Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXX ABRIL - JUNIO DE 1962 — Nº 120

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRÖDDEN
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario Público

LA CRISIS DEL DERECHO (*)

Hace ya años que se viene hablando de crisis del Derecho, de inflación y desvalorización de la ley. En otra ocasión, a este respecto, escribimos que el Derecho está constantemente amenazado por dos peligros graves.

El primero constituido por las leyes especiales "que, bajo la bandera de lo social, lo agrario, etc., encubren muy a menudo las finalidades políticas o propagandistas más o menos oportunistas de sus autores; así como la ignorancia jurídica y la visión parcial de sus redactores; o los deseos de ampliar la intervención administrativa y la dominación burocrática de los funcionarios que las promueven".

El otro, que radica en "la aplicación de la letra muerta de las leyes, con olvido de su espíritu y finalidad... su interpretación al margen de aquella realidad viva a la que deben aplicarse".

"...las deficiencias de buena parte de las leyes promulgadas en esos últimos años, carentes de técnica jurídica y plagadas de un casuismo oportunista y asistemático —concluíamos—, hacen casi imposible una interpretación metódica y científica de las mismas. Ello limita la labor de interpretarlas a una penosa exégesis literal, sin otra orientación que la marcada por la propia ley, que a veces ordena que su interpretación se haga extensivamente a favor de un pretendido beneficiario. El día en que todas las leyes sean de esa misma categoría, y los juristas reconozcan

(*) Este trabajo, que ya apareció en el número correspondiente al mes de Abril del presente año, de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" de Madrid (España), lo publicamos con expresa autorización del señor de Goytisolo. **Nota de la Dirección de la Revista.**

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

su impotencia ante ellas, se habrá acabado la ciencia del Derecho y el arte de lo justo y equitativo. Más de momento, ya se está notando un peligroso contagio de esta limitación interpretativa, que a veces se aplica a textos que merecen un trato más honroso".

Desde entonces las cosas no creemos que hayan mejorado, sino, al contrario, nos parece que la infección se ha extendido a disposiciones civiles e hipotecarias (*). También hemos visto alguna ley permisiva transformada prácticamente en limitativa por las Ordenes ministeriales que debían desarrollarla; textos refundidos que añadían importantes novedades y derogaban parte de lo que debían refundir; reglamentos invadiendo materia legislativa, etc.

Pero, ¡consolémonos!, ese fenómeno no es exclusivo de nuestra patria. Hace doce años que en París, Georges Ripert publicó su obra **"Le déclin du Droit"**, y clamó contra el peligro que significa en Francia para el Derecho la prepotencia legislativa.

Ascarelli en Italia, Esser en Alemania, coinciden en el mismo punto de vista.

En todas partes, como ha escrito Puig Brutau, el legislador da la sensación de un miope dotado de un arma poderosa.

Pero el objeto de esta conferencia no es sumarnos al coro de las lamentaciones contra políticos, tecnócratas, arbitristas y burócratas.

Lo que pretendemos es hacer un examen de conciencia jurídico; buscar nuestras propias culpas y no las ajenas, de las que bastante nos quejamos y murmuramos.

Al hacerlo, podríamos hablar de los juristas que sacrifican las razones de justicia a otras razones, de un modo parecido al que Julien Benda, en su obra **"La trahison des cleres"**, fustigó a los intelectuales que posponen los valores permanentes y desinteresados a los transitorios y prácticos; y cabría señalar, paralelamente a las grandes tentaciones de los intelectuales, que traicionan su augusta función, las que sufren concretamente los juristas: El servilismo a las consignas políticas, sean gubernamentales o de la oposición; su adscripción a la disciplina de un parti-

(*) Cfr. el D. L. de 22 de Marzo de 1962.

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do —único o en régimen de partidos ¡tanto da!—, a un grupo de intereses, o a una clase, o a un cuerpo; el afán publicitario o sensacionalista; un equivocado prurito de originalidad o de vanguardismo; la vanidad de conducir la opinión, colocándose delante de ella en la dirección a la que las pasiones y los errores la arrastran; la supeditación de la justicia a los éxitos políticos, es decir, de lo trascendental a lo transitorio, etc.

Sin embargo, tampoco pretendemos examinar culpas subjetivas, sino analizar los errores objetivos sufridos por la Ciencia del Derecho desde hace más de un siglo y que han podido contribuir a su actual crisis. Sin olvidar que esos errores se hallan íntimamente vinculados a las doctrinas filosóficas que nos han abocado a lo que hoy se llama la gran crisis del mundo occidental.

Ripert comienza su obra con un recuerdo y una comparación: "Bastaría para señalar el declive actual del Derecho —dice— recordar el esplendor que le ha precedido. El siglo XIX ha sido un gran siglo jurídico, talvez el más grandioso conocido por Francia y seguramente Europa. El afirmó la soberanía de la ley para gobernar a los hombres, y en todos los países fueron promulgados los Códigos para facilitar a todos las reglas a seguir. El creyó que el Derecho era impuesto por la razón, y derivándolo de la naturaleza del hombre hizo creer en su universalidadad. El hizo concebir la esperanza de que el respeto a las leyes aseguraría por doquier el orden y la paz".

Sin embargo, debemos preguntar si todo era verdadero en ese esplendor o si existía en él algo de falso, superficial o puramente, falto de raíces sólidas o de base segura, como la estatua con cabeza de oro y pies de barro del sueño de Nabucodonosor descifrado por el profeta Daniel.

Sinceramente creemos que una visión dinámica de la historia permite comprobar en muchos esplendores externos las raíces de la decadencia después manifestada. ¡En cuántas épocas de paz han germinado las causas de la siguiente guerra y en tantos períodos de orden público se ha incubado el bacilo de la sucesiva revolución! En esos casos, las culpas no sólo deben ser compartidas, sino imputadas a la esplendorosa época causante.

Algo de esto creemos que cabe achacar a la brillante Ciencia del Derecho en el pasado siglo, puesto que en ella se perciben las causas de la crisis actual. A saber:

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a) El olvido de la finalidad moral y de justicia del Derecho.

b) Su estatificación.

c) Su separación de la realidad vital a la que el Derecho se refiere y su total formalización con mengua de su sustancia.

d) La despersonalización del sujeto.

e) Y la descosificación del objeto.

Brevemente trataremos de todas ellas.

I

a) OLVIDO DE LA FINALIDAD MORAL Y DE JUSTICIA DEL DERECHO

El Derecho había estado siempre íntimamente unido a la Religión y a la Moral. Dios era considerado como la primera fuente del Derecho.

Incluso en algunos pueblos la Revelación era fuente directa. Así fue para los babilonios en el Código de Hammurabi, en el Antiguo Testamento para los hebreos y en el Alcorán para los árabes. Para éstos, la revelación es la fuente básica de toda la justicia, tanto que las demás fuentes complementarias (la **Sunna,** o decisiones o ejemplos del Profeta, la **iyama** u opinión unánime y la **kiyás** o analogía) son negadas por los **xiitas,** y la razón es siempre rechazada, pues —como dice el jurisconsulto granadino Xatibi— no es legisladora.

Esa plena dependencia de la Religión era una garantía contra los abusos de poder si la Jefatura religiosa y el Poder secular estaban separados. Pero podía convertirse en un instrumento terrible de poder si se hallaban unidos y el contenido de las leyes divinas no estaba fijado de modo permanente y claro.

Pero aun en los pueblos y en las religiones en los que el Derecho no deriva de la Revelación, Dios era su fuente primaria.

