigos...» «La evolución hasta el presente es ésta, a medida que avanza la civilización, el legislador entiende menos lo que dice.»

Leyes incompletas no quiere ni por asomo decir Ordenamiento jurídico incompleto. La complitud del Ordenamiento es su posibilidad permanente de dar siempre, y en todo caso respuesta, a todo problema jurídico. Por eso, el Derecho es pleno y la ley incompleta; un jurista que sólo sepa lo que dice el «Boletín Oficial» es un leguleyo, no un jurista. *Jus semper loquitur*, aunque, como decía RADBRUCH, haya que utilizar instrumentos de tortura lógica, en los medios de interpretación para obligar a hablar a la ley en los asuntos en los que calla.

Todo puede ser objeto o contenido de la norma (19). Este contenido en sí no es, pues, decisivo para el método del conocimiento, sino la forma en que se presenta (*aufgegeben*, frente a la ley natural que es dada, *dagegeben*).

1.2.1 *El elemento de la unidad del Ordenamiento jurídico*

La unidad funciona como elemento integrativo del sistema y como postulado del mismo. La realidad muestra que dentro de un solo Ordenamiento jurídico, las disposiciones vigentes aparecen dispersas en la selva jurídica contemporánea. La densidad legislativa parece contradecir el elemento-postulado de la unidad. Es justo lo que está ordenado unitariamente (20). En concreto, según se ha dicho, España bate todos los records de densidad legislativa. El Aranzadi da un total de 19.362 disposiciones vigentes en 1951, otras 14.617 que sobrevivían del período 51-66; 2.407 disposiciones generales en 1969,

(19) Cfr. Fr. WEYR: *Teoria práva*, Brno-Praha, 1936, p. 34. Al no admitir que la mutación esté dentro de la lógica del Derecho se llega a calificar a éste como un *trauriges Geschaef*t (Theodora STERNBERG, J. H. von Kirchmann *un seine Kritik oder Rechtswissenschaft*, 1908. Cfr. Las lamentaciones sobre la crisis de este principio, JAHREIS, *Groesse und Not der Gesetzgebung*, 1953; Hans HÜBER, «Niedergang des Rechts und die Krise des Rechtsstaates», en el *Festgabe fuer Z. Giacometti*, 1953, p. 59. Ya CRUSIO había indicado la necesidad de que la regla de generalidad claudicase en ciertos casos por razón de la materia: «Leges licet sint propositiones universales, attamen non omnes leges necessariae propositiones esse possunt ob materiae circa quem versantur incertitudinem.»

(20) Cfr. KUERV, *op. cit.*, p. 181. Tomado de STAMMLER: «Der Gedanke der Richtigkeit bedeutet ein einheitliches geordnetes Vorstellen. Richtig heisst soviel wie einheitlich geordnet.»

2.202 en 1970, 2.373 en 1971, cerca de 3.000 en 1972 y casi igual cifra en 1973. Siguiendo con la indicación, se dice que el desuso y la práctica en contrario no derogan las leyes, pero cualquier visión por los repertorios legales basta para poner en solfa esta pretenciosa afirmación del antiguo artículo 4.º del Código civil (21). El lío es tan caótico que ni siquiera la Administración puede cumplir sus propias disposiciones. Existe el deber, por ejemplo, de señalar las disposiciones que se derogan tras la aprobación de una nueva ley. En muchos casos, el laberinto es tan descomunal que nadie se atreve a cumplir lo que está mandado...; un jurista lo pasa muy mal con esta jungla de la confusión (22). La lógica cartesiana queda sustituida por el espíritu de aventura...; con nuestra selva legislativa ocurre igual que con los territorios regados por el Amazonas (23).

Frente a esta afirmación innegable, la idea de la unidad parece un sarcasmo, pero la tendencia a conseguir esta unidad es cabalmente la tarea del jurista para que el Derecho no devenga; a fin de cuentas, un agregado caótico de normas aisladas, sino que repose sobre pocos y ciertos principios. De todos modos, bueno es insistir que el concepto de unidad sistemática no es sólo lógico y de conocimiento, sino también de redescubrimiento de la unidad objetiva y real difícil de desenmascarar tras la cortina de humo de proliferación legislativa. Sobre el Derecho —¿por qué no en la física?— se cierne el fácil sarcasmo, al que habría que replicar con el clásico: *Un complaisant ne peut que jouer avec les idées, non les peser, jauger, murir. Il ne croit en aucune. Mécreant il adore le style: il n'y a pas de doctrine qui résiste au style.* Pero dejemos la ironía bien ganada a pulso.

(21) Es significativo que en el artículo 2.º, número 2, de la nueva redacción del Código civil haya hecho desaparecer esta frase.

(22) Datos tomados de Miguel SÁNCHEZ MAZAS: *Cálculo de Normas*, Madrid, ed. Ariel, 1973, p. 97.

(23) Esto justifica sobradamente esta revisión total, como una especie de responsabilidad del jurista actual hacia el futuro. Cfr. Fred L. POLAK, *De Toekomst is Verleden Tijd*, Utrecht, 1955, y su artículo *Responsability for the Future and the Far-Away*, en «*Révue Internationale de Philosophie*», 39 (1957), 100; aunque los objetivos del autor sean más bien de corto alcance; G. TARELLO, *Sul Problema della Crisi del Diritto*, 1957, pp. 13-15, califica de *elephantiasis of law*; A. KAUFMANN (*Recht als Mass der Macht*, 1958, p. 185) observó que «Legal prescriptions are produced and consumed today like industrial consumer goods... Our law, as a result of the measurelessness of modern legislation. Man become desperately uncertain - a derision to the doctrine of legal positivism, according to which the omnipotence accorded to the legislator is required for the sake of legal certainty»; Arturo T. VANDERBILT calculó en 1955 que el número de casos fallados en Tribunales que un abogado norteamericano tiene que tener en cuenta es más de 2.100.000.

Un sistema exclusivamente lógico carecería de correlación con la realidad por confusiva que ésta sea. La tarea del jurista es, pues, en este sentido creadora en cuanto a la enorme fatiga que le supone, pero descubridora en cuanto precisa estar pegada al terreno de la realidad legislativa. Sistema lógico y sistema objetivo es tanto como sistema de conocimiento o sistema real. Cuanto mayor sea la correlación y la igualdad entre ambas ideas, menor será el fruto esperable de la unidad del ordenamiento (24). La tendencia a la unidad del Ordenamiento es, pues, compatible con la selva de disposiciones aisladas e incluso con las antinomias entre éstas. Aún más, un Ordenamiento jurídico convive con otros ordenamientos, incluso en un mismo territorio. El principio de estatalidad del Ordenamiento jurídico no es incompatible con la pluralidad de ordenamientos. Por ejemplo, la vigencia del Derecho canónico frente a la vigencia del Derecho positivo español. Siguiendo el mismo hilo de pensamiento, tampoco la unidad del ordenamiento es incompatible con la pluralidad de conjuntos normativos que no siempre son homomórficos. La primera distinción entre Derecho privado y Derecho público radica justamente en este concepto de homomorfía (25), que separa conjuntos de un mismo ordenamiento, pero no escinde el elemento postulado de unidad.

Entre la multitud de definiciones con pretensión de escindir el Derecho público del Derecho privado con nitidez quizá la más clara sea la de Alf Ross, en su lógica de las normas (26). Según Ross, sujeción y competencia forman la totalidad del Derecho. Competencia, en su especial terminología, es la capacidad jurídicamente

(24) De ahí los intentos del Common Law anticodificador de una filosofía integrativa del Derecho. Cfr. Jerome MALL, *Vers une philosophie intégrative du Droit*, en Mel Dabin, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

(25) *Vid. infra* sobre el concepto de homomorfía en Derecho. Provisionalmente homomorfía supone aquella característica de un conjunto de normas conforme a la cual idénticos principios generales de Derecho informan al conjunto, idénticos principios sirven también un defecto de ley o costumbre (art. 1.º 4 Código civil en su nueva redacción), que tienen un contexto unitario, con espíritu y finalidad idénticos (art. 3.º 1 Código civil), y dentro del cual cabe la aplicación analógica de normas, cuando ésta no está prohibida (art. 4.º 1 y 2 del Código civil). La isomorfía (cfr. *infra*) sirve igualmente para una delimitación de la *relación jurídica*. Así la define Ernst-Joachim LAMPE (*Juristische Semantiy*, Berlín-Zurich, Vlg. Gehlen, p. 66): «Soweit —und nur soweit— zwischen Berechtigung und Verpflichtung, Isomorphie bestent, fassen wir sie unter dem Begriff *Rechtsverhaeltnis* zusammen. Rechtsverhaeltnis ist demnach die Korrelation zwischen einer Berechtigung und einer Verpflichtung, wobei der Berechtigung die Verpflichtung und der Verpflichtung die Berechtigung derart zuneordnet ist, dass mit der Berechtigung die Verpflichtung und mit der Verpflichtung die Berechtigung besteht und entfaellt».

(26) Cfr. Alf Ross, *Lógica de las Normas*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 122 y ss.

establecida de crear la norma jurídica o efectos jurídicos por medio y de acuerdo con enunciados al efecto. La competencia es un caso especial del poder. El poder existe cuando una persona es capaz de producir, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados.

La norma que establece esta capacidad se llama norma de competencia, y enuncia las condiciones necesarias para el ejercicio de tal capacidad. Estas condiciones se dividen usualmente en tres grupos: las que prescriben qué persona está cualificada para realizar el acto creador de la norma (competencia personal); las que prescriben el procedimiento a seguir (competencia de procedimiento), y las que prescriben el alcance posible de la norma creada con relación a su sujeto, situación y tema (competencia material). Entre las normas de procedimiento hay usualmente una que prescribe cómo se ha de comunicar la norma a sus sujetos o cómo se ha de promulgar, esto es, cómo se ha de hacer pública de manera que los sujetos de la norma tengan la oportunidad de obtener información acerca de la norma, si lo desean.

Además, la autonomía de la voluntad choca con la *tipicidad* que el fin del acto le supone. Así no vale para la Administración el argumento de que quien puede lo más puede lo menos (se puede denegar, pero no incluir cláusulas de precario y en tal sentido la propia ley desde la Ley de 23 de marzo de 1900, servidumbre de paso de energía eléctrica) y Real Orden de 17 de febrero de 1908, Real Orden de 4 de julio de 1913, Real Decreto de 13 de septiembre de 1911 (art. 11) (27). No es sólo la tipicidad, sino el influjo del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el surgimiento —contagiante— de la responsabilidad objetiva. Con carácter general, Sentencia de 6 de mayo de 1967 (Ar. 3001) aplica la nulidad de la cláusula modal y el apotegma *utile per inutile non vitiatur*: «tal contenido (el del acto) ha sido extendido al integrarse un elemento nuevo, al que la doctrina suele llamar contenido eventual.»

Por contrapartida, el acto administrativo tiene presunción de legalidad *juris tantum* (art. 33 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, arts. 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo), Sentencia, entre muchísimas, de 14 de junio de 1971. En todo caso, aun en lo discrecional, la Administración podrá de-

(27) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1966 y Reglamento de 20 de octubre de 1966 (art. 291), es decir, si se revoca hay que indemnizar.

negar, pero con *norma previa*. Así, la Sentencia de 23 de febrero de 1971 (Ar. 1118): el Ayuntamiento puede denegar el tendido de línea eléctrica, pero si carece de ordenanzas propias para ello, el recurso se estima, aunque la denegación esté dentro de la competencia *intra vires municipal* (Ley de 18 de marzo de 1966, Reglamento de Obras Municipales, Decreto de 29 de julio de 1924), por la *lex generalis*, ni la *lex*, sino por falta de normatividad previa.

Aquellos enunciados en los que se ejercita la competencia se llaman actos jurídicos, o en Derecho privado, declaraciones dispositivas. Por ejemplo, una promesa, un testamento, una norma. Un acto jurídico es, como un movimiento de ajedrez, un acto humano que nadie puede realizar como ejercicio de sus facultades naturales. Las normas de competencia son, como reglas de los juegos, constitutivas.

Puesto que una norma de competencia prescribe las condiciones para la creación de una norma, es una tautología afirmar que si se intenta ejercer la competencia *ultra vires* (fuera del ámbito de competencia) no se crea ninguna norma. Esto se expresa diciendo que el pretendido acto jurídico es inválido y dentro de sus fines (28) o que el incumplimiento de una norma de competencia produce invalidez.

El poder o competencia de una persona debe ser distinguido, tanto de la libertad de ejercer sus poderes como quiera (pero, desde luego, sólo *intra vires*) como del deber de ejercerlos según ciertas directrices. Si existe tal deber, existe una *norma de conducta*, cuyo tema es la manera en que la persona competente ha de ejercer su poder. Es importante comprender esta distinción entre la norma de competencia y la norma de conducta que regula el ejercicio de tal competencia. Mientras que exceder la norma de competencia produce invalidez (29), violar la norma de conducta no afecta a la validez

(28) Si no cae en vicio de desviación de poder aunque haya que probarlo (Sentencias de 8 de junio, 24 de octubre de 1955 —Ar. 2384, 4024, 4690—; 26 de diciembre de 1960 —Ar. 4215—; 19 de octubre de 1962 —Ar. 3973—; 3 de noviembre y 22 de diciembre de 1966 —Ar. 1966 y 5040—; 2 de enero, 23 de febrero, 17 y 18 de abril de 1967 —Ar. 711, 465, 2195, 2254—; 31 de enero de 1968 —Ar. 470—, y 2 de abril de 1969 —Ar. 1891—.

(29) Aparte de los controles previos (audiencias preceptivas de la Ley de Procedimiento Administrativo) hay el control *a posteriori* en toda norma administrativa, no sólo sobre su emanación *intra vires*, sino sobre su jerarquía, competencia y ajuste a los principios generales de ordenamiento, si bien desafortunadamente la jurisprudencia sea extremadamente restrictiva. El problema y la solución es que éstos son más amplios y universales. Cfr. *ad exemplum* la nota *the judicial role in defining procedure requirements for Agency rule making*, en «Harvard Law Review», 87 (1973), 782.

del acto jurídico, sino que encierra una responsabilidad, como cualquier otra violación de una obligación. Esta interrelación entre normas de competencia y normas de conducta juega un papel importante en la práctica jurídica. Por ejemplo, un agente puede haber sido obligado por su superior a ejercer la autoridad dentro de ciertos límites, pero puede que el superior, a pesar de todo, no pueda defender tales limitaciones frente a un tercero que se acoja a la autoridad del agente. Una limitación puesta en privado a la autoridad del agente e ignorada por éste no eximirá al superior de responsabilidad, a menos que tal limitación sea conocida de terceros. El ejercicio del poder sin tener en cuenta estas restricciones expone al agente a una acción por parte del superior. Una regla similar se aplica al poder en Derecho público. El poder no se asigna a las autoridades públicas para que la ejerzan como quieran, sino sólo de acuerdo con reglas establecidas o con principios generales presupuestos. También aquí, respecto al ejercicio de su competencia, es con frecuencia posible distinguir entre competencia y deberes. El resultado de excederse de esas reglas no es la invalidez, sino la responsabilidad civil o penal.

Si las leyes estuvieran cuidadosamente pensadas y redactadas con precisión, no sería difícil decidir si una regla dada tenía el sentido de una regla de competencia (cuyo quebrantamiento produciría invalidez) o de una norma de conducta reguladora del ejercicio del poder (cuyo quebrantamiento produciría responsabilidad). Pero desgraciadamente esto no ocurre siempre. Si, por ejemplo, una ley atribuye competencia a la Comisaría General de Abastecimientos para regular la importación de ciertos bienes, previo consenso del asunto al Ministerio de Agricultura, no está claro si tal consenso tiene el sentido de una restricción de competencia (con el resultado de que la regulación será inválida si no se efectúa) o si tiene sólo el sentido de una obligación prescrita en una norma de conducta (con la consecuencia de que el comisario general de Abastecimientos incurrirá en responsabilidad si no logra el previo consenso). Se trata de una cuestión de interpretación que hay que decidir por los métodos usuales.

Sujeción es el correlato de poder o competencia. La persona sometida B está determinada como cualquiera que, de acuerdo con las normas que definen el alcance material del poder de A, pueda ser sujeto de una norma creada por A. Ese término es lingüísticamente

incómodo, ya que se usa con frecuencia en sentido peyorativo. Aquí se usa sin tal implicación. Los ciudadanos están «sujetos» o «sometidos» al poder del legislador, los herederos al poder del testador, quien hace una oferta al poder de aquel a quien se la hace, quien recibe algo al poder del que se lo da —y todos lo están—, tanto si la disposición aplicable obliga a la parte sometida como si le otorga un derecho.

Es un rasgo claro del Derecho de las sociedades modernas que las normas de competencia vigentes pueden clasificarse en dos categorías distintas, tanto por su contenido como por su propósito.

Por una parte, están las reglas de competencia que crean el poder que llamamos *autonomía privada*. Se caracterizan por los rasgos siguientes: en la esfera personal crean un poder para cada individuo adulto normal y además en todos los aspectos importantes, este poder está limitado a la capacidad del individuo para incurrir en responsabilidad y disponer de lo que concierne a sus propios derechos.

Cuando las disposiciones de dos o más individuos están coordinadas, se les capacita para «legislar» por contrato en lo que se refiera a sus relaciones recíprocas. Este poder no está ligado a un derecho a ejercerlo o a ejercerlo solamente de una cierta manera. El individuo es libre de decidir si hacer uso de su autonomía y cómo. De ahí la propia expresión legal —de otro modo antigua— contenida en el artículo 1.091 del Código civil: las obligaciones que nacen de los contratos *tienen fuerza de ley* entre las partes contratantes y *deben cumplirse al tenor de los mismos*, consagrando el artículo 1.255 del mismo Código el principio *pacta sunt servanda*, «puediendo los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público» (Sentencia de 25 de mayo de 1968 (Ar. 2927). La función social de la autonomía privada es capacitar al individuo para dar forma a sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus propios intereses dentro del marco del orden jurídico. El poder mismo, en relación con un cierto objeto, no es un «derecho», sino que es parte de un derecho transferible. Con la transferencia del derecho, el poder pasa a quien recibe la transferencia. Por tanto, puede decirse que el poder que estamos considerando es *no cualificado* (todo el mundo lo tiene), *autónomo* (se usa para obligar a la

propia persona competente), *discrecional* (se ejerce libremente) y *transferible* (puede transmitirse a otro) (30).

