

# V A R I A

## EL CONCEPTO CONCRETO

Expondremos en lo que sigue el contenido de unos trabajos del notable filósofo de Derecho alemán Larenz (véase sobre él REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 685 a 691), guiándonos en esta empresa menos la fecha reciente de la publicación de los mismos, ya que son relativamente antiguos (de 1938 y de 1940, respectivamente), sino la importancia de su contenido, por una vertiente, y el desconocimiento de sus ideas en España, por la otra

### I

Las dos obras metodológicos de Larenz, que tenemos a la vista, y destinadas a producir "una revolución en la lógica del Derecho", son: 1.º "Sobre objeto y método del pensamiento jurídico del pueblo" (Berlín, Junker und Dünnhaupt, 1938, pág. 55); 2.º "Contribución a la lógica del concepto concreto" (en "Deutsche Rechtswissenschaft", 1940, tomo V, Cuaderno 4., págs. 279 a 299).

1.º *Sobre objeto y método del pensamiento jurídico del pueblo*: El Derecho puede ser formado y "en formación" (1). El Derecho formado se compone de las leyes, del derecho consuetudinario definido y de las reglas jurisprudenciales determinadas. El Derecho no formado o "en formación" se halla en la "buena fe de la comunidad", en las "buenas costumbres", en el "honor social", la "honorabilidad", etc. El conjunto del Derecho formado y "en formación" constituye una totalidad orgánica. El Derecho formado es exacto, formula supuestos de hecho y consecuencias jurídicas; pero no puede mantenerse a la altura de las circunstancias; e infaliblemente llega un momento desde el que va a la zaga de la idea jurídica. Entonces hemos de completar y corregirlo mediante el Derecho "en formación", que, para ser aplicable en un caso determinado, requiere la "concreción" de parte del

(1) El Derecho "en formación" corresponde al Derecho libre de la "Escuela del Derecho libre" (v. Castán: "Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo", en *Libro-homenaje a De Diego*, 1940, pág. 135).

juez. Por tanto, opinamos que la ley contiene lagunas. La laguna en una ley no significa la imposibilidad de una solución legal del caso en autos, sino su solución insatisfactoria. La insuficiencia de la solución legal puede derivarse o de la recta aplicación de la misma idea legal o habida cuenta del Derecho "en formación". En el primer caso colma la laguna la analogía, en el segundo la concreción. Ejemplo de la laguna con referencia a la misma ley: ¿Qué ocurre, si en uno de los negocios en los que el menor emancipado necesita el consentimiento de su representante legal (véase art. 317 Código civil español) haya un interés opuesto del último frente al primero? Según el texto del art. 165 de nuestro primer Código sustantivo, el interés opuesto del representante legal no es obstáculo a su actuación, ya que dicha disposición se refiere sólo al caso del menor no emancipado. He aquí una solución. Sin embargo, dicha solución es insatisfactoria desde el mismo punto de vista del legislador. Por tanto, se nos impone la aplicación analógica del art. 165 (sentencias del 27 de junio de 1941 en REVISTA CRÍTICA 1942, pág. 48). Ejemplo de una laguna con referencia al Derecho "en formación": Un campesino, en lugar de recoger la cosecha, la deja estropearse en el agro. El texto y la idea del art. 348 del Código civil español nos brindan una solución permisiva del caso. Sin embargo, ella es insatisfactoria en atención al Derecho informado, que en algunos países, como por ejemplo en Alemania (Decreto para el aseguramiento de la agricultura del 23 de marzo de 1937), ya ha plasmado en disposiciones legales. Por ello, debemos concretar las ideas de "honorabilidad de un campesino", de la "propiedad como un bien que la comunidad confía al individuo para que lo administre según su destino", que es el de alimentar al pueblo. Bien es verdad, que el proceso lógico de la concreción requiere todavía un esclarecimiento. La concreción parte de una idea general indeterminada, y la determina para un caso concreto, no mediante una sencilla subsunción, sino de modo sintético, añadiéndole algo, que, a la par que la hace aplicable al caso en autos, la hace inaplicable a otros casos concretos. La corrección de la ley mediante la concreción del Derecho no formado es imposible, si se trata de materias jurídicas meramente técnicas (ordenación del Registro de la Propiedad, por ejemplo), o si el legislador lo prohibiera expresamente. Sin embargo, dicha prohibición no es respetable si se encuentra en leyes anteriores al Nuevo Estado o si se refiera en general a la aplicación del Derecho "en formación". La rela-