Se citan las palabras que Sófocles pone en boca de Antígona al recordar a Creón que por encima de sus mandatos existía el Derecho no escrito inmutable de los dioses. Para griegos y romanos, y muy especialmente para los cristianos, hay otra forma en que la divinidad muestra el Derecho común a todos (el llamado **Derecho natural**). La expresó San Pablo al decir que "Dios ha

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

escrito en el corazón de los hombres una ley imborrable, una ley que también vale para aquellos que no han tenido noticia de la revelación cristiana".

Ulpiano definió la jurisprudencia como **"Divinarum atque humanorum rerum notiae; iusti atque iniusti scientia"**, con lo cual marcó su vinculación a la Religión y a la Moral, que si en Grecia la habían discutido Arquelao, Aristipo, Teodoro de Cirene y los sofistas, como Calícrates y Carneades, no volvió a ponerse en tela de juicio hasta tiempos relativamente recientes.

Fue Kant, en su **"Crítica de la razón pura"**, quien rechazó el fundamento metafísico de todas las morales trascendentes, y no halló otra fuente a la regla moral que esa voz interior que en nuestro yo percibimos. De ella separó la regla de Derecho, a la que caracterizó tan sólo por ser extrínseca, por su coercibilidad y por atender únicamente a los resultados con independencia de las intenciones y motivos.

Sobre bases totalmente distintas del **individualismo** de Kant, surge con Schelling la idea del espíritu popular, primero inconsciente y luego consciente, creador político y social. He aquí el fundamento filosófico de la llamada Escuela histórica alemana, que si bien tuvo el acierto de combatir los excesos del racionalismo, alejado de la realidad de las cosas, y de destacar la influencia de la tradición, en cambio indujo al error de creer que el progreso jurídico se produce por sí solo, como un fenómeno natural en el interior de toda comunidad humana, sin necesidad de esfuerzo ni cálculo del hombre en lucha por su Derecho. Así preparó el camino al moderno empirismo de Merkel, que ha llegado donde ella no pensó llegar, a negar toda verdad establecida **a priori**, y considerar el Derecho como mero producto de la evolución social, en continua mudanza, y que, por lo tanto, sólo la experiencia puede dar a conocer.

Por otra senda, con raíces en el **empirismo** de Locke, en el **excepticismo** de Hume y en el **utilitarismo** de Jeremías Bentham, por una parte, y en el **evolucionismo** de Darwin, por otra, construyó Herbert Spencer su sistema social, para el cual la conducta moral no es la consecuencia de un razonamiento, ni de una facultad psicológica racional, sino una necesidad biológica, consecuencia de la adaptación al medio: de modo que los actos recha-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

zados por la Moral o el Derecho sólo son los contrarios al interés del organismo social.

En Francia, Augusto Comte fundó también su filosofía sobre un método basado en la observación de los hechos y en la experiencia de los seres colectivos, a tratar del mismo modo como la biología o ciencia de los seres vivos. Naturalmente, la sociología tiende a hacer prevalecer la noción del interés social, y su regla moral —llamémosla así— es la de favorecer la evolución "normal" —a su juicio— de la sociedad.

Max Weber llegó a entender que el dominio y la función de las ciencias sociales se apoya en el argumento, que creía fácil de probar, según el cual la razón humana resulta impotente para resolver el conflicto de los valores esenciales.

Con la teoría materialista de la historia —de Marx y Engels— la Moral, la Religión y la Filosofía son sólo determinación y efecto de la Economía y con ella cambian.

Así, con esos ingredientes intelectuales se ha querido remover uno de los puntos de apoyo de todo el Derecho, sobre el cual se construyó nuestra civilización, y al hacerlo se han provocado gravísimas consecuencias históricas —unas pretendidas y otras inesperadas— con importantes repercusiones, a su vez, en el Derecho.

b) LA ESTATIFICACION DEL DERECHO

Como ha dicho Bertrand de Jouvenel en su obra **"Le Pouvoir"**. "No importa que el Poder no encuentre en la sociedad unas potencias concretas capaces de contenerlo, si se detiene respetuosamente delante de la potencia abstracta del Derecho, la cual puede dimanar, sea a través de una repugnancia general que los dirigentes despiertan en toda la nación, de una inquietud en su propia conciencia, o del comienzo de una ofensiva planteada por un mecanismo jurídico que les condene sin tener en cuenta su alta posición. Para ello hace falta —insiste el mismo autor— un Derecho anterior al Estado que le sirva de mentor, porque si el Derecho es cosa que el Poder elabora, ¿cómo podría ser para él, en ningún caso, un obstáculo, un consejero o un juez?".

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero si conforme a las teorías antes analizadas: la verdad absoluta no existe o no podemos conocerla, si todo es opinable, o si sólo se trata de determinar la utilidad social, o bien de dirigir la evolución de la sociedad hacia una meta humana, o de intervenir en la lucha de clases, respectivamente, hará falta: que se establezcan unas reglas de juego a fin de determinar las conductas para que el individualismo no lleve a la anarquía; o bien que haya quien decida la utilidad social, o quien se erija en árbitro de la lucha de clases para superarla, asumiendo las antinomias sociales en su propia unidad. Ese papel —naturalmente— se hace recaer en el Estado, que a juicio de Gentile —uno de los teóricos del fascismo italiano—, "es la gran voluntad de la nación, y, por tanto, su gran inteligencia".

Los caminos filosóficos recorridos son muy diversos, pero todos llevan al monopolio jurídico del Estado.

Por un sector, Hobbes y Hegel. Por otro opuesto, Kant y Rousseau.

Para Hobbes, cuando se ha instaurado una república hay unas leyes, no antes; el soberano —sea una asamblea o un hombre—, no está sujeto a las leyes civiles, "pues teniendo el poder de hacer y deshacer las leyes puede, en el momento en que le plazca, dispensarse de esta sujeción aboliendo las leyes que le molestan haciendo otras nuevas".

Según Hegel, "todo lo que es real es racional y todo lo que es racional es real"; no hay discordancia entre lo que es y lo que haga el Estado será justo.

Por otro trayecto, para Kant y para Rousseau el Poder no corresponde más que al pueblo. Sobre esta base razona Kant: "Cuando alguien decide alguna cosa respecto de otro, siempre es posible que le haga alguna injusticia; pero toda injusticia es imposible en aquel que decide para sí mismo. El pueblo, por tanto, nunca será injusto consigo mismo".

Claro que esa afirmación —como nota Bertrand de Jouvenel— implica una triple ficción: 1º) Que la decisión deliberada de la mayoría no puede ser injusta con algunos; 2ª) que el cuerpo social del pueblo formule una voluntad deliberada; y 3ª) Que éste sea consultado para cada ley.

Lo cierto es que tal poder legislativo ilimitado —como pre-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vió Benjamín Constant— pasa de la sociedad entera "a la mayoría y de la mayoría a algunos hombres o, a menudo, a uno solo".

La separación del Poder Legislativo y el Ejecutivo poco preservan, si la permanencia de éste depende de la confianza de aquél; o bien si a la inversa el Legislativo no es más que un coro de marionetas del Ejecutivo, incapaz de rechazar sus propuestas fundamentales. La independencia de la función judicial es un dique pequeño si el poder soberano modifica con leyes la jurisprudencia interpretativa que no le sea grata; si recurre al nombramiento de jueces especiales, o bien si moviendo los órganos de opinión controlados por métodos de agitación, cada vez más perfeccionados, explota el decepcionante simplismo de la masa y ante ella desacredita las verdades jurídicas mantenidas por unos pocos hombres sitiados en el Tribunal Supremo —como observa también Bertrand de Jouvenel—.