Por otra parte, están las reglas de competencia que crean lo que llamamos *autoridad pública*. Tienen los rasgos siguientes. Crean un poder sólo para ciertas personas cualificadas. La cualificación requerida consiste en una designación de acuerdo con ciertas reglas de Derecho: en España los ministros tienen su poder a causa de su nombramiento, de conformidad con la Ley Orgánica del Estado; los procuradores en Cortes, a causa de su elección o designación, directas o indirectas, de conformidad con la Ley Orgánica del Estado y la Ley de Cortes, y el Rey a raíz de la Ley Orgánica, Ley de Sucesión y designación posterior. La materia de este poder es una capacidad para crear reglas que obliguen a otros (leyes, actos administrativos, etc.). El poder no se le concede a la persona competente para que lo use libremente y a su conveniencia. Su ejercicio es un deber, un oficio público en el sentido más amplio, por lo que debe realizarse sin prejuicios y de modo imparcial) para la consecución de ciertos propósitos sociales (31). Estos deberes son más que deberes meramente morales, pues están limitados por sanciones y controles de varios tipos. La función social del poder es servir los intereses de la comunidad, lo que se llama «el bien común». La autoridad pública no es nunca parte de un derecho y, por tanto,

(30) Cfr., entre muchos, A. MANIGK: «Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, en *Koschaker Festschrift*, 1939, p. 89, § 11; Fritz von HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, p. 48; F. BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien-New York, 1967; FLUME, «Rechtsgeschäft und Privatautonomie», en el *Festschrift der Deutschen Juristentag*, 1960, I, p. 135, Karlsruhe, 1960; del mismo, *Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten*, en «Archiv für civilistische», Paris, 181 (1962), 52; SCHMIDT-SALZER *Subjektiver Wille und Willenserklärung*, en «Juristische Rundschau», 69, pp. 281 y ss.; OLLINGER, «Die Veillagsfreiheit», en el *Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung*, 1948, p. 315; YUNG, en el *Festschrift für Carry*, 1964, p. 169; SAVATTEB, en el *Hommane a Dubin*, 1963, I, 309. RAISER-FLUME, en el *Festschrift Hundert Jahre deutschen Rechtsleben*, 1960. Contra KELSEN, cfr. Luigi BAGOLINI, «Norma negoziale e paradigma normativo», en *La norma giuridica - Diritto Pubblico e Diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 60; Paolo VIUCCI, *La volontà contrattuale: vicende e sviluppo pi della concezione kantiana del contratto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», IV Serie, Milano, Giuffrè, 45 (1968), 148 («RIFD»). El propio término de contrato-ley y santidad del contrato son aristotélicos: Πράττεται τα πολλά τῶ συναλλαγμάτων καὶ τῶ ἐναντία κατὰ συνθήκας.

(31) De ahí el exceso de poder y la desviación de poder, típicos del Derecho administrativo, artículo 253 del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, de 8 de marzo de 1928, Ley, de 31 de octubre de 1931 (art. 223), artículo 101 de la Constitución de 1931 (Sentencias de 14 de mayo de 1930, 13 de enero de 1933, 26 de marzo de 1934, 11 de mayo de 1950, 16 de octubre de 1953, 23 de diciembre de 1946, 8 de abril de 1952, 2 de octubre de 1931 y 9 de octubre de 1954).

no es transferible. Lo más que puede hacerse es delegar el ejercicio del poder en otras personas, sin afectar para nada al propio poder del titular. Por consiguiente, el poder que estamos aquí considerando puede caracterizarse como *calificado, heterónimo, en interés público y no transferible*.

La distinción entre autonomía privada y autonomía pública constituye la base de la distinción tradicional entre Derecho privado y Derecho público (32). El Derecho público puede definirse como el Derecho que se refiere a la condición jurídica de las autoridades públicas.

Incluso dentro del Derecho privado hay subconjuntos que no rompen el principio de unidad (Derecho civil y Derecho mercantil, por ejemplo) o dentro del campo del Derecho público (Derecho penal, frente a Derecho administrativo; Derecho internacional público, frente a Derecho administrativo, por ejemplo). La unidad responde por ello a una idea de estructura cuyas características se verán más adelante. Baste en este momento con indicar que la unidad de un sistema jurídico no quiebra por la existencia de conjuntos y subconjuntos diferentes ni siquiera por el dato de que algunos de los subconjuntos (Derecho administrativo, Derecho de la Seguridad Social, etc.) actúan a través de clases y grupos normativos como una estructura ordenada. Justamente es esta idea de estructura ordenada la que permite la reducción a unidad del aparente caos legislativo, donde surgen normas de distintos conjuntos, subconjuntos, clases y grupos simultánea y sucesivamente sin orden ni división. La idea de estructura es, como se verá, el único procedimiento de hacer compatible la unidad con la diversidad. Esta unidad, hay que insistir, es una unidad real y al mismo tiempo lógica, real en cuanto toda la estructura del Ordenamiento jurídico o incluso de la pluralidad de los ordenamientos aplicables es reducible a unidad en cuanto los principios generales de grupos, clases, subconjuntos y conjuntos responden, a su vez, a principios generales de orden superior (33).

(32) Distinguir no es separar. El orden del Derecho es sistemático, es un *cosmos*, no un caos; unque el sistema de ordenar sea diferente —menos de lo que parece, salvo la terminología—. Cfr. Manfred OBERMEIER, *Zur Begriffsautonomie in der Rechtsvergleichung*, en «ARSP», 48 (1962), 223.

(33) Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1928; dice en este sentido: «Las leyes deben interpretarse de acuerdo con sus relaciones de concordancia entre sí y entre los de aquellos cuerpos legales que afectan a la misma materia.» Así, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1928, 23 de marzo de 1929, 23 de junio de 1940, 27 de junio de 1941, 12 de junio de 1944, 25 de enero de 1945, 28 de junio de 1954 y (aunque de distinta Sala de la Social, de 22 de noviembre de 1946) «la Ley de Arrendamientos Urbanos —entonces vigente—

Todo el sistema estructural del Derecho está recíprocamente ligado por vinculaciones de alternatividad, conmutatividad, consunción, etc., a través de los supuestos de hecho abstractos. Leamos un ejemplo al azar, el artículo 60 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales: «El uso común general de los bienes de dominio público se ejercerá libremente, con arreglo a la naturaleza de los mismos a los actos de afectación y apertura al uso público y a las leyes, Reglamentos y demás disposiciones generales.» Pues bien, entran en la configuración del supuesto abstracto de derecho la naturaleza de dominio público (Ley de Régimen Local más Ley de Patrimonio del Estado), el concepto de vecino, el acto de afectación expresa o tácita y las ordenanzas relativas a pastos, bosques, etc., en concurrencia con las normas generales prohibitivas acerca de las mismas materias. Desde fuera del supuesto aparece el Código penal, la capacidad civil a que se remite la Ley de Procedimiento Administrativo con alguna salvedad propia, el Derecho fiscal, etc.

Igual sucedería con cualquier artículo de cualquier ley.

Ahora bien, a esta estructura armónica del sistema corresponden, como producto histórico, ciertas consecuencias, ya no tan lógicas, y que intentaré resumir en los siguientes cinco puntos:

Primero: La preeminencia ya destacada del Código civil. En su título introductorio se contiene toda la doctrina sobre las fuentes del Derecho y no a título subsidiario, sino a título de superley —no constitución— en cuanto regula las fuentes de todos los demás conjuntos jurídicos, llámese penal, procesal, administrativo o laboral. Se comprenderá que no hay en esta afirmación unos celos absurdos de autonomía; así estaba antes y ahora sigue en el mismo lugar y, desde luego, con mejor redacción. Pero no es sólo ello, lo extraño

debía interpretarse de acuerdo con la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ser de *igual tendencia social*» (Sentencia de 27 de noviembre de 1947), lo que se deduce del «pensamiento del legislador de la disposición posterior» (Ley de Arrendamientos Urbanos respecto de la Ley de Arrendamientos Rústicos), (Sentencia de 18 de diciembre de 1947) y «como reflejo del ciudadano da conciencia social» (Sentencia de 28 de enero de 1948). En el mismo sentido, Resolución de 22 de noviembre de 1945. Cfr. Federico de CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España*, parte general, tomo I, I. E. Políticos, 1955, Madrid, p. 527. La politicidad del jurista se verifica cuando se le observa manejando los *principios informadores* (Código civil en su nueva redacción). Por lo demás, el fenómeno es general, incluso en los países socialistas. Cfr. K. OPALEK, *Problemy metodologiczne nauk prawnych*, Warszawa, 1962, cap. III. W. LANG, *Obowiazywanie prawa*, Warszawa, 1962, p. I, cap. I; J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia przemiotu i metody teorii panstwa i prawa*, en «Panstwo i Prawo», 11 (1961), 752; K. OPALEK-J. WRÓBLEWSKI, *Współczesna teoria i sociologia prawa w Stanach Zjednoczonych*, A. P. Warszawa, 1964, cap. VI.

es que un civilista —todos podríamos decir— sigan creyendo que la Ley de Igualdad de Derecho con la mujer precisa ser recibida por el Código para ser eficaz. O que la Ley de 1958 no ha alterado sino valorativamente tan sólo el artículo 321 del Código civil, cuando se dictó para ello. Hay un tácito consenso en creer que el Código civil precisa incardinar en sí las demás leyes, aunque claramente sean opositivas al mismo. ¿Qué queda del contrato de seguros según el Código civil? ¿O del demanio de aguas? Nadie parece atreverse a tocar con sus manos pecadoras ese aséptico mundo del Código civil cerrado en sí mismo. Aunque en su nueva redacción lo prohíbe el título preliminar, parece como si esas partes —sólo de momento y transitoriamente clausuradas— esperasen la supresión de las leyes administrativas contradictorias para reivindicar su plenitud aplicativa. No sólo es eso; es que casi a un tiempo —entre la discusión, antaño, de Bases del Código penal, el artículo 357 del último venía a reproducir lo que se tachaba del Código civil; en efecto, según el artículo 357 del Código penal: «El juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión...» El tema es, como se puede fácilmente observar, mucho más digno de atención, pero baste esta pincelada descriptiva.

Segundo: Con rango constitucional está proclamado el principio universal *nullum crimen sine praevia lege poenali*. Pues bien, el Código penal, que se altera hoy con mayor frecuencia que nunca, tipifica nuevos delitos, que han sido ya fallados previamente, con una enorme elasticidad interpretativa y pasando por encima del *referé legislatif*, del artículo 2.º del Código penal. Por recordar el caso más citado, mencionaré sólo el fraude en el suministro eléctrico, que forzó a considerar a la electricidad como cosa mueble, pese a todas las prohibiciones de analogía y de interpretación extensiva. Sobre todo, ¿qué diría un físico conciliador de la teoría ondulatoria y la de los electrones? Se descubrió así una solución jurídica que los físicos estuvieron discutiendo desde HUYGENS-SCHROEDINGER, pero con una tercera solución (para el Derecho) que nada dice al físico.

Desde fuera, el principio *nullum crimen* parece haber sido sustituido por el de reprochabilidad social. Igual acaece con la tipificación penal de infracciones administrativas o incumplimientos civiles en una suerte de fuerza atractiva de lo penal frente a la infracción administrativa o civil.

Tercero: Si peligroso es, en general, para el Derecho como sistema total el dogmatismo conceptual, herencia de antiguas distinciones y que ha venido a provocar todo un alud de críticas, más dañino es aún en un Derecho sistemáticamente *in fieri* como es el Administrativo. El constitucionalismo liberal decimonónico fue incongruentemente con su signo político externo, de una extremada fertilidad para inventar o reinventar toda una suerte de títulos de intervención extremos. Demanio, prohibición general, bajo reserva de licencia o autorización y servicio público, junto al fomento condicionado —*volenti non fit injuria*— fueron simples títulos de intervención, no propiedades del Estado, actividades prohibidas, ¿por qué habría de prohibir ningún Estado el desarrollo de la industria, por ejemplo? No eran servicios oficiales los servicios públicos. Cabalmente el primer servicio público nace sin costar un cuarto, a la Hacienda ni las subvenciones son meras liberalidades. Es de una enorme ingenuidad considerar esos títulos de intervención en su génesis aparential. Desmedulan al Derecho administrativo y desvirtúan sus categorías jurídicas, provocando un sinnúmero de perplejidades que llegan hasta hoy, cuando el signo abiertamente intervencionista es palpable. Creer que una concesión es una transferencia administrativa, a favor de un particular, de una esfera de acción originariamente administrativa, es algo histórica, política y jurídicamente claudicante. Cierto que muchos hemos caído en esas trampas del Derecho administrativo, pero bueno será ir saliendo rápidamente de ellas. Igual sucede con la licencia, autorización o permiso: hay todo un abismo entre la licencia de actividad que constituye a veces un fin de la Administración —vivienda, industrias, producción de energía eléctrica, educación— frente a las dispensas (permisos de armas, por ejemplo), a veces prohibidas, como en la Ley del Suelo o en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. ¿Cómo es posible encuadrar todo esto en la misma noción jurídica sin falsear Derecho y realidad? Lo que pasa es que el hombre no ha encontrado modo más sutil ni más intenso de intervenir caso por caso, de controlar caso por caso el interés público, que el dominio o la prohibición general. COSSÍO habla del fin directo de la regla jurídica, la *endonorma*, como del fin directo, y del fin punitivo o corrector del incumplimiento, civil, penal o administrativo, como la *perinorma*. A Kelsen y al mismo WRIGHT se les planteó la aparentemente difícil papeleta de conciliar la norma con la sanción por su incumplimiento, hasta el punto en que esto llegó a constituir lo que se convino en denominar

la «paradoja de la lógica deóntica» respecto de WRIGHT —pasan de quinientas las obras sobre el equívoco enigma del incumplimiento—, pues parece que hay una opción en la norma penal: no matar —no ser molestado y de otro lado matar—, pasarse veinte años en la cárcel. Equívoco porque evidentemente lo que la ley quiere es el imperativo de no matar, enigma porque no hay equivalencia entre el bien violado y la pena. Pasando al Derecho administrativo, la paradoja se invierte, porque lo que la ley quiere es —por seguir la terminología sugerente de Cossío— la perinorma, pero no la endonorma, que es un simple paréntesis de intervención económica, una simple transformación funcional que opera para hallar la solución, pero que no es la solución, cosa que los matemáticos entienden aplican todos los días.

Todo el castillo de conceptos jurídicos construidos bajo este engaño cae como castillo de naipes. Cuando al comisario francés del Gobierno CHENU le preguntaron por qué el Conseil d'Etat no definía el servicio público, habiendo sido su creador por vía de *arrêts*, arremetió contra *les faiseurs des systemes*, porque para el operador es óptima la ausencia de definición, que estira o encoge a su conveniencia. Tuvo RIVERO que salir a la palestra para defender el sistema conceptual del Derecho administrativo francés. Quizá el más logrado de todo el Continente, pero quizá también por haber carecido de esos *faiseurs des systemes* equivocados en su raíz. Igual pasa —y lo intenté mostrar hace ya bastantes años en la primera obra publicada en español sobre la subvención— con la idea del fomento; no es que tenga poco que ver, es que no tiene nada que ver con la donación o los actos de mera liberalidad. No es aquí el momento ni el lugar para extraer las fructíferas consecuencias de este giro de visión, pero las auguro y algunas están ya explicadas. Porque da la casualidad que la lógica deóntica está atorada en la categoría de la permisión, que sólo el Derecho administrativo podrá resolverlo.

Cuarto: Por imperativo de la Constitución, del Código penal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, está proscrito el *deni de justice*; mas basta con dictar una sentencia, aunque sea de improcedencia de la pretensión ejercitada. O en lo contencioso-administrativo, con alegar que la ley sólo quiere resolver los agravios presentes, no los futuros. Esto pugna con la idea de seguridad del Derecho, y con los sistemas más progresivos de lo contencioso-administrativo, que admiten la acción meramente declaratoria. La llamada acción meramente declarativa no ha provocado en lo civil atasco al-

guno. Me limito aquí a sugerir una reforma a fondo de la justicia contencioso-administrativa: valor del precedente, acto consentido, legitimación colectiva son puntos que no quisiera dejar de mencionar. También el tema merecería muchísimo más espacio, pero me detengo en esta simple consideración global.

Quinto: Un gran sector de la lógica deóntica y del Derecho distingue entre normas regulativas y normas de construcción, entendiéndose por estas últimas aquellas cuya ausencia provoca ineficacia —por encima de la *vacatio legis*— de las normas. Algún país autoriza la aplicación analógica en todo caso para la ausencia de reglamentos y obliga al Parlamento que votó la ley a dotar de medios económicos precisos para su cumplimiento. Este es en España un elemento destructor del sistema jurídico en su unidad. Quizá por el sistema parlamentario en comisiones, sin control general posterior, existen leyes sin cobertura económica, planteándose la pregunta inmediata: ¿cuál es la auténtica voluntad del legislador? ¿La ley sin efecto o con efecto? Apunto también a un problema de nuestra estructura legal, que afecta sobre todo a la acción administrativa. Es fácil cumplir las leyes reguladoras, pero imposible con las constructivas. Tal como están reguladas las cosas hay leyes que se aprueban para luego, como dicen los franceses, *mettre de l'eau dans son vin*. Son *vox et praeterea nihil* o simples leyes de programa.

1.2.2 *La coherencia interna como elemento postulado del sistema en la ciencia del Derecho*

La coherencia es el segundo elemento que integra, define y comprende un sistema jurídico; transforma al Derecho en ciencia y no viene a decir otra cosa que «actuar consecuentemente», «obrar en consecuencia». Esta coherencia se verifica a través de muy distintas técnicas, pero fundamentalmente lógica y hermenéutica a veces y en casos extremos es la propia jurisprudencia la que consigue la coherencia de lo normativamente incoherente. A estos efectos se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1971, relativa al seguro obligatorio de vehículos, que se viene en calificar de «rapapolvo» del Supremo contra la maraña de confusión jurídica que rodeaba al seguro. La sentencia acabó con la confusión, contradicciones e inseguridad jurídica al constatar que la aceptación de determinadas limitaciones equivaldría a la derogación de una norma superior, cosa que prohíbe todo nuestro Ordenamiento

jurídico. En definitiva, ni tal sentencia es aislada ni existe maraña legislativa sólo en el seguro obligatorio de viajeros, sino más generalmente en todo el Derecho público, en especial por estar más cercanos a las exigencias sociales y a las exigencias del momento político, económico, incluso a veces meteorológico. Ni tal principio, aplicación de la jerarquía de las normas, como indicador de la prevalencia de la *lex superior* frente a la *lex inferior*, implica una auténtica creación. La coherencia interna se refiere tanto a las normas como a la misma jurisprudencia. Se remonta a un postulado constitucional de seguridad jurídica y de previsibilidad del resultado jurídico. Así, con seguridad jurídica, sin certeza del Derecho, no hay ni sistema jurídico ni propiamente ordenamiento jurídico, sino mero arbitrio. La maraña puede existir no sólo en la legislación, sino también en la propia jurisprudencia y, en definitiva, en cualquiera de los mecanismos reguladores del Ordenamiento jurídico. Coherencia interna es, igual que unidad del sistema, un elemento axiológico o de valoración. Hay una cuestión previa, también eterna de la ciencia del Derecho, desde el momento en que los juristas se plantean como un posible objeto de ciencia y no de un simple arte retórico, de si el objeto del Derecho es apropiado a esta coherencia interna, a este *modo de ser consecuente*, que es, en definitiva, lo que viene a plantear el elemento de coherencia.