ción entre la ley y el Derecho pende, en último lugar, de la entre el Derecho y la realidad. El normativismo enfrenta el Derecho como conjunto de normas con la realidad como conjunto de factos brutos. La nueva concepción concibe el Derecho y la realidad como una unidad: una realidad ordenada y concreta. El pensamiento de ordenaciones concretas, barruntado ya por Platón, Schelling, Hegel, Bergson, Hauriou y Renard, ha sido desarrollado por Carl Schmitt ("Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", 1934; en contra Nagler, en "Gerichtssaal", tomo 111, 1938, pág. 94; Schwingen-Zimmerl, "Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht", 1937; Sauer, Juristische Methodenlehre, 1940, págs. 599 y siguientes) (1). La ordenación concreta abarca tres referencias. 1.º La referencia a la ordenación realizada en oposición al mero plan proyectado de ordenación; 2.º La referencia a la ordenación "natural" y "crecida" en oposición a la ordenación "arbitraria" e "impuesta"; 3.º La referencia a la ordenación de una comunidad concreta (familia, empresa, etc.) en oposición a una multiplicidad indeterminada de personas (por ejemplo, el público). Para poner de relieve la importancia práctica del pensamiento en ordenaciones concretas, Larenz plantea el siguiente caso: Un soltero instituye como heredera a su ama de llaves. Una de sus hermanas reclama de ésta los cuadros de familia, prometiéndole una recompensación dineraria. El Derecho civil legislado (tanto alemán como español) no brinda a la hermana ningún apoyo legal. Pero hemos de recurrir a la ordenación de la familia. La familia constituye una comunidad basada en los lazos de tradición familiar. Por ende, objetos dedicados a este fin no pertenecen al patrimonio relicto, sino a la familia, y no pueden separarse de ella. En este sentido dispone la ley alemana sobre fincas amayorazgadas (§ 8.º, par. 2.º), que cartas de familia y cuadros de valor recordatorio forman una pertenencia de la finca y no se heredan, según las reglas del Código civil alemán. La misma solución se impone en el caso del soltero. Nuestro caso arroja, a la vez, luz sobre la insuficiencia de la jurisprudencia de intereses. Dicha dirección metodológica se encontraría en nuestro supuesto en un torbellino de los más diversos intereses: el de la ama de llaves de hacer suya íntegramente la herencia; el de la familia de poseer los cuadros de valor afectivo; el de la comu-

(1) Lo que hasta ahora no se ha observado bastante es su semejanza con el concepto de la "idea-fuerza" de Fouillée (v. REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 748).

nidad de proteger a la familia; el también de la comunidad de aplicar la ley escrita para amparar la seguridad jurídica; naufragando sus partidarios sin timón y norte en esta tempestad (1). El pensamiento de ordenaciones concretas nos lleva a una lucha contra los conceptos abstractos. En lugar de formar la noción abstracta del "contrato", debemos distinguir entre el contrato patrimonial, el contrato de trabajo que se caracteriza por la entrada del obrero en una comunidad y el matrimonio. Sobre esta vuelta a los conceptos concretos expusimos ya lo esencial en esta REVISTA (1942, págs. 286 y siguientes), a propósito del libro de Freisler. "Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtseineuerung", a lo que, por lo tanto, remitimos a nuestros lectores.