En el terreno político, las monarquías absolutas del Renacimiento, y más aún la Revolución francesa, han hecho mucho para imponer el predominio estatal. Como ha dicho Federico de Castro, el humanismo y el individualismo rompen con los cuerpos intermedios que es el armazón que defiende al individuo de la omnipotencia del Estado. Jaime Guasp ha estimado exagerada esta apreciación y ha argüido que una concepción débil no quiere decir una concepción inexacta, por lo que no debe decidirse su exterminio, sino su esfuerzo, "a no ser —transcribimos literalmente— que se entienda que la verdad de que los corderos son devorados por los lobos, es una razón que justifica el degüello de los primeros y la sobrevivencia de los segundos". Pero el ejemplo del admirado Guasp es sofístico. De lo que se trata, ante la imposibilidad de convencer a los lobos de que no se coman los corderos, es de defender a éstos, y para ello de conservar las estructuras de sus rebaños, es decir, mantener a los corderos con sus pastores, con sus perros y sus apriscos, para que los lobos no los devoren.

René Savatier, al principio de su obra **"Du Droit Civil au Droit Public"**, observa que fuera del Estado "todos los grupos, todas las comunidades, que limitaban la libertad del individuo desde la familia hasta la corporación, todos parecían a los ojos de la Revolución, a los ojos de Juan Jacobo Rousseau y también a los ojos de Bonaparte, unos usurpadores de la libertad individual".

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El fenómeno no es nuevo. Se ha repetido en casi todas las civilizaciones como un síntoma de decadencia. Con relación al Bajo Imperio, Declareuil, en su libro **"Rome et l'organisation du Droit"**, publicado en 1924, explica cómo la legislación, transformada en excesivamente exuberante, osciló entre los extremos del individualismo y del socialismo de Estado, pues el Estado que liberó todo lo posible a los vástagos del poder paternal, que debilitó la autoridad marital invitó a los libertos a romper los lazos del patronazgo y llegó a acariciar a los propios esclavos, los sumergió a todos en la servidumbre rigurosa de su organización socialista, en forma tal que semejantes progresos del individualismo correspondieron y contribuyeron a la instauración del socialismo de Estado más extremista y racionalizado que nuestro Occidente ha conocido.

El hecho de considerar al Estado como creador y árbitro del Derecho lleva naturalmente como consecuencia a que éste conceda una atención muy relativa a la Justicia y coloque por encima de ella toda clase de razones de oportunidad o conveniencia. Como ha dicho Ripert, se han invocado principios políticos, sociales y económicos, sólo se ha olvidado hablar de justicia y de moral.

Los Gobiernos han procurado la conservación del poder; la administración, la realización con la mayor eficacia y rapidez de los planes que justifiquen su actuación; los cuerpos técnicos, la realización de obras espectaculares; los hacendistas, las fórmulas más cómodas y fáciles para el organismo recaudador; los cuerpos de funcionarios ministeriales, la solución que mejor favorezca sus propios intereses; el partido dominante, la que más votos puede asegurarle en la próxima elección, etc. Los funcionarios han llegado a tener la sensación de que cada uno de ellos, en su respectiva esfera, era el propio Estado.

Dice Roubier que la vieja máxima **salus populi suprema lex** representa una gran tentación para los hombres de Estado, que invocan sedicentes necesidades, para abrir una brecha en el orden jurídico; y acusan entonces a los intelectuales que se detienen ante escrúpulos de justicia, como hizo, nada menos que en Inglaterra en 1889, J. Chamberlain, "de traicionar su deber na-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cional y de lavarse las manos como Pilatos de responsabilidades nacionales".

También se ha alegado que es preferible la injusticia al desorden. Aunque a eso haya replicado Ripert que la injusticia también es un desorden intelectual y moral, frecuentemente peor que el otro, pues a la larga o a la corta pondrá la sociedad en peligro.

Así, la ley se ha hecho fuente omnipotente y casi única de todo el Derecho y ha proliferado en forma tan pluriforme como absorbente. Lo peor es que muchos juristas empiezan a no saber moverse sin la falsilla de un texto legal; ante cualquier punto dudoso piden una reforma legal; para aplicar las leyes solicitan reglamentos y luego órdenes aclaratorias y circulares. Se ha perdido el hábito de razonar jurídicamente, sólo se desea aplicar mecánicamente normas detalladamente escritas.

No era así en Derecho Romano. Fritz Schulz, en sus **"Principios de Derecho Romano"**, recuerda que aproximadamente en quinientos años de alta cultura jurídica, desde fines de las guerras púnicas a Diocleciano, la producción estatal del Derecho se mantuvo en segundo plano y se circunscribió a determinadas funciones. A su juicio, Savigny dedujo del Derecho Romano clásico su tesis de que la ley sólo debe intervenir: cuando fines políticos superiores exijan la reforma del Derecho existente; cuando resulten dudosas determinadas de sus reglas, o cuando se trate de normas —como, verbigracia, la fijación de plazos de prescripción— del tal modo positivas, que sólo puedan establecerse por declaración estatal.

En Derecho intermedio se legisló muy poco: se admitió el desuso y la costumbre contra ley —evidentemente justos, pues si una ley no se aplica, o la ha desplazado una costumbre, lo injusto es aplicar en un caso aislado esa ley que en los demás casos es desconocida—.

Alfonso García Valdecasas nos ha recordado que **lex** viene de **legere**, leer: "Ley, tanto quiere decir como leyenda", rezaron las Partidas. La ley era un leer la verdad del Derecho. En su sentido originario es ley porque lee lo que es Derecho. "En ningún modo es que la ley cree el Derecho, sino al revés, que la ley lo es en verdad en cuanto encuentra y dice lo que es Derecho".

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por eso, conforme los escolásticos, la ley debía reunir determinados requisitos intrínsecos para su validez. Así, Santo Tomás la definió como **ordenación racional al bien común;** y en la Quest. 60., artículo V, de su **"Summa Theologica"**, nos dice que si la ley escrita contiene algo contra el Derecho Natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar, pues el Derecho Positivo sólo es aplicable cuando es indiferente ante el Derecho Natural, cuando ante éste resulte igual que una cosa sea hecha de uno u otro modo; y que aun las leyes rectamente establecidas son deficientes en algunos casos, en los cuales, si se observasen, irían contra el Derecho Natural, y por eso no deben juzgarse según su letra, sino recurriendo a la equidad.

Sin embargo, el Estado moderno ha pretendido el monopolio del Derecho, queriéndolo concretar en la ley como expresión de su voluntad soberana.

Ya Luis XIV, en 1667, prohibió a los jueces todo comentario a la ley o que se apoyaran en prácticas jurídicas anteriores. Paralelamente, unos años después —los extremos se tocan—, Danton afirmó que "el Juez es el siervo de la ley". Y poco más tarde Napoleón —como nos explica Gaudemet— estimó **"suspect d'ideologie subversive et principe d'anarchie"** todo intento de interpretación de su Código. El **Code** de Napoleón comenzó a interpretarse con ese criterio, estimándolo completo y perfecto. Laurent afirmó que el Derecho es la ley escrita, que todo el Derecho estaba ya hecho e incluído en el Código, y Liart dijo que el jurista no debía ya ser más que un mero geómetra que todo lo dedujera de los teoremas de la ley.