Unidad y coherencia aparecen como son, esto es, como elementos no meramente lógicos, sino conformadores del sistema en la interpretación. Una sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 1965 (Art. 480) ha dicho en este sentido que «entre los más preciados aspectos de misión encomendados a este Tribunal —celosos de su ejercicio cuando procede— figura la de procurar que las normas del Derecho positivo que ha de respetar y aplicar sea objeto de la *interpretación más adecuada para que su operatividad produzca efectos armónicos no sólo con el sentir del restante ordenamiento legal, sino también con los principios superiores del Derecho y con la equidad, en la medida en que sean concretables*». El Tribunal Supremo ha comenzado a aplicar la Constitución con un criterio certero.

Esta cuestión previa del objeto del Derecho, que es o no apropiado a la coherencia interna, no deja de tener su valor, pues justamente suscita la necesidad de aclarar más a fondo la cuestión previa. Sistema y tónica se enfrentan como ciencia y arte, como sistema o técnica del pensamiento problemático. Si se afirma que la estructura fundamental del Derecho tiene naturaleza tónica se

está simultáneamente negando el carácter científico del Derecho y reduciéndolo al plano del causídico y de la argumentación ante el juez.

Hay una cierta vinculación estrecha e íntima entre la teoría metódica de una rama científica y la fenomenología de su comprensión. Esta fenomenología puede obtener del método ciertas conclusiones, que son simples trasplantes del método a la comprensión. En tanto las máximas de la metodología no sean postulados, sino que sean obedecidas de hecho, podrá concluirse o no algo positivo sobre el método, y al contrario: toda metodología que cuide la comprensión humana de las conclusiones ya elaboradas podrá obtener algo.

CARNELUTTI (34) decía que una ley es realmente una hipótesis que se trata de verificar, o dicho de otro modo, un concepto que debe confrontarse con un hecho. Concepto es para mí algo parecido al *genus*, algo empírico, un pseudo-concepto. La verificación de la hipótesis se resuelve en una clasificación: se trata de averiguar si la especie (hecho) entra o no en el género. Ahí está el problema, en la pobreza de los conceptos y la riqueza de los hechos: de éstos debo extraer unos pocos caracteres o elementos, los llamados relevantes, porque de otro modo no podría clasificar dentro del género pobre la especie rica. No es que opere el jurista así, sino que su lógica es, quíeralo o no, de ese modo. A veces es al revés: hay tantas leyes, que identificar la aplicable es algo así como identificar una persona por un par de rasgos. Todo sistema se descompone en una triple fase aplicativa: posición, calificación y ejecución. De todos modos, el fenómeno general de la comprensión de algo —incluso las matemáticas— se reduce en la posible aclaración del dato en un modelo dado (35). De ahí que contenga dos aspectos: la *validatio cogitationis* y la *vindicatio actionis*; la justificación atañe a la práctica, no a lo interno (36).

La afirmación dialéctica entre el carácter científico del Derecho se reduce a un sistema epistemológico o del conocimiento en la re-

(34) Cfr. F. CARNELUTTI: *L'esperienza del Diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 23 (1943), 97.

(35) Cfr. Bruno Baron von FREYTAG LOEBINGHOFF: *Verstehen heisst für die Mathematiker vollstaendig im Rahmen eine mathematischen Modells erklären koennen*, en «Das Verstehen in den exakten Wissenschaften», ARSP, 39 (1950), 73.

(36) Cfr. H. FEIGL: «De Principiis non disputandum?», en *Philosophical Analysis*, New York, ed. M. Black, 1950, p. 122; en Ch. PERELMANN, *Jugements de valeur, justification et argumentation*, en «Logique et Analyse», 58 (1961), 327.

lación objeto-sujeto, pues en las ciencias morales, a diferencia de las ciencias de la naturaleza, la idea del orden interno o de la unidad interna no pueden *verificarse* en cuanto son irrepetibles, aunque sí pueden comprobarse, y en esta comprobación se funda la estructura y el objeto de la ciencia del Derecho.

En *L'Homme revolté*, ha escrito CAMUS: «Aquellos que han concebido la profecía son los únicos capaces de leer en la historia el sentido que han depositado en ella, pronunciarán sentencias mortales para el culpable, provisionales sólo para el juez. Pero... ¿quién garantiza que los jueces de hoy no serán traidores mañana? La garantía está en su clarividencia infalible.. ¿Quién la demuestra? El éxito permanente. El mundo del proceso es un mundo circular, donde el éxito y el inocente se identifican recíprocamente y todos los espejos reflejan la misma mixtificación. Cuando SARTRE preguntaba ¿tiene la historia un sentido?, preguntadle a vuestra vez, ¿tiene un fin? Para mí no tiene sentido. El problema no es conocer su fin, sino darle uno.»

Quizá todo el error de la tópica en la ciencia del Derecho o, por mejor decir, de la construcción de la ciencia del Derecho como tópica, está justamente en que la tópica es ya una nota definitoria del carácter acientífico del objeto. Tópica y jurisprudencia (o ciencia del Derecho, mejor traducido) son elementos antitéticos que tienen indudablemente su valor en la linde en que el sistema jurídico se muestra impotente. Esta impotencia del sistema no es tampoco nota característica de ninguna ciencia, pues es común a todas y peculiar de ninguna. Herman HESSE ha escrito, en efecto, que «aquí y allá se enfrenta el poeta y presumiblemente muchos otros hombres con la necesidad de prescindir de un horizonte, aunque sea por unas pocas horas, de simplificaciones, imágenes, abstracciones y otras mentiras a medias o totales, y contemplar el mundo como es, como algo complicado y a fin de cuentas incomprensible, como un sistema observable, incomprensible a su entendimiento y a sus conceptos, como un bosque virgen, hermosos y terribles, siempre nuevos, encerrando secretos incomprensibles tal y como es» (*Geheimnisse*, 1947, *Privatdruck*).

El hecho es que la experiencia del abogado o, en términos más generales, del causídico, le lleve a un pensamiento concreto y a una experiencia de lo concreto que no implica, sino una vivencia de lo específico de su trabajo en ese nivel, pero apunta, más allá, a un conocimiento implícito de una unidad plena de sentido y, por

tanto, de una ciencia del Derecho, que no es un simple aglomerado de preguntas inconexas. La vivencia es un problema psicológico del abogado; el caso se vive por argumentaciones propias de una defensa o de una demanda, esto es, con argumentos retóricos, pero significativamente este argumento retórico suele también traducirse en la invocación de principios generales sistemáticos, en interpretaciones sistemáticas, en argumentos sobre tipología de figuras jurídicas por cuanto la experiencia del Derecho, por muy vivencial y psicológicamente que se defina el caso que se defiende o se ataque, reconoce la superioridad del argumento racional. Ningún abogado en ejercicio invocará la tópica para destruir una argumentación de su contrario basada en una hermenéutica sistemática y lógica. La tópica, pues, no es en primer lugar esencial al Derecho en todos sus niveles, sino exclusivamente en el nivel retórico del causídico ante el juez y en segundo término, y paradójicamente, por muy defensor que se sea de la tópica en el Derecho, es decir, de la justicia en el caso concreto, es el mismo causídico quien intentará defender su caso o atacar al contrario basándose en argumentos no retóricos, sino de dialéctica sistemática lógica y, en definitiva, científica. Esta es la enorme paradoja de la vivencia del Derecho en un nivel concreto y ahí radica cabalmente toda la exagerada prepotencia de la tópica frente a la ciencia del Derecho.

En el fondo, la argumentación tópica descubre la interna aporía de su extremosidad. Si el Derecho fuera simple tópica, en su sentido aristotélico modernamente revivido, no cabría sino la justicia en el caso concreto, pero todo abogado que defiende el argumento tópico lo presenta como inmanente y ontológicamente enclavado en la esencia del Derecho como sistema, como ciencia y como orden.

No es inútil recalcar los dos argumentos definitorios de la coherencia o coexistencia interna del Derecho como caracteres de la ciencia del Derecho, siempre que tengamos presente que estas dos notas valen como presupuestos para admitir al Derecho como ciencia y, al propio tiempo, como postulado del método jurídico. Con todo, son algo más en cuanto atañen a las exigencias fundamentales, de las reglas jurídicas más elementales (elementos atómicos del Derecho) y se enraizan en la misma entraña del Derecho.

En efecto, la coherencia interna, la coexistencia, el orden, no son sino modos diferentes de decir una misma cosa ligada a la exigencia del postulado de justicia y de igualdad. Lo igual debe ser tratado igualmente y lo desigual debe ser manejado jurídicamente en fun-

ción de la desigualdad. Ser coherente no es sino ser consecuente consigo mismo y es una nota, un elemento del orden como consecuencia del sistema.

SAVIGNY indicaba ya que el sistema era la consecuencia interna y *presupuesta* del Derecho. Igual acontece con el elemento de unidad del Ordenamiento, que no es sólo postulado jurídico-lógico. Funcionalmente actúa de forma negativa en cuanto componente de la afirmación tajante del principio de igualdad de las unidades del sistema. Toda contradicción con la unidad del Ordenamiento debe ser eliminado a través del método hallado para ello desde hace dos mil años; en cuanto componente positivo como realización de la tendencia al generalizar la justicia de cada caso concreto, y ello dentro de la unidad del Ordenamiento. Tal unidad no contradice la necesaria concreción, sino más bien lo contrario, como ENGISCH ha puesto de relieve.

Todo individuo es desigual a otro e indefendible: cada conjunto, cada acto replantea toda la aplicación del Derecho, y ello no es soluble a través de la justicia en el caso concreto, sino a través del corolario de concreción que está inserto en el principio de unidad. El arbitrio judicial (37) o la discrecionalidad administrativa no son ni más ni menos que el *ámbito de configuración de lo concreto* que la ley deja al juez o a la Administración, pero este abandono de competencia, que es más bien una atribución de competencias de conformación de lo concreto, no se hace indiscriminadamente a la arbitrariedad del conformador. Aparte de los límites externos del arbitrio judicial o de la discreción administrativa, hay también la directriz interna de interdicción de la arbitrariedad. Tales supuestos no son, pues, tópicos ni mucho menos contradicen si se examina cabalmente su esencia, el principio de unidad y de coherencia interna del sistema. Antes bien, responden al principio de igualdad ante la ley y del tratamiento de desigualdad en función de la misma.

Así, en la Sentencia (Art. 3505) de 1966, entre muchísimas otras: «La relatividad conceptual ... parecía exigir una rigurosa información objetiva en el orden técnico y del conocimiento expreso»; bien

(37) Cuyo origen se encuentra en el *arbitrium indifferentiae* de los moralistas, como necesidad de concreción. Cfr. Nicola ABAGNANO, *Judgements of Responsibility in Thics and en Law*, en «Revue Internationale de Philosophie», 39 (1957), 35. Para la discrecionalidad administrativa, cfr. *infra* y J. WITHERSPOON, *Administrative Discretion to determine Statutory Meaning*, en «Texas Law Review», 35 (1956), 63; con el mismo título y del mismo y en la misma revista (1960), 392; Louis L. JAFFE, *The illusion of the ideal Administration*, en «Harvard Law Review», 86 (1973), 1183.

entendido que «la exigencia de una declaración positiva: como facultad discrecional de la Administración, que pudiera concebirse refiriendo a ésta la potestad resolutoria como tal, se ha de excluir con arreglo no ya sólo al concepto doctrinal vigente, sino a lo que expone el preámbulo de la Ley jurisdiccional, en subconcepto 4.º, número 3.º, párrafos 6.º y 7.º, puesto que lejos de ser un *prius* determinante, respecto a la cuestión de fondo, admite en el conocimiento de la revisión jurisdiccional el juicio de su propia determinación; lo que en el caso que nos ocupa no llega siquiera a plantearse».

Es muy importante destacar que estos dos elementos de igualdad y coherencia interna son definitorios del sistema jurídico del Derecho como ciencia, pero no son puramente elementos lógicos o elementos externamente impuestos a un ordenamiento (38), antes

(38) Por eso es vano intento el ensayo de escapar de lo aparentemente caótico por una doble y contrapuesta vía: 1) el Derecho como conjunto de problemas (prescindiendo de las soluciones positivas) o como sistema puro de conceptos (STAMMLER, KELSEN, NAWIASKY) configurando el sistema como arquitectura de categorías formales, aptas para todo sistema jurídico. El constructivismo así considerado puede ser útil, pero inepto al llegar al momento de la verdad; la búsqueda de la norma aplicable, su interpretación, el hallazgo del hecho relevante y la conclusión (fases esenciales del Derecho). El Derecho deviene así un *Gedankensystem*, un sistema puro de ideas. En cuanto a la Jurisprudencia de conceptos (LARENZ), MAX WEBER ha podido decir (*Rechtssoziologie*) «Nach unserer heutigen Denkgewohnheit bedeutet sie (d. h. die Systematisierung) die Inbeziehungssetzung aller durch Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, dass sie untereinander ein logisch klares, in sich Logisch widerspruchloses und, allem, prinzipiell lueckenloses System von Regeln bilden welcher also beansprucht dass alle denkbaren Tatbestaende unter eine seiner Normen muessen logisch subsumiert werden koennen, widrigenfalls ihre Ordnung der wesentlichen Garantie entbehrt». Es el ideal matemático-positivista (no axiológico) del Derecho, que llegará a su ápice con la matematización del Derecho en ensayo actualmente. WUNDT lo intuyó ya al decir en 1921 (*Logik*, t. III, ed. 4.ª) que la Ciencia del Derecho era «in eminentem Sinne systematische Wissenschaft», y que dado su *streng logischen charakter* estaba abocada a ser in einer gewissen Hinsicht der Mathematik vergleichbar. En contra, de modo tajante, cfr. COING, ENCISCH (en *Studium Generale*, 10-1957, p. 173; 12-1959, p. 86), ESSER (*Grundsatz und Norm*, trad. esp., Barcelona, Bosch, 1961, p. 221); SMITIS (en «Ratio», 3, 1960, p. 76); EMGE (*Philosophie der Rechtswissenschaft*, 1961, p. 289); RAISER, en «NJWiss», 1966, página 699, ZIPPÉLIUS, «NJWiss», 1967, p. 2230; EMGE (en *Studium Generale, Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens*, 1959, n. 12, p. 76). Teoría pura o lógica ayudan a descubrir contradicciones lógicas, pero el trabajo del jurista consiste precisamente en superarlas. BAUSIN (*Ueber das juristische Denken*, en «Archiv für Rechts und Sozialphilosophie», 1951, núm. 39, p. 324; SMITIS, *Zum Problem einer juristischen Logik*, en «Ratio», 3 (1960), p. 52; FIEDLER, *Juristische Logik im mathematischer Sicht*, en «ARSPhil», 52 (1966), p. 93; CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker-Humblot, 1969, p. 25; Demgemaess sollte man heute nicht mehr ernsthaft bezweifelt dass ein formal-logisches System weder dem wesen des Rechts noch den spezifischen Aufgaben des Juristen in irgendeiner Weise gerecht werden kann. Igual escapismo al de KELSEN es la configuración del sistema como conjunto de problemas (*Problemzusammenhang*) de MAX SALOMON (*Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2.ª edición, 1925) o BURCHARDT (*Methode und System des Rechts*, 1936). La definición de Ciencia tiene así como objeto algo invariable (Ein Unternehmen genannt werden, das auf einem unvergaenglichen Gegenstand gerichtet ist). Igual acontece con

bien, son de carácter axiológico, pertenecen a la estimativa jurídica, al mundo de los valores, que vienen a contribuir a la justificación del Derecho como regulador de conductas sociales. Son elementos justificativos del Derecho y están ahí justificándole en su mandato al juez, a la Administración y al legislador. Se desprenden como simples consecuencias del principio de igualdad y de la tendencia a la generalización, pues eso es, en última instancia, la seguridad jurídica a que ambos principios conducen. La estabilidad y la continuidad de las normas y de la jurisprudencia, incluso en un sistema abierto, de continua creación, no es incompatible con estos dos criterios definitorios y orientadores del sistema jurídico. El Derecho, y en definitiva, su sistema explicador es una complicada estructura, como una realización de los valores jurídicos supremos. De ahí que ambos elementos sean inmanentes al Derecho y no sólo postulados de logicidad de un sistema jurídico.

La norma aparece cargada de valor, en un sentido más aséptico, producto de ideologías y de presiones de grupos, de conformidades, objetivos unas veces por propaganda reiterada y alienante, fruto otras del *metu legis* de que hablaba HOBBS y algunas veces —pocas por desgracia— de un auténtico asenso. En todo caso ha de haber ese mínimo consenso que hace viable una sociedad y la detiene en el umbral de la anomia.

Me importa subrayar todo esto por peyorativo que sea, aun a riesgo de devenir un polígamo metódico —mezcla frecuentemente indigerible de jurista y sociólogo *snob*—, porque en todo caso el sistema jurídico está impregnado no tanto de conceptualismos jurídicos cuanto de valorativos. Cuando se trata de defender la lógica en el campo del Derecho, pues lógica hay solo una, se le suele echar en cara —y mucho más cuando se opera a través de ordenadores— que con ello se deshumaniza al Derecho, se le arrebatada esa quiddidad valorativa que es esencial al Derecho (39).

el intento de von HIPPEL (*Zur Gesetzmaessigkeit juristischer Systembildung*, 1930) o con LARENZ (sistema como *Lebensverhaeltnisse*) o EHRLICH (*Die juristische Logik*, 2.^a ed., 1925, p. 137). En polo opuesto, pero con igual escapismo, la Jurisprudencia de intereses (HECK, STOLL, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der interessenjurisprudenz*, en *Festgabe fuer Heck*, etc., op. cit., p. 96), Cfr. J. EDELMANN, *Die Entwicklung der interessenjurisprudenz*, Belin-Zuerich, Vlg. Gehlen, 1967.