2.º *El concepto concreto*: El concepto abstracto es el resultado de una comparación de diferentes objetos en atención a sus rasgos comunes. Siendo ello así, el concepto abstracto se inspira en el "caso límite". Supongamos, por ejemplo, que queramos formar el concepto del Derecho. Podríamos inspirarnos en el Derecho interno, que es, sin duda alguna, el fenómeno jurídico más importante, señalando como características la coactividad o la existencia de tribunales, etc. Pero entonces se objetaría el Derecho Internacional Público, que no reune estas características. Por ende, hemos de vaciar el concepto general del Derecho para que abarque también el "caso-límite" del Derecho Internacional Público. Deanáloga manera formamos el concepto general de la personalidad jurídica. Lo natural es que una persona jurídica posea, a la vez, capacidad para obligarse por sus propios actos. Sin embargo, existen ciertas excepciones en los supuestos de los menores o incapacitados. Por tanto, estamos obligados de vaciar de nuevo nuestro concepto, llegando a un contenido empobrecido, el de ser capaz de tener derechos y obligaciones. Finalmente, el concepto abstracto no nos da soluciones concretas. Sabemos, desde que la jurisprudencia de intereses declaraba en entredicho el "método de inversión", que la definición de un concepto abstracto no nos da jamás la solución de un caso concreto. Queremos saber, por ejemplo, si la corriente eléctrica es una cosa. Sería ilícito partir de una definición de la cosa como "objeto corpóreo" y basar sobre esta definición la solución del problema, ya que de esta manera se haría supuesto de la cuestión. Más bien hemos de investigar la finalidad de la disposición legal de que se

(1) V. esta REVISTA, 1942, pág. 687 donde se defiende a Heck

trata y de inspirarnos en ella. El Código Penal, por ejemplo, al castigar el hurto, quiere proteger el patrimonio contra sustracciones practicadas sin la voluntad de su dueño. Esta finalidad nos hace definir "cosa" como cualquier objeto de valor patrimonial apropiable e incluir en ella, por tanto, la corriente eléctrica. Pero la verdadera solución no mana de la definición, sino de la finalidad del legislador. El concepto concreto, en cambio, abarca todas las características de los objetos incluidos, abarcándolos no como mera suma, sino organizándolos en una totalidad orgánica. El concepto concreto es así más rico que los conceptos particulares englobados: y es, además, una fuente de nuevos conocimientos. De lo dicho ya se desprende que el concepto concreto no es un concepto individual, ya que abarca varias individualidades. El verdadero padre del concepto concreto es Hegel. "Hegel busca un concepto que no sea abstracto y una concreción que no sea intuitiva: el concepto racional concreto es la unidad de la intuición y la reflexión" (véase R. Falckenberg, "La filosofía alemana desde Kant", Madrid, 1906, págs. 94 y 95). A continuación traducimos algunos pasajes de la "Encyclopädie", de Hegel (4.<sup>a</sup> edición, Meiner, Leipzig, 1930), no recogidos por Larenz, que evidenciarán la esencia del concepto concreto. § 14: "El concepto libre y verdadero es concreto en sí: así es *idea*, y en toda su generalidad *la idea o lo absoluto*. La ciencia del mismo es esencialmente *sistema*, ya que lo verdadero, como *concreto* que es, sólo existe desarrollándose y reuniendo —y concentrándose como unidad, o sea como *totalidad*, pudiendo ser sólo mediante distinciones y determinaciones de sus diversidades la necesidad de la misma y la libertad del todo—. Un filósofo sin *sistema* no puede ser nada científico". § 31 al final: "y lo verdadero es lo concreto". § 33: "Más el concepto como lo concreto y, en general, toda determinación es esencialmente en sí una unidad de determinaciones distinguidas". § 55: "Pero la pereza del *pensamiento*, como se puede llamar eso, posee, dada la suprema idea, en el *deber* un escape demasiado fácil, al mantener la diferenciación del concepto y de la realidad frente a la verdadera realización del último fin. La *actualidad*, en cambio, de las organizaciones vivas y de lo estéticamente bello demuestra ya para el *sentido* y la *contemplación* la *realidad del ideal*. Las reflexiones kantianas acerca de estos objetos tendrían, por tanto, aptitud especial para introducir la conciencia a la captación y el pensamiento de la *idea concreta*". § 164: "El concepto

es lo auténticamente *concreto*, ya que la unidad consigo mismo, como determinación en y para sí, lo que representa la particularidad, constituye la relación consigo mismo y la generalidad." Citemos, finalmente, como ejemplo de la aplicación de estas ideas al derecho, las palabras del begeliano Lassalle ("Teoría sistemática de los derechos adquiridos", trad. francesa, París, tomo II, 1904, pág. 641, nota 1.º): "Una vez más vemos que en el fondo no existe un derecho sucesorio en general, sino simplemente un derecho sucesorio romano, germánico, etc. Las diversas ramas del espíritu histórico poseen todas su concepto concreto y especulativo en su manifestación histórica. El concepto formal, común a las formas similares de las diversas épocas históricas del mundo, por ejemplo, el concepto general de la herencia, común al derecho sucesorio romano y germánico, es un concepto puramente abstracto, sin fondo ninguno, que cambia algunas veces en una oposición absoluta a causa de la diferencia y de la divergencia, que, en las diversas épocas, se abren camino en el espíritu nacional."