Otra vez, desde el extremo totalitario, el ministro italiano de Justicia, Rocco, afirmó que sólo el Estado posee la facultad de ser fuente del Derecho y que el Estado moderno no puede conceder participación de este atributo de su soberanía a ninguna fuerza social.

c) EL OLVIDO DE LA REALIDAD VITAL A LA QUE EL DERECHO SE REFIERE, TRANSFORMANDOLO EN MERA FORMA VACIA DE SUSTANCIA

Si el Derecho no es anterior al Estado y si toda norma jurídica deriva de la voluntad de éste, la tesis de la escuela norma-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tiva de Viena, creada por Hans Kelsen, es perfecta. La teoría pura del Derecho resulta una especie de geometría de las reglas jurídicas, fundadas en nociones **a priori, formales,** que eliminan los datos de la experiencia. Establece una separación fundamental entre la forma y el fondo, pues **el contenido** del Derecho no puede ser materia de una pura ciencia **normativa,** o del deber ser, como es el Derecho, diversa de las ciencias naturales o del ser. El Derecho, entre las ciencias normativas, es separado totalmente de la moral, porque ésta es un imperativo categórico y autónomo, mientras aquél es un imperativo hipotético y heterónomo, caracterizado por la coercibilidad. Tanto **purifica** el Derecho de todo elemento considerado metajurídico, que distingue: las normas primaria y secundaria, es decir, ésta: que establece la norma de conducta; y aquélla: que ordena la coacción si el mandato es desobedecido; y decida que sólo esta norma primaria es realmente jurídica. Con ello el Derecho se reduce al Derecho positivo impuesto por el Estado y se aísla de cualquier elemento valorativo. Así, todo se resume para el jurista en conocer la voluntad del Estado, que cuanto quiere lo transforma en Derecho, como —según frase de Martynick— Midas convertía en oro todo lo que tocaba. El Estado en la teoría del Derecho puro, se aísla de su carácter sociológico, y se concreta en una **categoría lógica formal,** en un **sistema de normas,** vértice de la pirámide jurídica kelseniana.

Al llegar aquí se observa la laguna fundamental de esta construcción. Con ella el orden jurídico en definitiva dependerá de la fuerza, pues resulta —como agudamente ha dicho Kulischer— que el Estado es la última revolución que ha triunfado, y si se identifica con el Derecho, éste no será más que el producto de la fuerza triunfante. ¡Triste coronación de una construcción científica tan cuidadosamente formulada!

Pero el normativismo no se reduce a Kelsen y su escuela de Viena.

A finales del siglo pasado, Thon había deducido científicamente que el derecho subjetivo no era sino el reverso del objetivo, de modo tal que toda la vida social quedaba fuera de lo jurídico, reducido al ejercicio procesal de las acciones. Y mucho antes la escuela de la exégesis, en la práctica, había agotado el

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

normativismo razonado con lógica puramente formal sobre el texto de la ley con meros argumentos literales, basados en su dogma de la plenitud de la ley, con los que aplicó los principios de identidad, contradicción y **tertium non datur.**

El hábito de ver la norma aislada de la vida lleva consigo la pretensión de legislar sin atender a las reacciones sociales que la norma pueda provocar. Es algo absurdo que ya advertimos hace tiempo. Un buen compañero, Notario de puerto de mar, nos escribió esta glosa: "Veinticinco años peina la metáfora de la nave del Estado y de su timón legal, y yo, que tengo un puerto debajo de mi ventana, nunca he creído en la acción directa de leyes y timones. El viento o el vapor empujan, la mar resiste y el timón canaliza en nuestro provecho la resultante. La ley químicamente pura tiene la misma eficacia que intentar maniobrar con un barco parado".

Pongamos un ejemplo:

Hace más de un siglo que al discutirse la Ley Hipotecaria tratándose de las hipotecas legales, hubo quien, invocando la protección de la familia, lamentaba que los intereses de ésta se pospusieran a los de un desconocido, el tercero hipotecario, en virtud de la sustitución de la hipoteca general y tácita por las especiales y expresas, que —pronosticó— nunca se constituirían. Se partía, en el Derecho anterior, de un concepto patriarcal de la familia —el padre administraba y disponía—, pero se concedía una protección a los demás miembros contra los actos de aquél. El Código Civil mantuvo le irresponsabilidad de la mujer frente a los acreedores de la sociedad de gananciales, y su preferencia a ellos como acreedora de su dote y sus parafernales. Hace tres años se modificó el artículo 1.413 del Código Civil para proteger a la mujer, y su protección se quiso acentuar en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Hoy se ha conseguido que los Bancos no concedan crédito al marido, ni le otorgue préstamos el Banco Hipotecario, si la mujer no se obliga solidariamente con él. Ella tiene que responder con sus bienes privativos, y así todos sus privilegios se desvanecen. Si el proyecto publicado hace un año en el **Boletín de las Cortes,** y luego retirado, que pretendía desarrollar dicho artículo 1.413, hubiese llegado a ley, resultaría que el marido, respecto de sus gananciales, sería poco más

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que un menor emancipado, incluso para contraer deudas. Pero la reacción de la sociedad ante la norma habría llevado a que la mujer tuviese que respaldar siempre a su marido, porque así lo exigirá quien le prestara o contractualmente le concediese crédito. Si el marido no concretara sus gananciales en sociedades mercantiles que él controlara, sufriría esa **capitis diminutio;** pero, por su parte, la mujer y la familia habrían perdido prácticamente todo cuanto les restaba de su antigua protección. La Ley Hipotecaria no quiso restringirla; las recientes leyes han querido aumentarla, pero —entre todas—, por olvidar las reacciones humanas más elementales, conduzcen a destruirla **de facto.**

d) LA DESPERSONALIZACION DEL SUJETO

El normativismo reduce la persona a ser un simple elemento de la norma jurídica. Hollaus dijo que la persona es el sujeto de la oración. Kelsen, que es una calificación general del supuesto de hecho. Consecuencias, muy naturales, de considerar que la relación jurídica y todos sus elementos tienen carácter abstracto.

Por otra parte, tampoco tiene nada de particular que, divinizado el Estado por el nazismo, algunos tratadistas sostuvieran que sólo como miembro de la comunidad nacional tiene el hombre personalidad jurídica.

Sin llegar tan lejos, por otros caminos, las doctrinas estatificadoras y las sociológicas llevan a resultados parecidos de desconocimiento de la personalidad humana.

Pío XII, en el radiomensaje de Navidad de 1952, denunciaba la realidad de ese fenómeno moderno y señalaba la preocupación que causa a la Iglesia.

"Desgraciadamente no se trata ahora de hipótesis y previsiones, pues es ya un hecho esta triste realidad: donde el demonio de la organización invade y tiraniza al espíritu humano, en seguida se revelan las señales de la falsa y anormal orientación del desarrollo social. En no pocas naciones el Estado moderno se va convirtiendo en una gigantesca máquina administrativa, que extiende su mano sobre casi toda la vida: la escala completa de los sectores político, económico, social, intelectual, hasta el nacimiento y la muerte, quiere que sea materia de su

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

administración. No es, pues, de maravillar que en este clima de lo impersonal, que tiende a penetrar y envolver toda la vida, el sentimiento del bien común se embota en las conciencias de los individuos, y que el Estado pierda cada vez más el carácter primordial de una comunidad moral de ciudadanos." "De ese modo se revela el origen y el punto de partida de la corriente que arrastra al hombre moderno a un estado de angustia: su **despersonalización.** Se le ha quitado en gran parte el rostro y el nombre; en muchas de las más importantes actividades de la vida ha quedado reducido a mero objeto de la Sociedad, porque ésta, a su vez, se ha transformado en un sistema impersonal, en una fría organización de prensas".

Juan XXIII, en su radiomensaje de Navidad de 1959, continuaba con igual preocupación: "Las perturbaciones que conmueven la paz interior de las naciones arrancan principalmente del hecho de que el hombre ha sido tratado casi exclusivamente como un instrumento, como una mercancía, como una pobre rueda de una gran máquina, como una simple unidad de producción."