(39) Cfr. LEE LOEVINGER: *Law and Science as rival system*, en «*Jurimetrica Journal*», 8 (1966) 83, Norbert WIEWER, *The Human Use of Human Beings-Cybernetic and Society*, 2.^a ed. reform., Boston, Houghton, Mifflin Co., 1954; B. F. SKINNER, *Beyond Freedom and Dignity*, New York, Bantaon-Vintage, 1971; U. THOMAS, «Les banques de données dans l'Administration publique. Perspectives et implications politiques», Paris, OCDE, *Etudes d'informatique*, 1971.

Todo Derecho en cuanto ciencia irrenunciable requiere un primer axioma general condicionante a toda ciencia: su sistematización; y otro ya peculiar de lo jurídico, lo valorativo, pues jamás ninguna máquina podrá decirnos lo que es justo. Esta es ya tarea humanamente difícil, pero vedada al ordenador.

Lógica jurídica no es especificidad de la lógica, como se ha dicho antes, pero cumplirá el postulado segundo —lo valorativo— allí donde debe contenerlo. Constitución, ley, normas y grupos normativos. Tanto más cuando entre los datos que suministremos —al famoso input del sistema— entren los principios generales del sistema.

Veintitantos años releendo libros antiguos me llevaron a una conclusión: que prescindiendo de los parallogismos retóricos y de los libros de encargo —que de todo hubo en la lucha por el poder a través del Derecho—, el jurista sólo tenía su memoria, su biblioteca y un par de inexorables condicionamientos: el criterio de la alter-natividad, pues tenía necesariamente que elegir, y optar entre una multiplicidad de textos ambiguos y por ello hipotéticamente aplicables. En un libro del siglo xvi (40), entre muchos, he encontrado esta tragedia del jurista: al lamentarse de que al enfrentarse a lo contrario y contradictorio tiene que elegir una solución. Y de otro, la tortura aún peor de la reducción eidético-jurídica de lo contradictorio. Hace cincuenta años se pudo despreciar al Derecho como pseudociencia por el necesario uso del *tertio excluso* (que la física de la luz ha concluido por aceptar), por la discontinuidad (que los quanta han descartado), por la contradicción (que EINSTEIN transformó en matemática) y por la razón suficiencia (que LEIBNIZ consideraba axioma indispensable a toda ciencia). De estos postulados y contradicciones no diré que no queda nada porque no sería cierto, pero sí que han debido humillar la cerviz ante los hechos y las nuevas teorías. Es peor que una paradoja; es una caricatura que sea ahora —especialmente ahora— cuando el Derecho intente echar una esponja que a trompicones siguió manteniendo más de dos milenios. Quizá sea la eterna venganza de la historia que RANKE llamaba jugando a las palabras *Das unrichtige gericht der Richtigkeit*.

(40) De *Copia Verborum et rerum in jure civile*, per D. JOAN OLDENDORPIUM apud Seb. Gryphium, «Lugduni, 1543» (p. 2), «ex tammultis legum interpretibus aliquem, qui suis adfectibus deserviat et patrocinetur, sine adserere voluerit, sirve negare imprudens calumniatur» (p. 66), «quia quae contraria sunt differunt etiam, manet tamen ingens discrimen interdifferentia et contraria...» (p. 170), «quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis». Toda antinomia (antinomia accipitur pro legum pugnancia, p. 179) se resuelve (conciliatio, pp. 197 a 185).

Pues fuera del sistema, la tónica o la retórica nos hacen retroceder al arbitrio (41).

Una lógica aplicada al Derecho que vaya más allá de operaciones materiales —impuestos, cálculos bancarios, seguridad social— está ya de suyo presa en sus propias mallas. Jamás logrará su sistema jurídico completo y fundante, porque le ha fallado la aportación del jurista y cabalmente del profesional en aquellos conjuntos de mayor problematicidad, como el Derecho administrativo. ¿Dónde encontrará cualquier jurista mayor extensión para sus inferencias proposicionales, modales o de clase que en campos como en la Ley del Suelo frente a la Ley de Régimen Local, Ley de Zonas, Ley de Monumentos Histórico-artísticos, por no citar sino algo minúsculo, relativamente hablando del conjunto del Derecho administrativo? ¿Dónde habrá mayor ámbito de inferencias argumentales, los llamados tradicionalmente apotegmas por el Tribunal Supremo, que aquí? Pues bien, de más de seis mil fichas compulsadas apenas hay un par sobre el Derecho administrativo. Ha habido momentos de la historia en que la razón era la última aspiración de la convivencia: la Grecia de Aristóteles, la *ratio scripta*, el Humanismo y la triada de Descartes: KANT-LEIBNIZ. No falló el intento sin los medios. ¿Y hemos de fallar hoy, a fines del siglo xx, cuando tenemos los medios? Será en todo caso un fracaso de la razón. Es preciso constatar —siguiendo el paradigma de ARISTÓTELES y PLATÓN— que el cerebro funciona —no desde un punto de vista físico, sino fisiológico— al modo de una serie de computadoras que le dan su peculiaridad mental de raciocinio (42).

Bien se comprende el desdén del jurista clásico por el ordenador cuando trabaja en conjuntos relativamente hechos, con periodos largos de vigencia, si se los compara con el administrativo. Al civilista o penalista puede interesar la búsqueda facilona de bibliografía o jurisprudencia, pero como más. Dificilmente se encontrarán con sentencias que dan por vigentes leyes derogadas o al revés; o con esas paradojas que a fuerza de ver no extrañan o de criterios jurisprudencia-

(41) Cfr. Hermann EICHLER: *Gesetz und System*, Berlin, ed. Duncker-Humblot, «Schriften zur Rechtstheorie», H. 20, p. 18: *Gesetz als Willkuer*, pero no como algo con canon, pesa y medida previa.

(42) Cfr. *Human Learning and Memory selected Readings*, edited by Norman, J. SMECKE, New York-London-Toronto, Oxford, Univ. Press, 1967. Samuel BOGOSH, *The Biochemistry of Memory with an Inquiry into the functions of the Brain Mucoids*, New York-London-Toronto, Oxford, Univ. Press, 1968. El modelo de la memoria es similar al de un ordenador: *sing-post-mechanism* (p. 214) frente a *spell-out-mechanism* (p. 217).

dénciales contrapuestos. Hace treinta años, y quizá por ello pueda ya citársele, decía un administrativista que temía como al demonio la jurisprudencia inmediatamente posterior a uno de esos frecuentísimos cambios de ley administrativa; y decía con gracejo que una doctrina legal consagrada costaba dos docenas de fallos erróneos. Pensemos hoy en el cómputo de plazos, en el recurso de reposición y prosigamos con ese mismo santo terror.

Un sistema con unidad y coherencia internas no tiene nada que temer y sí mucho que esperar de la informática. A lo humano no se le arrebatara lo suyo, lo valorativo, pues todo *Thesaurus* o indexación será fruto humano, producto de un juicio de valor. A lo que el auténtico jurista ha de temer es al argumento tópico, reversible como un cañón que apunta adelante o atrás, que puede transformar un argumento de analogía o el argumento a contrario, que es cabalmente su contradictorio; apurando la extremosidad, ha de temer a la postura que no da a la jurisprudencia otro valor que el de la justicia ante unos hechos concretos, *atopizando* así el progreso del Derecho. Creer que el Derecho es sólo tópica y sólo retórica es la vuelta a los sofismas, a *Jrisipo* y llevarle la peor parte de ARISTÓTELES. Todos sabemos que el caso condiciona al Derecho a aplicar, pero éste existe antes del caso. Cualquier experiencia adversa es sentida como injusta o arbitraria por algo, porque el Derecho y la justicia están ahí antes que el caso. Pues todo abogado y todo juez sabe de sobra que unos cuantos *obiter dicta* preparan una *ratio decidendi*, pues el juez tiene también que buscar su consenso y lo encuentra muy frecuentemente así. Para mí tópica y retórica son instrumentales, jamás sustitutivos del Derecho.

Ninguna lógica ha pretendido suplantar el papel multifacético del jurista. Por de pronto, el enjuiciamiento de todo el sistema como estructura tendrá su canon de Derecho natural, que ninguna máquina proporcionará. Por lo demás, la lógica rechaza lo contradictorio, y eso es algo que sólo puede jurídicamente postularse de los conjuntos cerrados, como el penal o el fiscal; para el resto, el jurista deberá suministrar su propia *reductio ad unum*, a través de todos los artificios de lógica semántica, de clases, etc. (43). De otro

(43) JOHN HARTELY: *The limits of Logic Syntactic Ambiguity in art. 1. USA Constitution*. Pero esta reducción es también lógica sólo que diferente (lógica de clases), de ahí que lo aparentemente ilógico sea sólo una *illogical information*. Cfr., por ejemplo, DEJEW, CALPERNIN, IWANOV, *Die Kibernetik und die Erfahrung bei der Lösung eigerer rechtlicher Aufgaben*, en «Staat und Recht», 14 (1985) 289. Lo que sucede es que la lógica semiótica debe preceder al dato jurídico y ahí entra de nuevo

modo, el ordenador funcionaría como un agregado de automóvil, avión, árbol y piedra, y no precisamente todo cargado en el automóvil, sino fuera de él, pero debiendo funcionar con él y sin camino. JULIANO era mucho más moderno cuando decía: *invenias enim duas contradictorias leges veras, et nihilominus non licet concedere*.

II. LOS LIMITES DEL SABER JURIDICO: LA IMPOSIBLE REPETICION DE LA «NARRACION HISTORICA»: CAUSALIDAD Y SABER REGRESIVO

1. Causalidad, verificabilidad del caso y ciencia del Derecho

Característico de la ciencia del Derecho en cuanto a tal ciencia es la peculiaridad de sus elementos, principios y postulados que informan su propia esencia (44). Esta esencia del Derecho es bien diferente al

el jurista, pues la semiótica jurídica le es peculiar. Cfr. J. R. CADES, *Jurimetrics and General Semantics*, en «MULL», 3 (1964) 8, donde confunde ambas semánticas. De ahí que fallase el «MULL» por falta de precisión en las premisas previas. Sólo el jurista podrá hacer la indexación o un modelo en el que participe. De ahí el fallo que denuncia C. K. COBB, *Indexing actual heel of legal research*, «SMULL».

Una indexación automática sirve para la física (Eurato sistema SYNTOL y SYNTON) pero no para el Derecho, salvo una difícilísima inclusión como *bucle multipolar* de la sintáctica jurídica, como una complicadísima *subroutine*, quizá algún día alcanzable (Cfr. Sally ALANEN, *A Library subroutines for Bibliographic Data Processing*. «IFIF-66» (International Federation for Information Processing) Amsterdam, ed. North-Holland, 1969, II, p. 1285).

(44) Tampoco en su extremo encuentra la causalidad explicación en las ciencias humanas. En un fenómeno aislado tiene su sentido el preguntar por qué, pero lo va perdiendo al ascender de nivel en el sistema científico, dando paso al cómo. A veces ni siquiera el cómo. Así se ha podido decir: *The physics of the XXth century has dematerialized matter* (p. 67, *The Mystery of Matter*, de la American Foundation for Continuing Education, New York, Oxford, Univ. Press, 1965). En 1942 decía James JEANS (*Physics and Philosophy*, Cambridge, Univ. Press): «Thus the material world... constitutes the whole-world of appearance, but not the whole world of reality; we way think of it as forming only a cross-section of the world of reality». Sobre la causalidad física escribió en 1983 («Bulletin of the Atomic Scientist», rept., 1983, *Educ. Foundation for Nuclear Science*: «There are eminent scientist who are dissatisfied with dual picture, which implies renunciation of strict causal interpretation of the behavior of elementary particles, replacing it by statistical laws of probability determined by the propagation of the correlated waves. But the majority believe that this is not a temporary weakness of theory, but represents the ultimate realization of the capacity to understand the material world possible for man as a sensing organism»). De todos modos la causalidad ha dominado durante dos mil cuatrocientos años la construcción de las ciencias naturales. De ahí el reproche de E. BREHIER (*Chrysippe*, p. 175). La doctrina estoica del conocimiento del mundo tuvo un doble resultado: impedir por un largo período el nacimiento de la concepción científica de la naturaleza y enunciar el principio de la unidad de las leyes naturales, que ha permanecido como base del conocimiento científico.

Paradójicamente, la filosofía, la sociología (GEIGER y su escuela) y la psiquiatría-psicología vendrán a sostener hoy la inexistencia de una *actio libera*, pues toda acción humana sería compelida por un juego de concausas complejas. Cfr. Gordon HAWKINGS, *Freewill Responsibility and Punishment*, en «ARSP» (1963) y antes en

campo de las ciencias naturales, de la matemática y del mundo de las ideas inmanentes. Y esto no sólo es comprobable en el Derecho cambiante y mutable en cada momento y en cada país, sin pérdida de su carácter sistemático y científico, sino en cuanto ciertos principios científicos le son peculiares y extraños a las demás ciencias. Hay muchas notas peculiares de la ciencia del Derecho insertas como tales principios científicos en sistemas diferentes. De ellos son particularmente destacables la especial consideración de la causalidad jurídica y de la verificabilidad o inverificabilidad de la experiencia.

1.1 LA CAUSALIDAD JURÍDICA (45)

Supongamos un accidente ocurrido en una carretera a propósito de un socavón en la misma, producido por la lluvia. Según los momentos del perjuicio jurídico y según los lugares y los sistemas jurí-

Australian Society of Legal Philosophy, mayo 1962; C. SHUTE, *The Dilemma of Determinism after Seventy-Five Years Mind* (1961), p. 331; D. C. MADISON, *Modern Psychiatric Theories on Criminal Responsibility*, Univ. of Sidney (1960), p. 80, contraída a colación desde SPINOZA (S. HAMPSHIRE) hasta Freud; Lord LONGFORD, *Sin: Guilt and Morality*, «The Twentieth Century» 81 (1962), p. 170; A. FLEW, *The Justification of Punishment*, en «Philosophy», 29 (1954), p. 293, o HEGEL (con su derecho a la pena del infractor); S. I. BENN, *An approach to the Problem of Punishment*, «Philosophy», 33 (1958), p. 332.

(45) Sobre causalidad jurídica, cfr. Karl LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des Kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalitaet*, Leipzig, 1929, nesdruck en Scientia VI p. Aalen, 1970; BRUDMANN, *Die Haftung fuer Faehrlaessigkeit*, en el «Archiv fuer die civilistische Praxis», t. 99; FROMHERZ, *Ein Beitrag zur Lehre von der adaequaten Verursachung vom Standpunkt der deutschen Rechtsprechung*, en «Ar. f. d.c. Prax.», f. 110; LIEPMANN, *Zur Lehre von der adaequaten Verursachung*, en el «Goldtdammers Archiv fuer Strafrecht», tomo 52; SCHOLZ-FORNI, *Ueber die Verantwortlichkeit des Urhebers eine polizeiwidrigen Zustandes*, en «Verwaltungs-Archiv», t. 30; SHULZENSTEIN, *Polizeiwidriges Handeln und Vertretung*, en «Varchiv», t. 14; SJOEGREN, *Zur Lehre von den Formen des Urhebers und den Tatbestaenden der Schadenstiftung*, en los «Jherings Jahrbuechern», t. 35; WOLTER, *Zur Methodologie des sogenannten Kausalproblems*, en «Archiv fuer Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», t., 19, H.4; ZITELMANN, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, en «Afd.civ.Prax.», t. 99; Juergen BAUMANN, *Implizierte Rechtswidrigkeit bei Tatbestandsfassungen*, en «Juristenzeitung», año 60, H.8; W. BOENNECKE, *Schliesst das verkehrsrchtige Verhalten die Rechtswidrigkeit aus*, en «Neue Juristische Wochenschrift», año 60, p. 1188; R. HONING, *Kausalitaet und objektive Zurechnung*, en el «Festgabe fuer Reinherd von Frank», Tuebingen, 1930, I, p. 174; Lars BERGSTROMEU, *The Alternatives and consequences of Actions. An Essay on certain fundamental notions in teleological ethics*, en «Acta Universitatis Stockholmiensis», Stockholm, Studies in Philosophy, 4, Stockholm-Goeteburg-Upsala, 1966; J. L. MACKIE, *Cause and Condition*, en el «American Philosophical Quarterly», 1965, p. 225; Marc VANQUICKENBORNE, *An Analysis of causality in everyday language*, en «Logique et Analyse», Louvain-Paris, C. N. Belge de Recherches de Logique 48 (1969), p. 310 y ss.; Hans KELSEN, *Kausalitaet und Zurechnung*, en «ARSP» (1960), página 321; Heirich LEHMANN, *Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Beruecksichtigung des schweizerischen Rechts*, en el Festschrift fuer Justus W. Hedemann», Berlin, 1958, p. 177; Fritz LITTEN, *Beitraege zur Lehre von der Schadenzurechnung nach roemischem und buergerlichem Recht*, en «Jher.Jh.», t. 49,

dicos, el resultado será diferente. Pero en el supuesto de que se derive alguna consecuencia jurídica del hecho del accidente producido a consecuencia del socavón por la lluvia, se establece un nexo de causalidad, es decir, una relación de causa a efecto que puede ser en diferentes épocas indiferente al Derecho y en otras relevante jurídicamente, esto es, con consecuencias jurídicas. Todo el problema de la imputabilidad, de la causalidad sobre todo por omisión pone de relieve lo singular del Derecho como ciencia. En nuestro actual ordenamiento en que la responsabilidad por funcionamiento normal o anormal del servicio público está reconocido, el problema se plantea en quién es el causante, por omisión, de los daños sufridos. En el campo de las ciencias naturales el socavón en la carretera está producido por la lluvia. Pero en cuanto interviene el Derecho, la causa física inmediata desaparece para dar lugar a la comisión jurídica por omisión. El encargado de prestar la custodia debida a la carretera, sea el peón caminero o el ingeniero de caminos, a cuya vigilancia incumbe el deber de eliminar toda posible causa de accidente, cambia la relación de causalidad, según las ciencias naturales a la idea de causalidad jurídica, esto es, de imputación jurídica. No se trata de saber quién causó el accidente, pues en este hipotético caso (no tan hipotético, pues se trata de un supuesto real) el problema de la causa física se elimina para dar lugar a la causa jurídica, esto es, a quién es imputable, quién debe responder o, dicho en otros términos más claros, aunque más confusivos, ¿quién es, desde la perspectiva lógico-jurídica, el causante del daño producido, esto es, del accidente? La cadena de la causalidad real serán las normales, las características del terreno, su carácter disgregable o arenoso los que producirán la cadena de causalidad real, pero ante el Derecho esta cadena de causalidades físicas pasa a un segundo lugar o, más bien, desaparece para dar lugar a una causalidad jurídica. Dicho en otra forma, la pregunta

página 419; Edmund MEZGER, *Die Handlung im Strafrecht*, en el «Festschrift fuer Theodor Rittler», Aalen, 1957, p. 119; Johannes NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, en el «Festgabe fuer Reinhard von Franck, Tuebingen», 1930, I, p. 339; Werner NIESE, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, en «JZ», año 58, página 455; Dietrich OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, en «Berliner Juristische Abhandlungen», t. I, Berlin, 1959; W. SAVER, *Kausalitaet und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, en el «Festgabe fuer R.r. Frank», Tuebingen, 1930, I, p. 202; K. DEUTSCH, *Fahrlaessigkeit und erforderliche Sorgfalt*, Koeln-Berlin. Bonn-Muenchen, 1963; H. HUBER, *Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklaerung*, en el WIPPERDEY — Festschr. I (1965), Muenchen-Berlin, p. 373; Gerhard LEDIG, *Zwei rechtstheoretische Fragen*, en «RIFD» 6 (1966), 258; H. P. VISSER 'T hofdt, «Causalité et sens commun Esquisse d'une analyse Conceptuelle», *Etudes de Logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 93 y ss.