## II

Dos palabras sobre cada uno de los dos problemas principales tratados por Larenz: 1.º Conceptos abstractos y concretos: Esta cuestión ha de ser reconducida a la "teoría del conocimiento". El pensamiento humano edifica con elementos reales segundas y tercera "capas del pensamiento", que simplifican la realidad para hacer posibles cálculos sencillos (véase REVISTA, 1941, 649; y 1942, 61) Los conceptos abstractos pertenecen a una capa abstractiva superior que los conceptos concretos, siendo, por ende, los primeros más adecuados a las ciencias muy generales (las matemáticas, las ciencias naturales); los segundos más idóneos para las ciencias individuales (moral, derecho, psicología, historia). La ausencia o la intervención del hombre como ser vital determina el grado de abstracción o de concreción de una. El concepto abstracto, lejos de la realidad, es estable; el concreto, describiendo la realidad fluctuante, recoge su perpetuo nro y demuestra así carácter dialéctico. Si creyéramos en Spencer,uiríamos el concepto abstracto y estable a la cultura apolíneoconcepto concreto y dinámico a la cultura fáustica. 2.º El petidamente (véase REVISTA, 1942, págs. 691, 747 a 749, émos puesto de relieve que el Derecho consiste en la orde-

nación de la realidad con diversos medios (usos, sentencias, órdenes concretas, coacciones, promesas, etc.), no siendo, por ello, ni un conjunto de meras normas, ni el resultado petrificado de una ordenación. Esta concepción mantiene en la materia de las *fuentes* la preponderancia de los usos y de la jurisprudencia sobre la ley, ya que los primeros ordenan efectivamente la realidad, mientras que la segunda sólo proyecta una reglamentación, que puede o no puede quedarse letra muerta. Una consecuencia práctica de esta tesis es la doctrina del uso jurídico en el Derecho Internacional Privado la norma de colisión, al declarar aplicable Derecho extranjero, no se refiere a las normas legales extranjeras, sino a la ordenación efectiva que en el país extranjero se da al caso en cuestión. En materia de las *limitaciones del legislador* (1), nuestro punto de vista prevé trabas manantes de las leyes de la naturaleza, de la moral y de la esencia del Derecho, perteneciendo a las últimas, por ejemplo, la imposibilidad de una ley prohibitiva de la interpretación o del derecho consuetudinario derogatorio, "consuetudo contra legem". Respecto al primer problema, recordamos que Larenz declara nula una disposición legislativa que prohibiera la aplicación del Derecho "en formación" para corregir el Derecho formado. Y en cuanto al segundo, invocamos a Puchta ("Vorlesungen über das heutige romische Recht", 5.ª edición, 1862, 13 y Apéndice 1.º, "Gewohnheitsrecht", tomo I, 1828, págs 180 y siguientes, tomo II, 1837, págs. 199 y sigs.), que prohíbe al legislador cluir la fuerza derogatoria del derecho consuetudinario. La interpretación del derecho consuetudinario subsume bajo cepto el golpe de Estado y la revolución, comprendiendo par, su fuerza derogatoria y engendradora de derechoñadero al contenido del derecho. nuestro punto de prescripción extintiva, que no es sino "consuetudo vo, como auténtica extinción de un derecho elemento ordenador de la realidad, habiénd cuerto de una reglamentación proyectada concepción anglosajona de la prescripción procesal. También se comprsidad de la "lucha por el derecho" cha por el derecho no es merar impide su misma extinción -

(1) V. esta REVISTA, 194

do  
logi  
espir  
cienci  
cepto  
movim  
eler, attri  
nea y el  
derecho, Re  
760, 823) 4