No hace mucho tiempo, en la carta de la Secretaría de Estado dirigida, en nombre del Papa, a la 47 Semana Social de Francia, firmada por el Cardenal Tardini, observó que: "El hombre moderno ve que se le restringe excesivamente, en muchos casos, la esfera en que puede pensar por sí mismo, obrar por propia iniciativa, ejercer sus responsabilidades, afirmar y enriquecer su personalidad."

¿Se cumplirá la profecía del profesor de la Universidad Católica de Friburgo, Gonzague de Reynolds, cuando dice: Supongamos que se alcance "una organización tal de la humanidad que el hombre se encuentre en ella reducido al rango de una hormiga superior, aprisionado por un sistema de socialismo totalitario en que el Estado regularía la vida y su actividad día por día, el ser humano iría perdiendo poco a poco el gesto del riesgo, el espíritu de iniciativa, el sentido y la necesidad de independencia personal. Al perpetuarse, este sistema produciría por la fuerza de los acontecimientos una atrofia del cerebro que, a su vez,

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

actuaría sobre la anatomía: y, al cabo de esta evolución regresiva, llegaríamos a obtener un tipo humano degenerado: un tipo bestial."

Jaime Guasp, ante los peligros de esta postura deshumanizadora, intenta libertar al hombre de ser meramente el centro de una relación formal, para lo cual define al individuo frente a la persona: a ésta como algo instrumental y formal y a aquél dotado de una visión finalista. Así, considera Guasp el Derecho Privado como Derecho del individuo y al egoísmo individual como base del Derecho Privado, incluso en el ámbito del Derecho de Familia; mientras el Derecho Público sería —a su juicio— el Derecho de los intereses transindividuales. Pero, aparte de que la reacción nos parece excesiva, mucho tememos que ese dualismo acentuaría necesariamente la permanente guerra entre el Derecho Público y el Derecho Privado, en la que aquel acorralaría a éste, cada vez más, como a una especie a extinguir.

e) LA DESCOSIFICACION DEL OBJETO

Las concepciones normativas, de una parte, y el idealismo cartesiano, aplicado por el conceptualismo dogmático, de otra, han llevado a la descosificación del objeto del Derecho.

Con el normativismo de Thon, el objeto del Derecho subjetivo no es sino la conducta determinada por el Derecho objetivo, de modo tal que incluso los derechos reales no tienen más objeto que el efecto de esas prohibiciones impuestas a toda la humanidad menos al titular de la cosa. Así, como objetó Binding, la realización entre persona y cosa queda reducida a no ser más que "un agujero en el centro de un círculo de normas" ("Ein Loch in Centrum eines Normenkreises").

Por otro lado, el idealismo metódico iniciado por Descartes había sustituído al **ser** por la **idea.** La naturaleza de las cosas fue sustituída como primera evidencia por los conceptos puros.

"Descartemos todos los hechos —llegó a proponer Rousseau—, porque no tienen nada que ver con la cuestión".

Para Kant el **nóumeno,** es decir, la realidad en cuanto realidad, desaparece totalmente en la razón pura, y aunque él mismo la admita al llegar a la razón práctica, sus discípulos lo van

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

eliminando. Fichte lo consideró como un residuo de la metodología realista e hizo de todo objeto y de todo ser un producto de la conciencia infinita. También los neokantianos la rechazan como residuo metafísico.

Sobre esta base, la moderna pandectística ha elaborado toda la ciencia jurídica con conceptos, en los cuales pretendió abstraer toda la realidad, para razonar sobre esas abstracciones. Se transforma así el Derecho en una mera lógica de conceptos, con olvido, como ha dicho Biondi, de que el absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.

Otro fenómeno derivado del conceptualismo dogmático consiste en razonar no ya sobre conceptos, sino únicamente sobre palabras, es decir, sobre los signos gramaticales colocados en la etiqueta definitiva de cada concepto. Así, la confusión llega a ser mucho mayor, porque a conceptos dispares de una misma cosa se les quiere asignar por sus respectivos sostenedores un mismo nombre, que todos quieren monopolizar, y así se emplea idéntica palabra en sentidos diversos y discrepantes. En ocasiones, en un mismo razonamiento se hacen trasposiciones de conceptos distintos representados por una misma palabra, cometiéndose una falta más grave aún de lógica. Y aun no incurriendo en ella, el nombre y la cosa quedan más alejados entre sí, separados por la diversidad de conceptos, que sólo han abstraído parte de la realidad, y que, a su vez, sólo relativamente son representados por la denominación aplicada.

Por ende, resulta aventuradísimo sacar consecuencias reales de los resultados puramente conceptuales deducidos por ese método.

Hemos recordado más de una vez la frase muy gráfica del filósofo neorrealista Noel: "De un clavo pintado sobre la pared sólo puede colgarse una cadena igualmente pintada en la pared". Sin embargo, el conceptualismo dogmático muchas veces lo intenta.

Pensemos, verbigracia, en los llamados **derechos sobre derechos**, que algunos defienden de ciertas críticas diciendo que el derecho es una relación inmaterial y, por ende, sus elementos también son inmateriales y, siendo así, no hay impedimento para que esa relación inmaterial pueda, a su vez, ser objeto de otra

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

relación igualmente inmaterial. Es como si dijéramos que los derechos sobre derechos son relaciones pintadas en la pizarra, con su sujeto y su objeto igualmente pintados. Mientras tal figura la conservemos en el paraíso de los conceptos, ningún mal acarreará, aunque tampoco nos servirá para gran cosa.

Claro que esto, quizás, dé lugar a que empleemos términos absurdos, como, verbigracia, "el usufructo de la nuda propiedad", que nos recuerda aquel viejo refrán: "quien nísperos come, bebe cerveza, chupa espárragos y besa a una vieja, ni come, ni bebe, ni chupa, ni besa", y, ¡claro está!, menos aún usufructúa quien usufructúa sólo nudas propiedades.

Pero lo grave es pretender llegar a conclusiones reales, apoyándolas en ese concepto ideal, o quizás tan sólo en el nombre que lo quiere expresar, porque aquéllas estarán tan sólidamente asentadas como la cadena real que pretendiéramos colgar en el clavo pintado. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, observaremos que algunos, barajando el nombre de **usufructo de la nuda propiedad** y el concepto de la nuda propiedad de minas o de acciones, ha pretendido deducir que el usufructuario de la nuda propiedad tenía derecho al mineral que el nudo propietario puede extraer y al ejercicio de los derechos reservados al nudo propietario de acciones sociales, con la cual nos hallamos ante un usufructo que no usa y disfruta **salva rerum substantiae,** sino que devora la sustancia. ¡Que no es, por tanto, un usufructo! He ahí como, por arte de prestidigitación de palabras y conceptos, una expectativa de usufructo futuro se convierte en una actual destrucción de la sustancia, como si un ilusionista transformara el perrito faldero de una espectadora en feroz pantera.

Es indudable que el conceptualismo —despojado de esos errores de aplicación— ha proporcionado un evidente progreso a la Ciencia del Derecho, al perfeccionar la terminología jurídica y poner orden a fundamentales cuestiones. Su defecto estriba en pretender pasar de la **semántica** y la **clasificación** a la **construcción jurídica.**

Al hacerlo, considera dotadas de realidad objetiva y permanente concepciones ideales de índole provisional y puramente subjetiva —como notó Gény—, lo que lleva "al abuso de hacer residir **a priori** todo el sistema de Derecho Positivo en un número limitado de categorías lógicas, predeterminadas por esen-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, para acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida". Así resulta un ropaje inadecuado para las nuevas exigencias de la vida.