no es ¿qué o quién causó el accidente?, sino ¿quién debe responder del accidente causado? Imputación, causalidad se confunden aquí produciendo la perplejidad de muchos lógicos que no tienen en cuenta el carácter singular de la ciencia del Derecho que pretenden asimilar forzando al máximo los riesgos de inferencia, la idea de la causalidad física. Si en lugar de causalidad se hablase de imputabilidad jurídica, al menos se habría esclarecido la confusión terminológica inicial, pues, en efecto, la imputación por omisión ha sido objeto de un tratamiento jurídico cercano al paralogsimo. Los puntos de vista de la imputabilidad por omisión, desarrollados sobre todo en el Derecho penal, pero aplicables en general al Derecho de la imputabilidad por omisión, han tenido explicaciones tan curiosas como las siguientes: en primer lugar, la conducta que realiza lo jurídicamente imputable en el mismo momento en que se produce el accidente es la causa del daño: es decir, si estaba dormido en su casa o en una fiesta o viendo un espectáculo, esta conducta no es relevante en Derecho, sino que es la causa del accidente. En otros términos, una conducta irrelevante se transforma en relevante a través de la imputación jurídica. Tal punto de vista es sólo comprensible, pero no admisible por el prurito de obtener de una omisión una causa estableciendo como tal causa una conducta positiva, aunque tal conducta positiva sea por paradoja el estar fumando, por ejemplo, cuando se produce el socavón. A igual preocupación responde otra de las soluciones brindadas. Desde el peón caminero hasta el ingeniero en el momento de aceptar su oficio o su cargo están aceptando un deber de prestar y entonces la causa del accidente es el haber aceptado su oficio o su cargo, y, a fin de cuentas, igual que en el caso anterior, es la excesiva preocupación de obtener de un acto o de una conducta positivos una consecuencia, pero no una consecuencia del mero cruzarse de brazos, de la simple omisión (46). Igual esquema mental sigue la explicación de que la responsabilidad por omisión o la llamada comisión por omisión en el Derecho penal, y en la responsabilidad administrativa, ha de imputarse a quien sufrió un proceso volitivo que apagó o extinguió el impulso de cumplir con su deber. Y en que ha habido perennemente una ansiosa búsqueda de equiparación de la causalidad natural a la jurídica. En la ciencia natural un hecho produce otro hecho, pero no

(46) Este es el punto que se suscita en toda responsabilidad objetiva o por culpa, que queda eliminado cuando el deber de *prestar custodia* aparece claramente infringido. Así cuando en una autopista se efectúan obras a menos de 100 m. de un pozo, en contravención al artículo 23, 424 de la Ley de Aguas (Dict. C. de Estado, núm. 39.087, de junio de 1974).

con una omisión de deber, pues el simple enunciado de tal omisión del deber escapa al mundo de la física y entra en el mundo de la moral o de lo jurídico, y es que en todo caso hay siempre la pretensión de flexibilizar, aunque sea arbitrariamente el concepto de causa en tal forma que de un acto derive otro acto en relación de causalidad. Este es un tema que ha preocupado extremadamente a los juristas prácticamente hasta HEGEL, quien aclaró la causalidad jurídica como imputabilidad. Así se ve en las tendencias anteriores ya explicadas o en aquellas tan amadas por los glosadores de la ficción. En definitiva, tal ficción no implica sino la idea a un medio auxiliar extrajurídico. Y no sólo los glosadores se aplican la ficción; el propio von LISTZ se refugiaba en la determinación de la Ley describiendo a ésta como descriptiva y valorativa de la vida real y acaparadora del acto con omisión. La teoría penal de la comisión por omisión llega a ser calificada por BELING como un espectro exsanguinado (*blutleeres Gespenst*), como un concepto vacío objetiva y subjetivamente de contenido (*Ein objektiv wie subjektiv inhaltloser Begriff*). Para MEZGER, toda la doctrina sobre el tema es sólo prácticas sobre un fantasma (*Uebungen am Phantom*). Si los puntos de vista del acercamiento de la ciencia del Derecho a la causalidad física son descabellados y desconocedores de la entraña del Derecho, la ficción es el atajo que resuelve para unos y otros todo intento de solución explicativa. Se corta el nudo gordiano renunciando a la solución explicativa: basta con remontarse a la ley, si la ley así lo dice, de ahí la consecuencia jurídica.

Desde KANT se habla, en lugar de causalidad, de *imputatio*, esto es, de atribución o imputación de actos u omisiones que determinan responsabilidad, pero fue HEGEL quien completó la mera insinuación kantiana. El titular de un deber que él incumple incurre por ello en omisión de su deber. De ahí que una atención posible y esperada, y aún más, debida, según el Derecho, tenga consecuencias jurídicas. Hay ahí una infracción del deber jurídico que coloca acción y omisión en igual nivel, respecto de un resultado dañoso. Es indiferente, a estos efectos de imputación jurídica, el incumplimiento de un deber que existe, un imperativo de hacer o una prohibición de no hacer. La prohibición de robar es jurídicamente igual que el deber de evitar el daño. HEGEL invoca aquí la *actio noxalis* del Derecho romano. Curiosamente, sin ser un romanista profesional, viene a coincidir de un modo intuitivo con la más depurada construc-

ción y reconstrucción del Derecho romano (47). La causalidad jurídica depende de la intensidad del deber de prestar, en paralelo con la exoneración, que el *casus* o la *vis maior* produce en función de la intensidad del *praestare debere*. Esto sólo está en la esfera de influencia de mi acción, pertenece al área del peligro del cual puedo responder. Toda la explicación penal de la *actio libera in causa*, toda la distinción entre necesidad *casus* de la libertad, hechos formales, reales o absolutos (un rayo, una necesidad exterior, o una compulsión externa con la amenaza de una pistola o una necesidad absoluta como en la imposibilidad física en un momento dado) encuentran aquí su adecuada explicación. La teoría de la causalidad adecuada según los grados de probabilidad de que en la omisión conlleve daño ajeno encuentra en la teoría de la imputación su mejor explicación. Sin embargo, el caso citado por von Dohna sigue sin encontrar su solución dogmática: el que rompe una ventana de una pedrada y salva al morador de asfixia por gas es condenado por daños. La culpa está aún predominando sobre el resultado.

Explicación, como se ve, totalmente diferente a la sistemática jurídica y a las ciencias naturales, pues bueno es el intento de asimilar unas y otras. El Derecho está constituido por y para la sociedad. Cualquier asimilación de causalidad, esto es, de asimilación de causa-efecto entre una y otra esfera está de antemano condenada a la conclusión absurda, paradójica o ficticia.

La causalidad jurídica es, pues, algo diferente de la causalidad física y no es peculiar, ni mucho menos, del Derecho penal, aunque sea en este conjunto del Derecho penal donde haya encontrado sus mayores y más inmediatas facultades. Responde, por el contrario, a un concepto superior de afirmación de antijuridicidad (*Oberbegriff der Rechtswidrigkeitsurteil* - Horn), y aún más, prescindiendo, como se hace hoy en Derecho civil y administrativo, de la idea de culpabilidad, es el interés de la comunidad lo prevalente. La teoría de la

(47) Cfr. el ya clásico H. von HOLLANDER: *Vis maior als Schranke der Haftung nach roemischem Recht*, Jena, Vlg. v. Justav Fischer, 1892. Las aparentes contradicciones entre I § 2, J. II, 14 (15) (is qui utendum accipit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur), el II, 1, § 1, D. IV, 9 (in deposito dolus duntaxat praestatur); III, 1, 13 § 1, D. XIII, 7 (venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit); IV, 1, 19, c. VIII, 13 (14) (Sicut vis majorem pignorem creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur). Con todo, la doctrina moderna comienza en KANT. Cfr. Gerd BUCHDAHL, *Causality, causal laws and scientific theory in the Philosophy of KANT*, en «The British Journal for the Philosophy of Science» (1965), 169; la expresión de «contra lo esperado» es de Aristóteles (μηπαραλογως).

imputación se liga, en términos generales, a la teoría de la infracción jurídica como consecuencia de la correlación entre derecho y deber. Esta causalidad no tiene como única facultad la causalidad por la omisión, sino también las conductas *contra bonos mores* el concepto de acción y la adecuación a los supuestos de hecho de la norma y del sustrato de la imputación. Tal imputación puede implicar o una imputación genérica, en cuyo caso es irrelevante en Derecho, o una imputación concreta, en cuanto una persona o un grupo concreto de personas tengan *dominio posible* (*Moment der Beherrschbarkeit*, o *Tatherrschaft* - KRUECKMANN) y jurídicamente exigible de una situación *ex ante* previsible como peligrosa productora de daños (*Konkrete Gefaehrdung*) (48). Hay respecto de la imputación jurídica cuatro fases sucesivas: primera, imputación de un acaecimiento a una persona; segunda, la constitución de una adecuación al supuesto de hecho (con matices diferentes en el Derecho penal, en el Derecho administrativo, en el civil y en el privado); tercera, una constatación de la infracción; y, por último, una comprobación de la culpa o del sentido del resarcimiento. El problema radica siempre en la delimitación entre la primera y segunda fases o entre la segunda y la tercera. Entre la segunda y tercera fases de la solución del Derecho penal, administrativo y privado tiene sus importantes matizaciones en lo que hace a la llamada *causalidad adecuada* (relación directa eficiente, inmediata sin intervención de elemento extraño que rompa el nexo causal); dicho en otros términos, «que el daño sea consecuencia obligada de la ausencia de previsión del agente, consecuencia fatal, obligada e ineludible» (Sentencia de 6 de febrero de 1952, Ar. 104; Sentencia de 21 de enero de 1966, Ar. 262). Por último, la delimitación y trasposición entre la tercera y cuarta fases. El tránsito, en efecto, se verifica desde lo abstracto al caso, para dar sentido a la norma (*Sinnerfuellung* - HORN) y a su vez el caso comprende lo subjetivo y lo objetivo, lo que ARISTÓTELES llamara el *substrato* (υποκειμενον) y el Derecho intermedio tradujo como *subjectum*. Es el interés de la comunidad (49) lo que dará sentido a la respuesta.

(48) Cfr. Hans-Rudolf HORN: *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlín, Duncker-Humblot, 1962, pp. 102 y ss.

(49) Es curioso comprobar la exactitud de la afirmación de ESSER: sistemas jurídicos diferentes llegan a las mismas conclusiones por vías pseudológicas —pero coherentes dentro de cada sistema— ante idénticos problemas. Así para Europa continental y en lo que atañe a la llamada responsabilidad objetiva vale la afirmación de HORN (*op. cit.*, p. 76): «Das Substrat der Zurechnung, die zu einem Rechtswidrigkeits urteil fuehrt, its ein Ereignis, das auf einem Menschen im sozialen Zusammenhang zurueckzufuehren ist, mindenstens einem Menschen als Glied der Ge-

Que la imputación no pertenece al terreno exclusivo del Derecho penal, aunque se haya de reconocer que en ese conjunto normativo es donde más claramente aparecen las aporías problemáticas, se observa en la imputación del enriquecimiento indebido en el Derecho civil y en el campo de las consecuencias jurídicas: puramente restitutorias o represivas, restitutorias en el sentido aristotélico la *antipoiein* o *restitutio ad statu quo ante*.

La valoración entre el acaecimiento y la imputación comprende dos tipos de grupos o clases: aquellos eventos con infracción jurídica, pero con procedimiento adecuado (enriquecimiento indebido, adjudicación indebida o injustificada, o responsabilidad contractual; con las reservas de la acepción o reparto de riesgos negativos y prestaciones debidas, etc.), y un segundo grupo que comprende la hipótesis contraria en que los acontecimientos son en su producción antijurídicos y la situación final es, sin embargo, jurídicamente justificada. Respecto a la responsabilidad objetiva, puede plantearse incluso el tema de la antijuridicidad, pues si deriva del funcionamiento normal del servicio no hay antijuridicidad, sino lastre inerte de concepciones inservibles.

Otra conclusión de que una persona es imputable por un evento implica tanto como la adjetivación de su conducta como antijurídica. La imputación no depende sólo del sustrato objetivo —la solución del evento, su causalidad jurídica a una conducta determinada por acción u omisión, la consideración del imputable y su conducta como antijurídica—, sino también de la elección de la perspectiva jurídica. Es

meinschaft oder ein Rechtsgut der Gemeinschaft selbst betreffen hat.» Más exactamente ESSER prescinde de culpa, acto, causa, antijuridicidad y habla de «Zurechnungsgang sachgerecht aufzugliedern». En una plástica antítesis BELING habla del más acá de lo bueno y lo malo. En el Derecho norteamericano, la llamada *Strict liability* avanza en lo privado frente al *breach of warrant* o a la doctrina de la *negligence*. Cfr. Guido CALABRESI - Jon T. HIRSCHOFF, *Towards a Test for Strict Liability in Torts*, en «The Yale Law Journal», 81 (1972), p. 1055; JAMES, *The Future of Negligence in Accident Law*, en «Virginia Law Review», 53 (1967), p. 911; KALVEN, *Torts: The Quest for Appropriate Standards*, en «California Law Review», 53 (1965), página 189; PROSSER, *The Fall of the Citadel - Strict Liability to the Consumer*, «Minnesota Law Review», 50 (1966), p. 791; POSNER, *A Theory of Negligence*, en «J. Legal Studies», 29 (1972): Toda la teoría del *compare-cost* para el particular usuario o consumidor frente al coste de previsión del fabricante-vendedor es la que pone en juego la tensión indemnización - negligencia (*cost - benefits analysis*). Cfr. BOHLEN, *Voluntary Assumption of Risk*, en «Yale L. J.», 141 (1952) y del mismo, *Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation*, 78 «Yale L. J.» (1968), p. 185; FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort theory*, en «Harvard L. Rev.», 85 (1972), p. 537, 547; MORRIS, *Hazardous Enterprises and Risk Bearing Capacity*, «Yale L. J.» (1952), página 1172.

desde esta perspectiva desde la que se ha desarrollado la doctrina de la conexión de la antijuridicidad.

La antijuridicidad implica, a su vez, una infracción a la que se conecta una doble función preventiva y sancionatoria-restitutoria.

Como se ve, toda la doctrina de la causalidad en la ciencia del Derecho tiene poco o nada que ver con la causalidad en las ciencias naturales y es un simple corolario del principio general superior de la distribución de cargas, consecuencia, a su vez, del principio paralelo de la igualdad ante la Ley. Supone un juicio de valor como los elementos de orden y coherencia interna del sistema y no es solamente una idea lógica ni mucho menos asimilable a la idea corriente de la causalidad o de la relación causa-efecto.

Estas consideraciones sobre la causalidad en lo jurídico no es un *excursus* en el hilo del pensamiento. Este hilo engarza las piezas dándoles sentido. Una aclaración sobre el alcance de la causalidad es imprescindible si se quiere llegar a un conocimiento sistemático, que no sea meramente lógico, sino valorativo del Derecho. La inducción lógica no es suficiente para ello: los intentos fallidos de MANICK (50) y PLACHY (51), por ejemplo, son bastante prueba por el momento. La crítica noética es sólo análisis crítico del conocimiento, como determinante del criterio de validez objetiva absoluta y exacta del conocimiento mismo. Esta era la perspectiva de NELSON (52): «El deseado presupuesto criterio del conocimiento objetivo en general puede ser o un resultado (lo reconocido) o un objeto (lo reconocible) del conocimiento. Si es un resultado, exige a su vez un criterio de validez objetiva. Si es un objeto del conocimiento precisa ser conocido y es necesario así otro criterio, validez objetiva de su conocimiento». Según NELSON, no construye el *sentido de lo jurídico*, sino la capacidad de construcción (*Einbildungskraft*). Lo que la causalidad supone para la

(50) A. MANICK: *Das rechtswirksame Verhalten*.

(51) PLACHY: *Il Problema della conoscenza sistemática in materia di Diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 32 (1942), fasc. II, p. 97 y ss.

(52) NELSON: *Ueber das sogenannte Erkenntnisproblem*, Goettingen, 1908; E. F. APELT (Ueber Begriff und Aufgabe der waturphilosophie», en *Abhandlungen der Friesischen Schule*, 1930, p. 104: «Die Frueheren haben... vollstaendige wissenschaftliche Entwicklung fliessen. Die menschliche Erkenntnis gleicht nicht einer ebenen Flaechen, die man von irgend einem hohen Standpunkte herab vollstaendig und einem Blicke uebersehen koennte; sondern sie gleicht vielmehr einem Huegellande, von dem man sieht nur nach und nach ein vollstaendiges Bild aus teilweise Ausichten zusammensetzen muss».