Talvez, por ese hecho, puede explicarse el desgajamiento del tronco del Derecho Civil de una serie de nuevas disciplinas, que no cabían en el corsé dogmático y que, al separarse, por reacción han caído en el mayor normativismo.

I I

Concluído el repaso de las principales cuestiones en las cuales radican, a nuestro juicio, las causas principales de la actual crisis del Derecho, intentaremos ver si en la doctrina hallamos algo de luz que pueda ayudar a que el Derecho salga del estado en que se halla sumido. Para hacerlo recorreremos —muy brevemente— en sentido inverso el camino aquí seguido.

a) La **descosificación del objeto** nunca ha llegado a ser cuestión pacífica. El conceptualismo ya fue ironizado por Ihering en su **"Jurisprudencia en broma y en serio"**, y duramente atacado por Heck y la jurisprudencia de intereses de la Escuela de Tubinga.

Recientemente se invoca de nuevo la naturaleza de las cosas. Se insiste en que el método jurídico no puede ser **axiomático**, derivando los resultados por una cadena de deducciones, al modo de la geometría euclidiana, en un sistema cerrado de ideas, que requiere premisas absolutamente ciertas que no suelen darse en el Derecho. Contrariamente, el de éste debe ser **apodíctico** o **tópico**, de investigación orientado a problemas, según afirma Theodor Wiehweg en su obra **"Topic und Jurisprudenz"**. A problemas reales, que han de recoger todos los datos de la realidad, entre los cuales las **cosas** deben ser captadas y estimadas tal como son.

La separación en planos distintos del **derecho** y la **cosa** ha llegado a un grado tal en ciertas mentalidades jurídicas —en especial al ser proyectada a ese **summum** de la geometría jurídica que es la Hipotecaria— que ha hecho falta que el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Noviembre de 1960, considerará que "la fe pública podrá, por una ficción, hacer transmitir un dere-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cho de un no titular del mismo y dar por existente lo que en realidad jurídica no existe, pero el legislador no puede por la sola fuerza de la ley crear de la nada un área de terreno, fingir un edificio donde sólo hay un solar, etc., y así, si una finca no existe o es distinta a como en el Registro la describe, ninguna disposición de Derecho puede hacer que la finca se conforme a lo que dice la inscripción, estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta".

Es que el objeto es un **quid metajurídico.** Un **prius** que el Derecho recoge y valora, pero que no puede abstraer, ni alterar su ser ontológico.

Sólo a cosas se proyecta el interés de la relación jurídica. Interés que puede referirse a toda la cosa, a una parte de ella o a algo a verificar en la misma.

b) Contra la **despersonalización del sujeto** han reaccionado la Filosofía y el Derecho.

Dice Gilson que el rasgo más fundamental del credo occidental ha sido la firme creencia en la eminente dignidad del hombre. Creencia que fue elaborada en la filosofía griega por los estoicos, en el Derecho Romano, fundamentalmente por el **Ius Gentium** y la obra del pretor, y, en fin, por el Cristianismo, que considera creado al hombre por Dios a su imagen y semejanza como el más perfecto de los seres de la tierra y con el logro de su propia salvación como su más alto deber.

Nuestro Cardenal Primado, en su discurso de clausura a la VII Asamblea de Acción Social Patronal de España, ha expuesto la posición cristiana con estas palabras:

"Dios Nuestro Señor no ha creado al hombre individual; lo ha creado para que se perpetuase por medio de la familia; lo ha creado también como esencialmente social. Y, sin embargo, la sociedad es para el hombre, y el mismo Estado es para el hombre. ¿Por qué? Porque la sociedad, el Estado, las naciones, no son inmortales. En la eternidad no habrá naciones; éstas recibirán ya su justicia en este mundo, como se comprueba en la Historia. ¡Sólo el hombre, el alma, es inmortal!".

"Y por ello aún hay este equilibrio en la doctrina social cristiana entre el individuo, la sociedad y el Estado".

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para el Derecho, la persona, como las cosas, deben ser consideradas **tal como son.** Aquéllas y éstas son metajurídicas. Son categorías ontológicas, realidades, por tanto, que el Derecho no crea, sino que reconoce y valora jurídicamente.

Hernández Gil —en su prólogo a la obra de Pascual Quintana, **"Hacia el concepto del Derecho Civil"—**, recuerda que para definir la persona debe huirse de sus aspectos parciales —sean los de la individualidad racional, la conciencia de sí, la libertad o la existencia—, como han hecho determinadas tendencias filosóficas, también debidas a idealismos metódicos. Hay que recoger la plenitud de la persona humana en todas sus vivencias, entre las cuales la libertad y la voluntad le son consustanciales, pero no la agotan totalmente.

c) Al **olvido de la realidad vital a que el Derecho se refiere** se ha llegado por dos caminos —que en muchas ocasiones han confluído—, el normativismo y el conceptualismo. Este ya había sido combatido por Ihering. Los dos lo fueron para Gény. Pero el ataque en regla ha partido de las llamadas escuelas del Derecho libre, sociológicas, del realismo jurídico, de la jurisprudencia valorativa. La primera adopta con respecto al problema de las fuentes del Derecho una posición sociológica; el Derecho es ante todo el derecho vivo, espontáneo, el producido directamente por la organización social. La Ley y la Jurisprudencia sólo son fuentes formales, es decir, medios de constatación del Derecho; pero en realidad éste en sí mismo es anterior. Hay un Derecho espontáneo, brotado directamente de la realidad social, opuesto al estatal u oficial, producido por fuerzas sociales y obra de la sociedad, no del Estado. En su punto límite estas escuelas confunden el Derecho con la Sociología.

Carlos Cossio, en su teoría egológica, afirma que el objeto de la Ciencia del Derecho no lo constituyen las normas, sino los actos humanos.

La nueva jurisprudencia valorativa alemana vuelve a la llamada **naturaleza de las cosas.** Es interesante recorrer, de la mano de Larenz, el tránsito de la jurisprudencia de intereses o **Interessenjurisprudenz** a la jurisprudencia valorativa o **Wertungsjurisprudenz.** Aquélla, en lugar de considerar el Derecho como un conjunto de normas imperativas —como el normativis-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mo—, o bien como un conjunto de declaraciones sobre conceptos jurídicos conectados entre sí lógica y sistemáticamente —como el conceptualismo—, lo entendió —según explicó Heck— como una suma de normas que deben servir para resolver los conflictos de intereses en la forma concreta estimada adecuada por el legislador. En cambio, para la actual jurisprudencia valorativa, los criterios de valor no deben deducirse de la ley, sino de la **naturaleza de las cosas** —sin la cual, a juicio de Coing, no puede crearse un orden justo— y los principios de valoración y criterios de ordenación, reconocidos y jerarquizados en la conciencia social, que no son creados por el legislador —quien, como destaca Maihofer, ha de ajustarse a ellos— y que, por tanto, no deben su obligatoriedad al hecho de haber sido expresados más o menos claramente en la ley, según subraya Esser.

Se ha observado en Coing, especialmente, el influjo filosófico de Max Scheler, que rechaza los postulados del positivismo jurídico, el voluntarismo, la doctrina del contrato social y el relativismo kelseniano, y restablece por encima de la ley positiva "lo justo", el "orden objetivo del Derecho", descubierto y no construído, visto "en las cosas" por nuestra inteligencia y rico en contenido "material" y no sólo "formal".

A la par que se da valor a estos criterios filosóficos, prácticamente se examina la realidad desnuda de todo ropaje conceptual —sin las **gafas jurídicas conceptuales** a que alude Esser— y se repudia —como dice Puig Brutau, en sus notas a Serick— toda argumentación maquinal que, apoyada en un texto legal, realice deducciones puramente lógico-formales, bien sean **a contrario**, por no inclusión, no exclusión o no distinción, etc.

También en Francia renace la preocupación por la "naturaleza de las cosas" como base metodológica. Pero ahí a Michel Villey —a diferencia de Coing— no le preocupa el regreso a Aristóteles y a Santo Tomás, sino que se aproxima a la formulación escolástica.

Estas concepciones jurídicas, independientemente de los defectos de algunas de ellas, tienen indudablemente el acierto de apartarse del prejuicio de considerar la ley como el centro de todo razonamiento jurídico. Prejuicio que equivaldría en Medicina a que los médicos tomaran los medicamentos, con sus eti-

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quetas, como base de todos sus diagnósticos, razonamientos y problemas. El centro, la base de toda la labor del médico, es, evidentemente, el enfermo. Se trata de sanar al enfermo. Las medicinas son instrumentales.

El centro, también, de todo razonamiento jurídico es la vida, la situación social, a la que trata de referirse para hacer justicia. Las normas tienen un valor instrumental. Las normas han de aplicarse, pero sólo en cuanto resulten adecuadas. No por el afán de imponer su texto literal, sea o no adecuado a las circunstancias reales de la situación jurídica de que se trate.

d) La **estatificación del Derecho** aparece como una característica de determinados períodos históricos, dimanante de sus peculiares concepciones políticas. H. Kantorowicz ha afirmado que el prejuicio del monopolio del Estado para la creación del Derecho, desconocido por los romanos de la gran época, se formó en el período de su degradación política por los emperadores bizantinos, fué resucitado por los soberanos absolutos de los siglos XVII y XVIII y más tarde por el jacobinismo revolucionario.

Históricamente es evidente que el Derecho es anterior al Estado. Y ha existido y existe fuera de él, como lo demuestran el Derecho Internacional, el Derecho Canónico y los Derechos corporativos.

Precisamente un internacionalista, Frankestein, destacó hace tiempo la distinción entre la Ley y el Derecho. La Ley, **lex, loi, law.** El Derecho, **ius, droit, diritto, recht.** La Ley como emanación de la voluntad soberana, formulada por acto de voluntad del poder público. El Derecho, como un juicio de juridicidad, una elaboración racional, un razonamiento. En alguna ocasión he repetido que: mientras la Ley es la producción característica del soberano, del poder político; el Derecho debe reflejarse por excelencia en la producción de los tribunales de justicia, fundamentalmente en los que causan jurisprudencia.

Pero, ¿cómo evitar que el poder del Estado, adueñándose del Derecho, destruya la obra milenaria de los juristas? En primer lugar, para impedirlo hará falta, sin duda, una convicción social de la necesidad, cada vez más apremiante, de que se legisle menos, de que las leyes no se cambien sino en cuanto resulte

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

imprescindible, de que los reglamentos no puedan tratar de lo que sea materia de ley, y de que las órdenes comunicadas ni las circulares no se tengan en modo alguno por Derecho objetivo.

En la generación anterior a la nuestra se creía que la ley y los conceptos proporcionaban seguridad jurídica. Hoy, el incesante cambio de leyes y la disparidad de criterios conceptuales hacen pensar en que la jurisprudencia la había garantizado mucho mejor durante siglos en los países del **civil law** y que sigue haciéndolo en los del **common law.**

En segundo lugar es necesaria una magnífica organización judicial, independiente en todos los órdenes y aspectos, a la que nada se sustraiga. Ni siquiera la responsabilidad de los funcionarios que interpreten arbitrariamente e incumplan las leyes amparándose en la incomodidad y dilación de los recursos gubernativos.

Sin embargo, como ha dicho el catedrático de Lyon, Roubier, es preciso que el **régimen jurídico de subordinación** no se limite a la afirmación de que existe una comunidad humana en la que el estado tiene sus derechos soberanos. Aunque se mantenga la idea de que debe considerársele como la agrupación principal, es necesario organizar una serie de agrupaciones distintas dotadas de derechos con poder público, pues sólo el pluralismo de órdenes jurídicos permitirá evitar la atrofia del derecho individual, que conduciría a la tiranía.

Claro que estos cuerpos intermedios —regiones, provincias, municipios, corporaciones y sindicatos— han de ser representativos, o sea, han de brotar como las plantas, de abajo arriba, y no, al revés, descolgarse de arriba abajo dominadas ya sea por el Estado, por el partido mayoritario, por el partido único o por otros organismos superiores a las agrupaciones que deben ser representativas, pues en esos casos no hay tales cuerpos intermedios, sino simples sucursales del poder dominante totalmente mediatizadas y, por ende, no representativas.

Así, la antítesis libertad-autoridad debe transformarse en el binomio libertad-autoridad a través de la determinación de las respectivas esferas de competencia.

Pero para ello es necesaria la convicción de que existe un Derecho anterior y superior al Estado; de que, como dijo Pío XI, "las leyes humanas que están en contradicción insoluble con el

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Derecho Natural, están marcadas por un vicio original que ninguna violencia, ningún despliegue exterior del poder puede sanar". Y esto hace falta que sea reivindicado cuando se haga preciso, por la presión social de cuerpos intermedios. Esta es la única garantía contra los abusos de los Poderes Legislativos y Ejecutivo. Porque la llamada autolimitación del Estado o de la Administración no es más que una entelequia, simples puertas puestas al campo. Como pregunta Roubier: de no parecer el Derecho algo superior al Estado, ¿por qué éste se inclinaría ante él y lo respetaría?

e) ¡Ah!, pero con esto volvemos al punto primero y básico de la actual crisis del Derecho, **el olvido de la existencia de principios universales de Moral y Justicia,** negados por el normativismo formalista, de una parte, y por el positivismo historicista o sociológico, de otra.

En estas negaciones y, tanto como en ellas, en las dudas, vacilaciones y excepticismos de los más, se halla la raíz más honda de todos los males que lamentamos.

Es cierto que, en estos momentos, se observa algún alivio al repasar las más modernas orientaciones de los mejores cultivadores de la llamada "Teoría general del Derecho".

Algunos se han preguntado cómo puede explicarse el actual renacimiento de la idea del Derecho Natural después de las críticas formuladas por la escuela histórica, que durante tanto tiempo se creyeron definitivas.

Se ha replicado, por una parte, que toda época de crisis o de revolución acaba por volver los ojos al Derecho Natural. Por otra se ha demostrado que el Derecho natural criticado por la escuela histórica era sólo la concepción puramente racionalista de la llamada escuela del Derecho Natural, muy alejada de su verdadera significación.

En el fondo nos hallamos ante un aspecto del problema filosófico de los **universales.** Como ha dicho Cathreim, "el problema de la universalidad de los supremos conceptos y principios jurídicos se relaciona íntimamente con la cuestión general de la teoría del conocimiento: si hay conceptos universales, necesarios, inmutables, esto es, independientes por completo del lugar y del tiempo en cuanto a su valor".

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Lo cierto es que, por encima del normativismo, del empirismo y del positivismo, se defiende de nuevo, cada día más, la existencia de principios superiores.

Afortunadamente, grandes juristas defendieron, aún en los peores momentos, las raíces morales del Derecho.

Ihering había asegurado que la separación entre el Derecho y la Moral es un verdadero cabo de las Tormentas, indicando con ello cuántos al tratar de cruzarlo habían naufragado. Josserand ha llegado a negar la existencia de fronteras entre el Derecho y la Moral.