Física lo implica la formación por grados del ordenamiento jurídico al estilo romano (53), como explicaba GAYO (*Gai.* 3.180). No es raro que haya sido un conocedor del Derecho administrativo, MERKL, aunque discípulo de la Teoría Pura del Derecho, quien haya mostrado esta formación gradual del Derecho, aunque desgraciadamente prescindiera de dos ideas fundamentales: los principios ordenadores de la estructura y el ir y venir incesante del caso a la norma, como único modo de interpretación y creación del sistema.

1.2 LA VERIFICABILIDAD

Otra radical diferencia del sistema jurídico de la Ciencia del Derecho estriba en la imposibilidad de repetir la experiencia jurídica. Cada caso es irrepetible, cada decisión es única. A este efecto conviene, sin embargo, destacar dos aspectos peculiares: el Derecho no es repetible en el caso —el hecho ya acaecido no es repetible porque ya es un relato histórico—, pero sí es comprobable y, por otra parte, sí hay una cierta posibilidad, aún de momento remota, de verificabilidad por método de retroacción.

1.2.1 *La comprobación de la decisión*

El Derecho no es experimental, pero sí es comprobable la justicia en el caso concreto. De un lado, en lo que afecta a los hechos, hay una cierta posible verificación a través de los indicios y las series de probabilidad estocásticas. En el fondo, cuando un juez decide a través de pruebas indirectas está verificando un proceso lógico estocástico, esto es, está consciente o inconscientemente estableciendo una relación entre la probabilidad de que el signo represente la verdad en la totalidad de los casos conocidos o significativos que un fuerte porcentaje respecto de esta totalidad y viceversa. *Ueberbruefbar*, esto es, susceptible de prueba *a posteriori*, con prueba posterior al evento, y de este modo alcanza una cierta verificación (*Bestaetigbarkeit*); en el sentido de que una decisión puede generar la aceptación o no aceptación de la misma en el caso concreto, no sólo a través de la crítica doctrinal, análisis de casos, comentarios jurisprudenciales, sino también por la posible revisión de la Sentencia, decisiones posteriores en el mismo sentido o, por el contrario, dejarla aislada como un cuerpo extraño, etc.

(53) J. VÍZNY: *Casopis pro právm a státní vedu*, 18, pp. 335 y ss.

1.2.2 Los llamados modelos de regresión en el procedimiento administrativo

La utilización de métodos estadísticos no es exclusiva del caso concreto, sino también hace posible los llamados modelos de regresión (*regression models*) en el manejo de las administraciones públicas y, en concreto, en la regulación de los servicios públicos (54). Las técnicas estadísticas avanzadas intentan analizar el complejo fenómeno a través del análisis de regresión que constituye una técnica para estimar la relación matemática entre factores sobre la base de datos numéricos. El uso de la regresión se ha establecido firmemente como un método estándar para el análisis econométrico a través de modelos matemáticos, tanto para la adopción de decisiones públicas como para la marcha de los servicios públicos. Estos métodos de regresión fueron introducidos en Estados Unidos ante los organismos controladores de pruebas, de energía, de transporte aéreo y de comunicaciones y correo federales. Supone estimaciones del efecto económico de pruebas en los factores que determinan la regulación de ciertos servicios públicos en la hipótesis de que el resto de los factores continúe igual; es decir, bajo el supuesto *ceteris paribus* y para la adopción de la política de coste de precios. Los métodos, cada vez más avanzados de módulos econométricos, suponen ya un instrumento afinado de estimada precisión, eliminan gran parte del subjetivismo en las decisiones, implican en cierto modo

(54) Cfr. Michael O. FINKELSTEIN: *Regression Models in administrative Proceedings aplicados en USA, a la Commodity Exchange Authority, Federal Power Commission, Securities and Exchange Commission, Civil Aeronautics Board, Federal Communications Commission, Postal Rate Commission, etc.* Los modelos econométricos pueden también en otro nivel —no de regresión lineal, sino matricial— servir políticas de obras públicas, inversiones en general, educación y hasta formar modelos de planificación general. La primera dificultad radica, no obstante, en la exactitud poco fiable de los datos que forman el *input*. Si estos son fiables habrá que ir corrigiendo incesantemente el modelo, no tanto para ajustarlo al estándar previsto, cuanto para acercarlo progresivamente a la realidad. La retroacción o *feed-back* opera de ese modo como acople a las conductas reales. Implica un exacto paralelo con que debe suponer la interpretación integrativa de las normas, en incesante interacción, decisión concreta, regla abstracta. De haberse tenido eso en cuenta se habrían evitado muchas decepciones en los lenguajes de cálculo normativo. Cfr. *in genere* —aunque muy flojo— «Revista de la Universidad Complutense», *Teoría General de Sistemas*, marzo 1974. Desde 1973 funciona ya el Instituto Internacional de Sistemas aplicados dirigido por el profesor RAIFFA. Cfr. R. L. ANDERSON, *The Problem of autocorrelation in regression analysis*, en «Journal of American Statistical Association», núm. 49, p. 113, con bibliografía; M. S. BARTLETT, *An Introduction to Stochastic Processes with special reference to methods and applications*, Cambridge, Univ. Press; 1936, L. TAKÁCZ, *Stochastic Processes, problems and solutions*, London-New York, J. Wiley, 1966.

una verificabilidad *ex ante* de la conducta de la Administración cuya exactitud será luego comprobable a través de los hechos reales. Ello supone la inversión del proceso de prueba y de verificación. Tradicionalmente, la prueba constituye la fase histórica de reconstrucción de un pasado desconocido, sólo aprehensible a través de indicios o pruebas, pero nunca en su exacta complitud sino, por el contrario, la existencia de módulos de actuación, incluyendo también los factores claros del propio proceso de decisión, pero que afectan a la misma de modo directo. Los hechos serán aquí quienes confirmarán la previsión verificada por regresión o mostrarán la desviación del módulo de verificación (55).

2. Delimitación del concepto de sistema en la ciencia del Derecho

Examinada la función del sistema, sus elementos integrantes y las dos particularidades más destacadas de la Ciencia del Derecho respecto al resto de las ciencias, es conveniente perfilar el propio concepto de sistema jurídico.

2.1 LA UNIDAD Y COHERENCIA SON ELEMENTOS INTERNOS DEL ORDENAMIENTO

Unidad y coherencia son elementos internos de naturaleza axiológica. Se excluye con ello cualquier intento de construcción de un sistema jurídico que fundamente el sistema desde fuera. Así sucede, por ejemplo, en la jurisprudencia de intereses que descansa en la idea de orden contenido en la Ley, dominada por el prurito de una exposición clara y de una ordenación de su sistema expositivo. Si la unidad y la coherencia se predicán desde dentro del sistema, la misma idea de seguridad jurídica y de previsibilidad del resultado

(55) Toda norma contiene un juicio de valor, pues incluso los llamados elementos fisionados o desgajados, los elementos interpuestos y las definiciones completan el grupo normativo. Si la decisión se ajusta o no a tal juicio de valor es algo verificable *a posteriori*. Cfr. J. NOWACKI, *O rodzajach ocen ze wzgledu na norme*, en *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Kódzkiego*, «The Kódz University Review», 14 (1959); HOROWITZ, «La Logique et le Droit», en los *Etudes de Logique juridique*, ed. Ch. Perelmann, Bruxelles, 1967, v. II, p. 43 y ss. La Econometría nace con esa pretensión futurista, aplicable al Derecho (Cfr. Nicholas RESCHER, *The Logic of Command*, London, Routledge-Kegan Paul, 1966, y Herbert A. SIMON, *The Logic of Rational Decision*, definido por él mismo como a *retroductive process*, en «The British Journal for the Philosophie of Science», 16 (1965), 169. Teoría de los juegos, de los grados, matices funcionales han servido y sirven aún a esta nueva rama de la ciencia, a la que espera un espléndido porvenir, y que es un paradigma de lo interdisciplinario.

jurídico desaparecería. Igual acontece en los sistemas de concepto jurídico puro (STAMMLER, KELSEN, NAWIASKY (56)). Una ciencia jurídica pura crea categorías formales que por ello mismo son aptas para cualquier sistema jurídico. Frente a ello, la unidad y la coherencia interna son elementos valorativos de orden material y no formal (57). Toda la construcción de la teoría pura del Derecho es actual, la construcción, desde luego, ha contribuido en gran parte a la concepción moderna del estudio del Derecho, pero es insuficiente como tal sistema puro, cuanto se liga a problemas concretos como es, por ejemplo, el de la interpretación: en este punto se planteará el dilema de la vinculación al sistema de pensamiento del legislador o a la utilización de las anomalías del sistema. Surgirá entonces la idea del Derecho como problema, dándose el sistema a la tónica como fórmulas de interpretación del Derecho positivo, cualquiera que sea tal derecho positivo. La validez de una construcción pura del Derecho se muestra en su posible trasposición de país en país, pese a las profundas diferencias de composición y de la escala de valores que domina la estructura del Derecho.

SAVIGNY-KANT formarán el doblete desde el que se irá construyendo pura y dogmáticamente el Derecho, como dogmática organizada (*Organische Dogmatik*). Los pases sucesivos son ya conocidos en su encadenamiento metódico. Georg Friedrich PUCHTA, Carl Friedrich

(56) Sobre la teoría pura del Derecho puede decirse de KANTH que al morir habrá más de 2.000 libros sobre su teoría. Creo que KELSEN le supera. Cfr. RECASEN SITGES, *Introducción a la Ciencia del Derecho*. También allí para MERKL (*Derecho administrativo*), NAWIASKY (*Filosofía jurídica*) y VERDROS (*Derecho internacional*). Una variante importante es la de HART (Cfr. Alfredo CATANIA, *L'accettazione en el pensiero di Herbert*, L. A. HART, en «RIFD», 48 (1971), 261, con abundantísima bibliografía.

(57) Toda la problemática del razonamiento jurídico reposa en la adecuación funcional de esa racionalidad. Adecuación apunta a las consecuencias, no a las esencias. De ahí que el razonamiento legal, la jurisprudencia, las leyes y hasta los principios generales cambien con el progreso social. Por eso la lógica jurídica no es entendible como una racionalidad sustantiva y pura, sino a modo de una demostración específica, cognitiva, intentando siempre preservar su apariencia formal-lógica. Todo juez intenta basar su decisión en una norma en algo fuera de él, que le deje inmune a la crítica de creador de Derecho. Cfr. E. D. DAVIS, *Legal Reasoning and Value Ambivalence*, en «Logique et Analyse», 53-54 (1971), p. 21. Y ello es así porque el Derecho no es sólo un producto espontáneo de la sociedad, sino un medio —el más eficaz— de conformarla. Los tres niveles —*prescribing-invoking-enforcement stage*— son los peldaños de creación jurídica. El razonamiento legal se cierne en el segundo (invoking stage) y con él deben satisfacerse la solución justa y al mismo tiempo la predecible. Por eso, en lo discrecional desde abajo y en la interpretación constitucional desde arriba, la predictibilidad falla con frecuencia, así como en la proliferación de *open ended-standards*, o conceptos indeterminados. Cfr. sobre la función predictiva del Derecho, HOLMES, *The Path of the Law*, 10, «Harvard Law Review» (1897), p. 61.

VON GERBER —paralelo en Derecho público a Rudolf von JHERING—, generadores de la Ciencia jurídica productiva (*produktive Jurisprudenz*), LABAND y Kelsen. La propia expresión de pensamiento puro (*gereinigtes Denken*) es de BERGBOHM, coetáneo de LABAND.

El nacimiento de una teoría general del Derecho es relativamente reciente. Aunque metodológicamente hunda sus raíces de pretensión en el Humanismo renacentista, su método nazca en KANT y la terminología en SAVIGNY (58), es en 1874 cuando aparece el libro de A. MERKEL sobre las relaciones de la filosofía del Derecho con la ciencia del Derecho positivo y con una parte general (*Ueber das Verhaeltnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und sum allgemeine Teil derselben*) en el *Zeitschrift fuer das Privat und oeffentlichen Recht*, en Strasburgo (59). Era el intento de alcanzar una Enciclopedia del Derecho que Italia (60) había recogido ya dos años antes. En Francia, ROGUIN escribirá, en 1923, *La Science juridique pure*, en tres volúmenes. Con estos inicios, desde 1926 se inició la publicación en Brno en francés y alemán de la *Révue Internationale de la théorie du Droit*, bajo la dirección colegiada de L. DUGUIT, Hans Kelsen y Fr. WEYE (61).

(58) Cfr. G. MARINI, *Savigny e il metodo della Scienza giuridica*, Milano, 1965.

(59) Cfr. sobre esta génesis metódica, Walter WILHELM: *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Die Herkunft der Methode Paul Labands ans der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt, a Main, V. KLOSTERMANN, 1958, y Hans Kelsen, *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre en Juristische Wochenschrift*, año 58 H-2 (1929), 1723 y ss. y, sobre todo, el fundamental libro de WIEACKER de 1952. Con todo se habla de normas, no de hechos y de su probanza (J. H. WIGMORE, *The Principles of Judicial Proof or Process of Proof as ginen by Logic, Psychologic and General Experience and Illustrated by judicial Trials*, Boston, 2 ed., 1931; A. SUDGWICK, *Process of Argument*, 1893) más cercanos a la frónesis, la prudencia en la convicción que a los argumentos lógicos; la individualidad *hic et nunc* tiene su límite pero no su clave en la lógica. Sobre la influencia historicista en SAVIGNY, cfr. Wilhelm ESEL, Gustav Hugo, professor in Goetingen, Goettingen, Vandenhoeck-Ruprecht, 1964. Sobre Kelsen, Bruno LEONI, «Oscurita ed incongruenza nella dottrina kelseniana del Diritto», en la *Norma Giuridica*, Milano Giuffré, 1960, p. 165; N. BOBBIO, «La teoria pura del Diritto e i suoi critici», en *Studi sulla Teoria generale del Diritto*, Torino, 1955, p. 101; Josef L. KUNZ, Jean DABIN y H. Kelsen, en *Mel. Dabin, op. cit.*, p. 149.

(60) Cfr. F. Filomusi GUELFÍ: *Del concetto della Enciclopedia del Diritto*, Napoli, 1976, cfr. P. PIOVANI, «L'enciclopedia giuridica di Filomusi Guelfi», en la *Filosofia del Diritto como Scienza filosofica*, Milano, Giuffré, 1963; cfr. sobre MERKEL, Vittorino FROSINI, *Topica e Teoria generale del Diritto*, en «*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*», Milano, Giuffré, 48 (1971), 26.

(61) La rebeldía contra el dogmatismo positivista procede inicialmente de F. RUSSELL, en sus *Escritos Escépticos*: en Alemania FREGE (1879), *Las Investigaciones lógicas de HUSSERL* (1900); en Austria, con MEINONG (*Sobre las excepciones*, 1902 y *Teoría del objeto y psicología*, 1904); en Inglaterra, con MOORE (*Naturaleza del juicio*, 1899), y el propio RUSSELL, en 1903 (*Principios de Matemáticas*); en Francia, con COUTURAT y en USA con la filosofía del *new realism*.

2.2 EL SISTEMA LÓGICO FORMAL

En contraposición a la llamada jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia de conceptos, tal como aparece formulada en la máxima extremosidad, tampoco puede construir de suyo una idea fructífera del sistema jurídico. Reducir el Derecho a la pura lógica es el ideal de la matemática, e incluso de las ciencias naturales, responde a un concepto positivista, no aviológico de la ciencia. Así WUNDT puede llegar a decir que la ciencia del Derecho era en su máximo sentido una ciencia sistemática, deduciendo la afirmación de su carácter estrictamente lógico y concluyendo que en cierto aspecto era comparable la Ciencia del Derecho a la matemática.

Más adelante se examinarán los intentos de lógica deóntica en que se viene trabajando desde Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Polonia y Australia. Con su estado actual, todos los ensayos de construir una ciencia del Derecho axiomática, deductiva pueden considerarse todavía como vano intento. Sin embargo, es prematuro decir que este camino ha de fracasar necesariamente, porque le falta la unidad interna de sentido del Derecho. Tal unidad depende de la elección de los axiomas jurídicos de partida, pues en definitiva la construcción jurídica será puramente lógica en cuantos axiomas de partidas sean exclusivamente lógicos, o podrá ser un auténtico sistema jurídico-valorativo en tanto en cuanto la elección de los axiomas y modo de formular las consecuencias, y no se detenga en lo exclusivamente lógico. En efecto, y antecediendo en parte lo que más adelante se verá respecto de la lógica deóntica, las posiciones extremas del escritor finés WRIGHT y del escritor belga PERELMANN llegan a conclusiones diferentes, sin caer en la cuenta de que si ello acontece así es porque toman como punto de partida caminos diferentes. Dialéctica y retórica se vinculan, en efecto, o bien a las normas de un lado y a las conductas de otro, consideradas en sí mismas, en sus contradicciones o coherencias internas; mientras que la retórica parte de la afirmación desde fuera de la validez o nulidad de una norma. No es lo mismo la contradicción objetiva de una norma frente a otra que la afirmación hecha por un jurista de tal contradicción. El primer problema será dialéctico, entrando de lleno en el campo de la lógica jurídica, en tanto que el segundo se planteará en el terreno de la retórica, pues las normas no contienen juicios, y es en

tales juicios sobre las normas donde reposa la construcción de la retórica (62).

Es exagerada igualmente la afirmación de que es imposible calcular el principio de igualdad o la desigualdad con criterios lógicos para llegar a resultados jurídicos. La afirmación de que el resultado jurídico sólo es alcanzable manejando principios axiológicos y criterios teleológicos es exagerada, como lo es la afirmación de que la lógica es simplemente la marca del pensamiento, en tanto que la comprensión del Derecho es siempre la valoración del mismo.

Lo cierto es que el camino alcanzado por la lógica jurídica deóntica modal o proposicional es un camino completo, aislando normas y conductas cuando la realidad del Derecho muestra que la norma es la regulativa de las conductas, y que una conducta es jurídica en tanto en cuanto le afecte una norma. Es, por tanto, de rechazar la lógica de las normas frente a la lógica de las conductas. De otro lado, la innecesaria complicación que a veces alcanza a la lógica deóntica con deducciones en cadena extremadamente largas no existen prácticamente en el campo del Derecho vivo, con lo que las conclusiones lógicas que se alcanzan más bien enmascaran una lógica aparenial.