Más recientemente, Ripert, Dabin, Saavedra, los Mazeaud, Leclerc, han señalado la fundamental y esencial importancia de los principios morales en la determinación del Derecho justo y en su aplicación por los tribunales. Roubier indica que la Moral se inserta en el concepto del Derecho, que la recoge para la determinación de lo justo y la depasa en cuanto, entre lo igualmente justo, se trata de hallar lo más útil. Entre nosotros, Castán Tobeñas, De Castro y Hernández Gil, entre otros, han prestado su autoridad al reconocimiento del Derecho Natural.

Hoy la moderna orientación alemana se ha dado cuenta de la necesidad de buscar principios supralegales —pues si el Derecho derivase sólo del Estado éste no tendría más justificación que la fuerza; resultado que únicamente se salva en caso de ser el Derecho un **quid** anterior—. Y, también, de la insuficiencia de la mera experiencia, que equivaldría —según frase conocida— al intento del Barón de Munchhausen de salir del pantano tirando de su propia coleta, cosa sólo posible a ese imaginario personaje.

Hace unos años Alvaro D'Ors proclamaba en el Ateneo: "El **ius naturale** que el positivismo jurídico, liberal o totalitario, parecía haber desterrado definitivamente de la imaginación de los juristas, como si fuese un vano sueño, vuelve a brillar hoy con destellos prometedores".

Larenz resume que, con el reconocimiento de criterios de valor supralegales, de la naturaleza de las cosas y de los principios jurídicos que se anteponen a la ley, la ciencia jusprivatista alemana se ha alejado netamente de la orientación positivista que le era propia en las primeras décadas de este siglo.

En 1949, el profesor Leo Straus pronunció en Chicago seis conferencias recopiladas con el título "**Derecho Natural e Histo-**

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ria." En su prólogo afirma que: "El abandono del Derecho Natural conduce al nihilismo; aún más se identifica con el nihilismo".

En uno de los últimos números publicados por la **"Inter-American Law Review"**, revista bilingüe de la Universidad norteamericana de Tulane, se contiene un interesante trabajo del profesor de Michigan, Hessel E. Yntema, titulado "Ciencia jurídica y Derecho Natural" que destaca el renacimiento de la especulación naturalista y de una investigación realista de los problemas jurídicos en busca de una base más razonable y justa para resolverlos. Y nos dice que las conmociones y cambios sufridos estos últimos años obligan a explicar los fenómenos jurídicos no solamente en su lógica formal, sino en relación a la realidad social y dentro de la tradición del Derecho Natural a fin de buscar la justicia para el mundo de hoy.

También el número 1961 de los **"Archives de Philosophie du Droit"** se ocupa especialmente del Derecho Natural, al que su Director, profesor de la Facultad de Derecho de Estrasburgo, Michel Villey, dedica dos interesantísimos trabajos, abogando por el retorno al Derecho Natural clásico.

No puede olvidarse —como dice Roubier— que el Derecho no es una disciplina explicativa sino normativa, a diferencia de la Sociología, y que al lado de las realidades sociales que ésta nos aporte debe tener una teoría de los valores.

Alfonso G. Valdecasas insiste en que la elevación de la sociedad, más que directamente por el Derecho, se logra con el progreso de la elevación moral, con el perfeccionamiento de sus creencias sociales. Presupuesto de unas fuentes del Derecho realmente eficaces e idóneas es la existencia de un cimiento moral en todas ellas, sin el cual "todas las leyes son vanas".

* * *

Pero la palabra Derecho Natural se ha usado en diversas acepciones y cuando ha sido atacada lo ha sido, en general, con referencia concreta a la primera significación a que aludiremos. En efecto:

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ha habido una concepción puramente **racionalista** del Derecho Natural, iniciada por los autores protestantes Grocio y Puffendorf, apoyada en el matemacismo del idealismo cartesiano —del que se ha citado como exponente la obra de Spinoza **"Ethica more geométrico demostrata"**—,que pretendió elaborar una especie de Derecho ideal, una legislación modelo, con exposición paralela al Derecho Civil, en términos concretos, según principios axiomáticos, del que se hallaban empapados Rousseau y Montesquieu, y que se quiso ofrecer como modelo para las codificaciones.

Otra posición —que vemos, verbigracia, en Le Fur y en Capitant— quiere reducir el Derecho Natural a unos pocos principios muy generales, superiores e intangibles, que tienen como función determinar las reglas injustas puestas por los poderes públicos.

Una tercera concepción es la del llamado Derecho Natural de **contenido variable**, de Stammler, o de **contenido progresivo**, de Renard. Dabin propone sustituir la palabra **contenido** por el término aplicación, que cree disiparía todo equívoco. Lo **variable** y, a veces, **progresivo no sería el contenido, sino sólo la aplicación.**

Con esa salvedad empalmamos de nuevo con la concepción aristotélica y tomista del Derecho Natural, firmemente asentado en el Derecho Divino y la idea de la Justicia, apoyada en principios universales e inmutables; pero de aplicación tan contingente y mudable como múltiples son las circunstancias y variaciones de las cosas humanas; adaptados, por lo tanto, a la naturaleza de las cosas. De igual modo como la luz, siendo siempre la misma, varía sus tonalidades según los objetos donde se refleje.

El citado Villey recuerda la respuesta de Aristóteles: **extraeremos ante todo lo justo de la observación de la naturaleza.** Al método subjetivista que pretende deducir la justicia de la razón interna, opone el método que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior. No abstracta, sino concretamente. Reconociendo la existencia de un orden objetivo que no se trata de crear o inventar, sino de describir.

Pero esos principios objetivos de justicia y esas normas de Derecho anteriores y superiores al Estado y valorativas de las

Artículo: La crisis del derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Juan Vallet de Goytisolo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

realidades sociales, necesariamente han de tener un fundamento metafísico. De lo contrario, su existencia no podría explicarse. Como ha dicho Guido Gonella —en su monografía **"Diritto e Morale,"** publicada el año 1960—, "el problema de la justicia no es resoluble en su totalidad con independencia del problema teológico: los mismos metafísicos inmanentistas, que han negado la existencia de un Sumo Bien transcendente, han resuelto el problema teológico de lo justo colocando en los valores mundanos y temporales el Absoluto Bien, entendido como criterio de obrar según una determinada justicia".

Pío XI en su encíclica **"Mit Brennerder Sorge"**, al enunciar que: "Tal es el arrastre fatal de nuestros tiempos, que separa del fundamento divino de la revelación no solamente la Moral, sino también el Derecho teórico y práctico", aclaró: "Nos referimos aquí en particular a aquello que llaman Derecho Natural, inscrito con la misma mano del Creador sobre las tablas del corazón humano, y en donde la sana razón puede leer cuando no está cegada por el pecado y por la pasión".

Es preciso que las verdades defendidas sean verdades eternas, porque —como dice Bertrand de Jouvenel— es inútil esperar que una opinión pública vacilante salvaguarde un Derecho incierto. Y como sea —según él mismo advierte— que, por desgracia, el hombre "ha perdido las dos raíces que aseguraban antes su solidez: en sus partes esenciales, la fe en una ley divina; en las restantes, el respeto a las prácticas ancestrales...", privado de ellas... "sin antepasados, sin creencias y sin costumbres, está completamente desarmado ante la perspectiva que se hace brillar ante sus ojos de alcanzar un estado mejor, de realizar una utilidad social mayor..." Inerme ante cualquier señuelo que lo aleje de la justicia y le entregue a la tiranía de los más audaces, más hábiles o más fuertes.

¿Podrá rescatarse esa raíz esencial? La fe de las clases superiores, si la recuperan, talvez pueda aún contribuir a ello si predican con la verdad y el ejemplo.