Son estos resultados, a veces contradictorios y en otro caso *a mi chemin* los que provocan frecuentemente el escepticismo. Con todo, hasta en el Common Law —aséptico en principio al silogismo—, Sir Edward Coke dijo que la razón es la vida de la ley (*reason is the life*

(62) . Es ya clásico el ejemplo: un hijo pregunta a su padre: ¿qué debo hacer ahora? El padre responde: estudiar matemáticas. Aquí no hay sino un mandato jurídico. Pero si el hijo pregunta a su hermano: Tú ¿qué crees que debo hacer? y la respuesta es: creo que debes estudiar matemáticas. Hay ya un juicio proposicional, es alguien ajeno a la producción del mandato quien lo supone y enjuicia. La retórica es sólo aplicable al segundo caso, como lo es la llamada *lógica proposicional*, pues hay efectivamente un predicado o proposición dudosa, cfr. Karel ENGLIS, *Norma neni soud*, Brno, 1947. Desde DESCARTES (intuiciones evidentes, *Règles pour la direction de l'esprit*, II, en *Oeuvres*, XI, Paris, 1828), COUSIN y LEIBNIZ (cálculo formalizado). Ha sido la aspiración del Derecho conseguir un lenguaje matemático de deducción axiomática. Pese a los mordaces ataques de IHERING, EHRlich, ISAY, ENGISCH, tal cálculo de razonamiento deductivo se está realizando. Importa saber con qué límites es válido. Nótese que se trata de los límites a la lógica, no al razonamiento; la aplicación del Derecho implica un triple nivel, prueba de los hechos, calificación y aplicación de la norma; según la naturaleza del nivel (no del auditorio como quiere PERELMANN) el tipo de razonamiento cambiará. En los hechos el jurista deviene historiador, con la calificación opera como con los actos jurídicos segundos, es decir, definitivamente, sólo con la norma puede actuar en un campo más propicio al cálculo de inferencia y aún así no de modo completo. El Derecho no actúa con *términos definidos* (como la matemática) más que en pequeña medida, pues prefiere conscientemente la vaguedad como apoderamiento al intérprete para mayor justicia. En todo caso, el razonamiento está presente, pero

of law) (63). MAITLAND añadió que «no es el sentido común, en su acepción vulgar, como el instinto no reflexivo y analítico del lego, lo que ha dado al Common Law su capacidad para resistir la Recepción del siglo xvi del Derecho civil en Inglaterra». El propio Julius STONE ha insistido en que «el análisis lógico es un ingrediente indispensable tanto para el aprendizaje como para la práctica del Derecho». Sir George W. PATTON llegó a decir que «es un absurdo pensar que la mejor ley puede ser realizada —interpretada— sin un apropiado uso de la lógica». Otros, sin embargo, consideran que sería un desastre la aplicación de la lógica (Judge KONSTAM, Julius BINDER, y sobre todo, OLIVER WENDELL HOLMES). La desconfianza no es a la lógica, sino a la *mala lógica*. En una chaqueta estrecha no cabe un hombre, y así tampoco el Derecho en la lógica. Y esto es verdad si la lógica es un corsé de acero (64). No hay exceso de lógica, sino falta de ella (65). Es, como dice KLUG (66), condición necesaria, pero no suficiente, tal y como aparece hoy construida.

con conclusiones probables (hechos, tónica) o segura (deducción), todos son válidos la lógica formal es general, no propia ni exclusiva del Derecho; pero así como la física teórica puede suprimir los ruidos de fondo en la organización de sus proposiciones, formando así axiomas puros con los que opera con formalismo lógico, en Derecho no sucede igual, pues en la física la conclusión es cierta, pero en la hipótesis admitida como punto de partida. Fue GENY quien hablaba de los juristas «du mensonge et de la duperie des concepts qui substituent des entités logiques aux choses réellement vivantes». El jurista sabe que los conceptos representan la realidad tanto más distorsionada cuanto más precisos sean aquéllos. (J. PARAIN VIAL, *La nature du concept juridique et la logique*, en «Archives de Philosophie du Droit», XI, 1966, 46.) En la prueba de los hechos, TOULMIN habla del *court of reason*: probar lo esencial, los elementos constitutivos y relevantes del hecho; determinar el procedimiento de argumentación, probar las categorías aplicadas, todo ello con *standards of achievement* con argumentos no generalizables incompatibles con la naturaleza de los hechos. En todo pensamiento se encuentra un *invariant* y un *dependent field*. El problema está en donde radica el problema (*The Uses of Argument*, Cambridge, 1964). Los razonamientos sobre los hechos actúan como los pies de una mesa, no como una cadena de eslabones inferencial o ilativo (Cfr. George DUBRY, «The Use of Circumstantial Evidence to Establish International Responsibility», en *las Transactions of the Grotius Society*, 44 (1958) 68.

(63) Cfr. en Ilmar TAMMELO, *Law, Logic and Human Communication*, en «ARSP», tomo 3 (1964), 331. La ya famosa afirmación de HOLMES (The life of the Law has not been logic; it has been experience) hay que matizarla con lo que añadió a seguido: «The fallacy to which I refer, is the notion that the only force at worce in the development of law is logic». Cfr. su *The Path of the Law*, Harvard «Law Review», 10 (1897), 457.

(64) Cfr. Dennis LLOYD: *Reason and Logic in Common Law*, en «Law Quarterly Review», 64 (1948), 468.

(65) E. W. PATTERSON: *Logic in the Law-University of Pennsylvania*, «Law Review», 90 (1941-42), 875.

(66) Ulrick KLAUG: *Lógica jurídica*, trad. esp. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Caracas, mayo (1961). A la lógica clásica pertenecen DREW S. DROBISCH, SIGWART, WUNDT y ZIEHEN. Lógica moderna —según KLUG— son ya ACKERMANN, BECKER, CARNAP, FREGE, HILBERT, QUINE RUSSELL, TARSKI, WHITEHEAD.

2.3 EL SISTEMA COMO CONJUNTO PROBLEMÁTICO

Un intento también de escapar a la maraña legislativa y de construir paralelamente a la misma un sistema racional sobre el que aducir una Ciencia del Derecho es el llamado sistema axiomático deductivo o también denominado, desde 1929, por CARNAP, la logística que ha proporcionado una extremada y extremosa bibliografía en sus últimos tiempos. Todos los intentos de incluir en las premisas de una lógica jurídica el sentido finalista de las normas, es decir, de construir premisas teleológicas son, en el fondo, vanos intentos, pues la teleología no puede estar contenida en las premisas, sino en la conclusión. Lo finalista o la idea de finalidad del Derecho no se deja expresar en forma lógica.

A más de ello, la lógica jurídica, la logística, parte de dos exigencias para su construcción: la primera relativa a la complitud real del Derecho, y la segunda referente a la ausencia de contradicciones en el sistema jurídico. Ahora bien, en realidad, tal plenitud, si existe, y la ausencia de contradicción es dudosa, pase a los criterios elevadores para la solución de las antinomias.

En el fondo, la antinomia no es sino una laguna, provocada por colisión de normas, pero los criterios de solución de estas lagunas sirven para las antinomias jurídicas no valorativas, esto es, cuando se reduce la colisión de valores a los principios jurídicos desaparece simultáneamente todo el sistema de colisión de las antinomias. La preferencia de un principio jurídico sobre otro no descansa en la reglación regla general-excepción, sino en la mayor o menor valoración o rango de un principio general sobre otro para llegar a obtener el auténtico sentido del Derecho.

Otra objeción es la de que la axiomatización de las reglas de excepción deberían producirse para evitar las contradicciones del mismo modo; esto es, principio de excepción es igual a principio general en la lógica formal: ambos deben entrar en el cálculo de la norma resultante.

De otro lado, las llamadas válvulas regulativas (buena fe, diligencia del buen padre de familia, buenas costumbres, seguridad del tráfico jurídico, etc.) (67), de tipo secundario o estimativo, constituyen criterios que sólo se materializan en el caso concreto, y en ellos

(67) La figura jurídica del *bonus pater familias* que desde el Derecho romano llegará hasta hoy, procede de Aristóteles (*ανηρ σπουδαιος*) (Reth. I, 14-1376, b).

es donde encuentra la tónica su campo de aplicación. Por todo ello es posible calificar a la logística de un prejuicio típicamente positivista; axiomatizar el Derecho es prescindir de la complejidad de su sentido y de su intrínseca variabilidad, y contradice claramente la esencia del Derecho como regulador social.

2.4 LA ELIMINACIÓN ASÉPTICA DE LAS SOLUCIONES Y EL SISTEMA COMO CONJUNTO PROBLEMÁTICO

Desde 1925 se ha venido insistiendo en la posibilidad de construir un sistema jurídico como conjunto de problemas, de tal manera que sea invariable, pese a las variaciones del Derecho positivo. Con ello se evitarían los famosos reproches de KIRCHMANN sobre el carácter anticientífico del Derecho (68). Si un cambio en una ley implica que centenares de libros teóricos o prácticos queden inservibles, un intento de soslayar las afirmaciones sin negarlas es evitar el planteamiento. El sistema, por ello, debe ocuparse de la problemática del Derecho, y no de las soluciones que varían de día en día. Ahora bien, tal sistema como conjunto de problemas no es sino una contradicción en sí: en primer lugar porque el Derecho no es sólo un problema, sino también un conjunto de soluciones a estos problemas. Dejar planteados los problemas puede ser una ciencia, pero no ciertamente jurídica. Por otra parte, a tal planteamiento le falta valoración sistemática de elementos con sentido de unidad. Una pregunta totalmente libre de presupuestos de soluciones es imposible. La misma pregunta apunta ya a una cierta y posible solución. Así es comprensible que toda la problemática de la autonomía privada o del negocio jurídico plantee al dar respuesta nuevas preguntas (por ejemplo, la de los supuestos de formalismo jurídico esencial) (69). De

(68) La transitoriedad y aun precariedad de conocimientos no empuja al carácter de ninguna ciencia, pues todas ellas (física, química, medicina, etc.) cambian de fundamentos con igual rapidez; su transitoriedad (esto es, la posibilidad de revivir una idea antigua) es aún mayor que en el Derecho. Del famoso libro de KIRCHMANN hay traducción española del IEPol. En el mismo sentido del Derecho como no-ciencia, E. EHRlich, *Kilka uwag w sprawie metodologii nauk prawnych*, en «Panstwo i Prawo», II (1961); A. PECZENIK, *Wartosc naukowa dogmatyki prawa*. Krakow, 1966, y parcialmente, para el Derecho dogmático actual, J. WROBLEWSKI, *O naukowosci prawnoznawstwa*, en «Panstwo i Prawo», 8-9 (1965).

(69) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1928: «La ley, como verbo perfecto que es del Derecho positivo realiza el fin jurídico-social mediante el desenvolvimiento de la vida real del principio o principios en que se informa, adoptando armónico y ecuanimemente el elemento general y ético y, por tanto, invariable de su imperativo, con el individual y variable del acto jurídico resultante de las complejas, mudables y progresivas necesidades de la convivencia o co-

tal modo que sólo es posible construir un sistema incluyendo el conjunto de problemas y sus soluciones, así como los nuevos problemas y las nuevas respuestas que irán desencaminando el propio sistema (70).

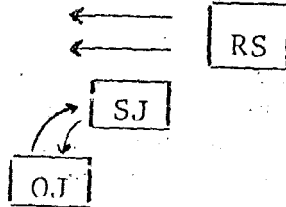
BALLWEG (71) ha propuesto un modelo teórico de control no sólo del Derecho-jurisprudencia, sino de la propia adecuación del Derecho, con ayuda del *black-box-method*, esto es, un método que mediante el análisis de datos que se le suministran —input— da el elemento resultante —output— concluyendo el análisis de la función:

a) Se parte de la realidad social (RS) como entorno (ideologías, situación política, económica, social, etc.). Entre estos elementos figura el sistema jurídico como input (RJ):



b) Todo ello da la *realidad jurídica* (sistema + efectividad) tal como se presentan a los operadores jurídicos o de decisión (OJ).

Entre OJ y SJ hay un elemento de coacción a la decisión:

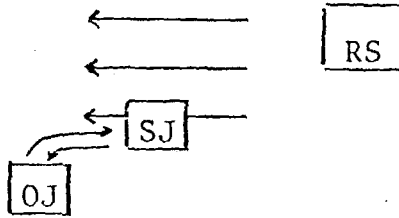


mercio social, y siendo como es, la ley naturalmente estacionaria, como precepto escrito, la jurisprudencia es la que da las generales normas de interpretación que establece, inspirándolas en los dictados de la razón y la equidad, y sobre todo en los principios informantes de la ley. Lleva a efecto esta evolución jurídica al ritmo siempre de las nuevas necesidades de la vida y de los progresos de la Ciencia.»

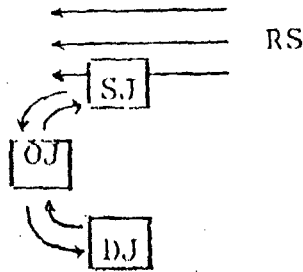
(70) Cfr. E. E. HIRSCH: «Das Recht im sozialen Ordnungsgafuege», en *Beitraege zur Rechtssoziologie*, Berlín, Duncker-Humblot, 1966. En el sentido criticado en el texto, Franz WEYR, *Natur und Norm*, en «Revue Internationale de la Théorie du Droit» (RITD), VI (1968), p. 2; del mismo, «Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht», en *Gesellschaft, Staat und Recht* (Festschrift fuer Hans Kelsen), 1931.

(71) Cfr. Ottmar BALLWEG: *Analyse de la Jurisprudence a l'aide d'un modele de la Science Sociale*, en «Ar. Ph. Droit», 14 (1969), 257. En el fondo es la concepción platónica de la circularidad entre *noesis* y *dianoia*. Cfr. A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, Giuffré, 1963, p. 100.

Al tomar el operador su decisión (ley, norma, acto administrativo o sentencia) provoca a su vez consecuencias sociales:



d) Puede **OJ** a su vez contribuir a la formación del sistema dogmático **DJ** :



Este elemento dogmático sirve de memoria del resultante, conservando la información. Es puramente una simplificación de interconexiones por resonancia (feed-back). Pero es aún prematura su utilización: inadecuación del sistema por un lado e incomplitud del cálculo deontico normativo, lo impiden de momento.

2.5 EL SISTEMA COMO RESPUESTA SOCIOLÓGICA

Por el contrario, y como reacción pendular a las construcciones puras o problemáticas o lógicas después de la segunda guerra mundial ha habido una reviviscencia de la concepción del sistema como propuesta sociológica de relaciones vitales en sociedad. No se trata de bigamias metódicas, sino del cabal entendimiento de la función real del Derecho, nacido para vivir no precisamente en el «Cielo de los conceptos puros», como irónicamente decía THERING.

Las normas son efectivos supuestos sociológicos. Y a su vez puede sostenerse, y la historia ya dilatada del Derecho soporta la afirmación —que el reparto de creación del Derecho responde a concepciones político-sociológicas—. Así, frente al poder del Tribunal Supremo de USA, el canadiense responde a un compromiso entre Parlamento y supremacía judicial (72). Un cierto consenso es preciso en ese primer nivel por falta del mismo fracasó el Tribunal Supremo como constitucional en Chipre, que seguía el modelo alemán. Nadie ha intentado cuantificar en términos matemáticos exactos la cuantía del *consenso popular* preciso para tal reparto de poder. Una *stagnation of jurisprudence* (READ) (73) significa una desconfianza hacia el juez y un complejo de inferioridad de éste. Al contrario, una jurisprudencia progresiva, a veces excesivamente decisoria (en el sentido de poco motivada), *praeter* o *contra legem*, puede suponer una excesiva preponderancia de los Tribunales frente al Parlamento (caso máximo) o frente a la Administración (supuesto normal, en que con preterición de normas inferiores a ley, sin declararlas nulas, se falla, con el consiguiente desprestigio de la normación administrativa). El *consenso* alcanza así a la aplicación del Derecho. H. A. LINDE habla de que todo fallo debe ser aceptado realísticamente para lograr la aquiescencia popular (74). La falta de aceptación por el público es el último secreto de la efectividad del fallo o de la norma. De ahí el criterio de *cost effectiveness ratio*. El reparto de poder y el consenso al fallo dependen también en gran parte del sistema de selección judicial (75). Igual sucede con la selección de fun-

(72) Cfr. Dulcey B. FOWLER: *The Canadian Bill of Rights. A compromise between Parliamentarism and Judicial Supremacy*, en «The American Journal of Comparative Law», 21 (1973), 712.

(73) *The judicial process in Common Law Canada*, en «Canada B. Review» 37 (1959), 279.

(74) HANS A. LINDE: *Judges, Critics and the realist tradition*, en «The Yale Law Journal», 82 (1972), 227.

(75) Glen N. SCHRAM, *The Recruitment of Judges for the West German Federal Courts*, en «The American Journal of Comparative Law», 21 (1973), 691. Cfr. John R. SCAMIDHAUSER, *The Justices of the Supreme Court: A Collective Portrait*, en «The Midwest Journal of Political Science», 3 (1959), 1; Herbert JACOB, *Justice in America*, Boston Little, Brown & Co., 1965; Joel B. GROSSMANN, *Lawyers and Judges: The ABA and the Politics of Judicial Selection*, New York, John Wiley & Sons, 1965; Charles E. CLARCK and David M. TRUBER, *The creative Role of the Justice, Restraint and Freedom in the Common Law Tradition*, en «The Yale Law Review», 71 (1961), 272; John E. CHOWE, *Subterranean Politics, A Judge is chosen*, en «The Journal of Public Law», 12 (1963), 273; James W. HURT, *The Growth of American Law, The Law Makers*, Boston, Little-Brown Co., 1950; Richard A. WATSON-Rondal G. DOWNING, *The Politics of the Bench and the Bar*, New York-London, John Wiley-Sons, 1969. La relación Parlamento-Gobierno es más delicada y fluida. Cfr., no obstante, la fórmula del Act o Bill of Indemnity, aparece normalmente en las leyes sobre créditos

cionarios para el necesario consenso de la actuación administrativa (76).

Sin embargo, tal idea de sistema no es estrictamente jurídica ni puede captar la unidad de sentido de un ordenamiento, sin que ello implique que entre el sistema interno y el sistema exterior sociológico de la sociedad no exista una evidente interacción. La creación de nuevos tipos jurídicos, la idea en obsolescencia de normas, la alteración de las mismas por el propio legislador o su olvido son problemas sociológicos de indudable trascendencia que están justamente en el lindero entre lo jurídico y lo sociológico. Si ambos conceptos del sistema interior y exterior coinciden querrá ello decir que el índice de ajuste del sentido del Derecho a las aspiraciones sociales es óptimo. Que la evolución del Derecho responde correlativamente a la evolución sociológica. Y por el contrario, un desajuste entre los aspectos interno y externo (jurídico y sociológico) implicarán necesariamente un desajuste, una desobediencia a la norma, una sensación de opresión e injusticia, una falta de conciencia y, en definitiva, un sistema jurídico cuyo valor sociológico es mínimo y, por tanto, su valor como regulador social es también mínimo.

De la sociología se puede predicar algo parecido a la lógica jurídica: hay tantas sociologías como autores o aún más, como puntos de vista. También el Derecho es considerable como fenómeno cultural y humano que es desde diferentes perspectivas, la identidad misma del Derecho, los conflictos jurídicos (internos: entre normas o intra-

extraordinarios o suplementos de crédito. Tampoco es técnica reciente; la Ley de 17 de mayo de 1867 preceptuó: «Se declara libre al actual Ministerio (Ramón María Narváez) de la responsabilidad en que haya incurrido por todos los actos de su administración, en que se haya arrogado las facultades del poder legislativo. Se declaran, por consiguiente, leyes del Reino y como tales se considerarán desde la fecha de su promulgación y se guardarán en adelante todas las resoluciones promulgadas por el actual Ministerio que con arreglo a la Constitución de la Monarquía hubieran debido someterse a la deliberación de las Cortes.» Se trataba de convalidar el Real Decreto de 13 de julio de 1866 que derogó el Reglamento orgánico de Carreteras Civiles de 4 de marzo de 1866. Asimismo la Ley de 8 de junio de 1897 declaró exento de responsabilidad al Gobierno Cánovas por la ampliación dada sin deliberar las Cortes, a las reformas de Cuba y Puerto Rico (Ley de 15 de marzo de 1895). El Derecho italiano llama a este tipo de leyes *leggi di sanatoria*. Cfr. BARASSI, *Teoria della ratifica*, 1898. Cfr. J. LUKAS, *Fehler im Gesetzgebungsverfahren*, Hannover, Helwing, 1907. KAUPEN, «Dia Hueter von Recht und Ordnung: die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen», *Eine soziologische Analyse*, 1959; KUEBLER, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, en «Archiv. P.», 162 (1963), 104.

(76) R. WIMNER, *Der befangene Amtstraeger im behoerdlichen Verfahren*, en «Monatschrift fuer Deutsches Recht», 61, p. 11. PUINAM, *The Political Attitudes of Senior Civil Servants in Western Europe*, A. Preliminary Report (Meeting of «American Political Science Assoc.», 1972, p. 14).

normas, de conflictos), la evaluación de los regulativos jurídicos de conflictos (públicos, privados) son considerables desde perspectivas sociológicas que no suplantán, sino que son previos (evitadores de conflictos) o posteriores (evaluativos) y desmitificadores del Derecho (77).

El Derecho administrativo es el que soporta más fuerte, directa e inmediatamente, los embates de los grupos de presión (78). El Derecho de la Administración económica es en su mayor parte una solución del compromiso entre las perspectivas de lo que los gobernantes consideran legítimo y lo que es considerado como útil a sus propios fines por los grupos de presión: este permanente dualismo produce la naturaleza del Derecho de conflicto (Konfliktsrecht) que H. HUBER aclara en esta rama del Derecho administrativo. Los grupos de presión no actúan con tanta fuerza e intermediación en el Derecho civil, penal o procesal, sino que centran su potencia en la Administración (79). Frente a la imparcialidad del funcionario profesional, en que MERKL cifraba la objetividad de la acción administrativa, BURDEAU ha llegado a decir: «a l'époque liberale les groupes d'interets... venaient de l'exterieur solliciter les bonnes graces du Pouvoir dont ils étaient les parasites ou les clients. Aujourd'hui ils sont le Pouvoir lui-menes». La potenciación de los grupos económicos se pretende enmascarar en la educación política que la descentralización pudiera suponer, en los errores o falta del control parlamentario, en la colaboración del administrado como experto o como representante de intereses (80). La realidad muestra cómo en la Administración económica es cierta la vieja afirmación de W. WEBER: «Nada del Estado es poder político... sólo existe el pluralismo oligárquico de los grupos de presión.» Habría que añadir a esto la ya clásica afir-

(77) Cfr. LORENZO CABOARA: «La politicità de la norma giuridica», en la *Norma Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 82. GURVICHT, «Sociology and Law», en *The Social Sciences and their interrelations*, New York, ed. W. F. Ozburn - A. A. Goldenwiser, 1927; EPHARD WUESTMANN, *Rolle und Rollenkonflikt im Recht Berlin*, Duncker-Humboldt, 1972; W. NAUCKE, *Ueber die zusammenarbeit zwischen Juristen und Rechtssoziologen*, en «Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtsstheorie», 1 (1970), 492; M. REHBINDER, *Status-Kontrakt-Rolle, Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zum offenen Gesellschaft*, en el «Berliner Festschrift-fuer», E. E. HIRSCH, 1968.

(78) Cfr. KORNFELD: *Soziale Machtverhaeltnisse*, 1911; WURZEL, *Das juristische Denken*, 1904, p. 33; NUSSBAUM, *Rechtstatsachenforschung*, 1914.

(79) Sobre la política y la Ley, cfr. L. CABOARA: *La politicità della norma giuridica e il problema della giustizia*, en la «Rivista Internazionale Filosofia del Diritto», 1900, p. 82.

(80) Cfr. PODROMOS DAGTOGLOU: *Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter*, Heidelberg, 1964.

mación de F. A. HAYER (81): «Por desgracia, la seguridad con que la gente cree que el poder ejercido sobre la vida económica es tan sólo un poder sobre materias de secundaria importancia, a lo cual se debe la ligereza con que se recibe la amenaza contra la libertad de nuestras acciones económicas, carece completamente de fundamento. Es en gran parte una consecuencia de la errónea convicción de que hay fines estrictamente económicos separados de los restantes fines de la vida.»

Algo, sin embargo, se ha puesto de relieve desde GURVITCH: las relaciones jurídicas normales se ajustan y se cumplen sin acudir a instancias de coerción o a los Tribunales más que en contados casos. Este monopolio de coerción —que ostenta el Estado desde su construcción en el siglo XVI— es sólo el último recurso. La armonía del Derecho se desarrolla más fácilmente ante un consenso general de lo que se suele creer. El jurista construye sus dogmas con vistas al fallo judicial, cuando en realidad éste es sólo concepcional en la convivencia social. Con ello la sociología ha contribuido y contribuye en gran manera a la comprensión del Derecho; sociólogos y juristas han estado excavando un túnel que por fin ha coincidido (82) en la sociología del Derecho.

ARISTÓTELES decía ya que «es preciso observar que las buenas leyes no constituyen por sí solas un buen gobierno, y que lo que importa sobre todo es que estas leyes sean observadas. No hay, pues, buen gobierno, sino donde en primer lugar se obedece a la ley y después que la ley que se obedece esté fundada en la razón, porque podrá prestarse también obediencia a leyes irracionales. En «la enfermedad mortal», decía Soren KIRKEGAARD: «el concepto de proceso o juicio es algo que atañe al particular, al individuo... porque no se puede juz-

(81) Cfr. HAYER: *Camino de servidumbre*, ed. Madrid, 1946, p. 92; GURVITCH, *Sociology of Law*, chapter I, p. 71: «Thus the State and economic Society engaged in a perpetual struggle and exchanging thrust and counterthrust (Stoos-Gegenstoss), sometimes dominate one another unilaterally, sometimes balance and interpenetrate one another in varying degrees»; cfr. FECHNER, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, Siebeck, 1960.

(82) La frase es de BOUGLE tomada por GURVITCH: «The pick-axes of the two crews each hollowing out its respective gallery, have finally met»; cfr. también J. MEYNAUD, *Les groupes de pression en France*, Paris, 1958; H. SARTORI, *I gruppi di pressione e la loro influenza nella pubblica amministrazione en Problemi della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1958-1960, IV. La bibliografía es tan amplia que desbordaría toda nota. El problema es por lo demás universal. Sobre metodología, cfr. J. TIEMEYER, *Zur Methodenfrage der Rechtssoziologie*, 1969; E. KININGER, *Die experimentelle Rechtswissenschaft*, 1971.

gar en masa, no se puede ajusticiar en masa» (83). Una voz es un grito, mil voces pueden ser o una revuelta o una revolución.

En el Derecho de la Humanitas, la *lex sine moribus* era nada. ZASIO decía, apoyándose en DUARENO: «Cum tamen consuetudo consideratur ut lex et sic de natura sua, lex requiritur legitimum tempus et usum. Inveterata enim consuetudine rebus ipsis ac factis voluntatem suam declarat populus.» En sentido de la eficacia real, EHRLICH, DUGUIT, FERRI, KORNFELD, JERUSALEM, SAUER, GURVITCH, POUND, OLIVECRONA (84).

El sistema exterior, por otra parte, no es simplemente un calco de aceptación o rechazo del sentido del Derecho. Sirve de recordatorio útil, de una verdad a veces olvidada cuando se trata de la interpretación jurídica. En este delicado tema la afirmación es ya usual en el sentido de que la premisa mayor está ya constituida por la norma necesariamente abstracta y general. La premisa menor por los hechos que responden a una realidad histórica en normativa y la conclusión ha de ser jurídica. Con ello se suele afirmar que el sistema del entinema como interpretación es una falsedad en el propio terreno lógico, pues de la combinación lógica de una norma y de un acto no puede deducirse un resultado lógico, ya que el acto es un simple evento, y la norma, una simple prohibición reguladora.

Tal afirmación se destruye fácilmente si se medita que la norma jurídica surge ante hechos de la misma naturaleza que los que luego han de ser enjuiciados a través de la norma. El viejo aforismo *ex facto oritur* cubre todo su sentido. No es solamente que el acto que constituye la premisa segunda del entinema sea relevante en Derecho y, por tanto, ya jurídico, sino también que la propia norma transcribible a la premisa mayor tiene una cierta relación con los hechos. La norma abstracta es un acto de voluntad, pero surge siempre para regular ciertos hechos, otro acto no hipotético, sino realmente producido. A ningún legislador se le ocurre dictar una ley sobre la distribución de los terrenos en Marte o en una lejana estrella (85). Son los mismos hechos los que fuerzan a la creación de la

(83) S. KIRKEGAARD, ed. Kjobenhavn, Paa Boghandel O. G. Philipseno Forlag, 1843-45.

(84) Cfr. G. NIRCHIO, «Il diritto vivente», en la *Norme giuridica*, op. cit., p. 194; Miguel REALE, «La Science du Droit selon la théorie tridimensionnelle du Droit», en *Mel. Dabin*, cit., pp. 211 y ss.

(85) La lingüística moderna ha ratificado esta afirmación. El Derecho no trata de ideas *inobservables* al modo de las *lapides qui sunt in abditissimo terrae finu*, como decía San Agustín.

norma. Incluso en su sentido primitivo y auténtico, el aforismo se refiere no tanto al origen del Derecho cuanto a la aplicación práctica o judicial de las normas, esto es, a la relación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, aparentemente separadas por un abismo lógico y tan difícilmente extingible en su aspecto jurídico y en la práctica misma.

En el principio era el caso —decía SCHULZ—: toda hermenéutica implica una sumisión al caso, y todo caso una subsunción a la norma. Se da así una especie de circularidad interpretativa (86), a la que la jurisprudencia americana no ha encontrado otro nombre que experiencia o intuición (*huch*). Como ha dicho más generalmente H. HELLER (87): «Dado, pues, que en la Teoría del Estado, lo mismo que en la Ciencia del Derecho y en todas las demás ciencias que no operan sólo con formas mentales desnudas de realidad, los contenidos de los conceptos no pueden derivarse del principio de la formación racional y, por consiguiente, son irracionales, no puede haber en esa ciencia un sistema cerrado de conceptos; el contenido irracional interviene siempre, aquí, en la formación y en la estructura de las diferentes formas particulares, lo mismo que en sus relaciones recíprocas y, por esta razón, también en la estructura de la sistemática. No es posible, en estas ciencias, un sistema en el sentido de una definitiva fijación sistemática de las cuestiones; porque aun las mismas ciencias cambian con las aspiraciones e ideas de los hombres.»

La eficacia real de las normas es el problema que tiene planteado la Sociología, y que sólo esta, desde su ángulo especial, puede resolver. Este conocimiento es preciso para cualquier estrategia normativa, pues el legislador y el operador jurídico es consciente del hiato existente entre la norma ideal y la realidad de su acatamiento total sin distorsiones, ni innecesarias violencias. El papel del sociólogo es así el de *desenmascarar y sacar de su bunker a la norma* (*debunkery and unmasking of law-Black*) (88). Cuanta menor sea la disparidad mejor

(86) Interpretar supone pre-comprender (*Vorverstaendnis*) o circularidad del saber (*Zirkel im Verstehen*), comprender y autocomprenderse (*Verstehen und Sichverstehen*), desciframiento histórico (hechos) y significación normativa. Cfr. G. FUGKE, «Problem und Theorie der Hermeneutik», en el *Zeitschrift fuer philosophische Forschung* (1960), 161; F. LOEW, *Logik der Frage*, en «Archiv fuer die gesamte Psychologie», 66 (1928), 357, dice tajantemente: «Die Frage ist ein sachverhaltentwerfender Gedanke, der nach einem bestehenden Sachverhalte verlangt».

(87) *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 48.

(88) Cfr. Donald BLACK: *The Boundaries of Legal Sociology*, en «The Yale Law Journal», 81 (1972), 1086. SKOLNICK, *Social Control in the Adversary System*, en «Journal of Conflict Resolution», 11 (1967), 52. M. WEBER, *The Methodology of the Social Sciences*, trad. E. A. Shils y Finch.

será para la norma y la política en general. La medida de la eficacia no es tarea fácil, como tampoco es simple averiguar qué es lo que la ley quiere. El sociólogo ha de operar con material empírico frente a concepciones legales no claras. Las desviaciones que a veces denuncia el sociólogo no son imputables a la ley o a la norma, sino a la política; o son, en el peor de los casos, un subjetivismo de lo que el sociólogo cree que debería ser la norma. Discriminación, por ejemplo, es algo que se ha demostrado ser a fin de cuentas algo que cada uno entiende a su modo. Pero emplear una terminología propia —diferente de la legal, como quiere SELZNICK— sería aún peor, pues quitaría al edictor de normas el conocimiento de su eficacia (89). No obstante, toda sociología valorativa jurídicamente —al estilo del maestro MAX WEBER— lleva a otro camino y está siendo descartada por excesivamente pegada a la valoración.

A su vez, el sociólogo va imponiéndose en el rol que le toca, con enorme influencia en el mundo moderno, lo que le arrebató objetividad. De ahí la necesidad del autocompromiso de objetividad (90), conscientes del hecho de que pronunciarse sobre declaraciones valorativas —consideradas por el sociólogo como datos— no es dejarse influir por tales valoraciones, ni influir en ellas.

Todavía conservan valor las obras y métodos clásicos de MAINE, DURCKHEIM, EHRLICH, POUND, pero van siendo sustituidas por MALINOWSKI, HOEBEL, GLUCKMANN, BOHANHAN, NADER, etc., y sobre todo, por sociología nacional, sobre problemas sociométricos. Importa menos la organización tribal que la sociedad moderna, y es el gran paso que está dando la sociología, y donde mayor apoyatura puede encontrar la Ciencia del Derecho, que se interesa desde mucho antes que IHERING lo denunciara, la *lex cum effectu*; y a todos importa no sólo conocer la ley, sino también averiguar los grupos predominantes y los recesivos que influyen en la producción de la ley o impiden su eficacia (91).

(89) Cfr. Philip SELZNICK: *The Sociology of Law*, en «International Encyclopedia of the Social Sciences», 51, D. L. Sills, ed., 1968.

(90) Cfr. J. TIEMEYER: *Zur Methodenfrage der Rechtssoziologie*, 1969; y las obras de esas mismas fechas de D. WINTER, B. HORVARTH (1971), F. K. BEUTEL (1971), E. KININGER (1971); S. EHRLICH, *Les groupes de pression et la structure politique du capitalisme*, en «ARSP», 48 (1962), 487. Cfr. R. DAHRENDORF, *Values and Social Sciences: The Value Dilemma in Perspective*, en «Essays in the theory of Society», 17 (1968). «The social Science perform —willingly or not— an intelligence function in the political process». De ahí también la precisión de protección a la objetividad.

(91) Cfr. T. B. BOTTOMORE: *Elites and Society*, London, The new Thinkers Library, L. A. Watts-Co., 1964; las teorías de Marx, Pareto, Mosca, Schumpeter, Aron, Michels, C. WRIGHTMILLS sobre los *ruling-class entitled* son un elemento cognoscitivo esencial para comprender el entramado y enmarañado complejo de una sociedad

3. La unidad y la multiplicidad

Más que una paradoja semeja un sarcasmo hablar de unidad y coherencia internas en la confusión legislativa que domina nuestro Derecho positivo. Y no solamente el nuestro, sino el de cualquier país, sea occidente u oriente, esté bajo un sistema capitalista o socialista. Sin embargo, la unidad de lo múltiple o la pluralidad, esto es, la identidad de lo diferente, puede recibir una cierta forma unitaria siempre que se trate de un tiempo concreto. Temporalidad es así la base suficiente de aquella famosa unidad de la multiplicidad (*Einheit der Mannigfaltigkeit*) que realizaba, según KANT, la síntesis trascendental de la apercepción.

Será cabalmente en el segundo decenio de este siglo cuando, a través de la idea de estructura, se llegará a dar un cierto sentido coherente de las cosas, los conceptos y, en general, elementos dispersos. El Derecho tomará la idea de estructura en paralelo con la sociología o con el lenguaje, pues es la técnica más apropiada para las ciencias morales. Simultáneamente, y dejando a un lado la operación de la lógica matemática aplicada al Derecho, la propia idea de estructura aplicará toda la idea de conjuntos surgida para las matemáticas, pero no exclusiva de ellas.

El estructuralismo en el Derecho se ve por todo ello más limpiamente en el ordenamiento jurídico de la Administración. Pero esto es ya otra historia de la que me vengo ocupando hace más de quince años. Y que proseguiré.

moderna. En efecto, hay un doble aspecto del Derecho —aparencial y de poder de trasfondo— que produce a veces su antinomia interna. En lenguaje de EMGE, *Gemischer Charakter der Richtschnur Recht*. Cfr. K. August EMGE, *Philosophie der Rechtswissenschaft, Erfahrung und Denken*, Berlín, Duncker-Humblot, 1961.

II. LIBERTADES PUBLICAS

