

# La elaboración del Derecho positivo

I. Qué es la técnica jurídica —II. La técnica del conceptualismo jurídico: a) La definición de los conceptos. b) La clasificación de los conceptos. c) Las construcciones jurídicas —III. Los procedimientos más característicos del conceptualismo jurídico: a) Las presunciones. b) Las ficciones.

## I.—QUÉ ES LA TÉCNICA JURÍDICA (1).

La tarea del jurista es triple: elaborar la regla del Derecho, interpretarla y aplicarla, y a cada una de estas tareas corresponde una técnica apropiada.

La exposición versará únicamente sobre la técnica de la elaboración del Derecho privado positivo. No importará tampoco a nuestro estudio la naturaleza de los órganos de la elaboración, ley, jurisprudencia, doc-

(1) Bonnecase (J.): *Introduction à l'étude du droit*. París, 1926-1931.

Demogue (R.): *Les notions fondamentales du droit privé*. París, 1911. (Hay traducción española.)

Duguit (L.): *Traité de droit constitutionnel* (3.ª ed.). París, 1927.

Dabin (J.): *La philosophie de l'ordre juridique positif*. París, 1929.—*La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*. Bruselas, 1935.

Defroidmont (J.): *La science du droit positif* (en "Bibliothèque Française de Philosophie"). París, 1933.

Geny (F.): *Science et technique en droit privé positif français*. París, 1921.

Hauriou (M.): *Précis de droit constitutionnel* (2.ª ed.). París, 1929.

Menard (A.): *Essai d'une critique objective de la technique juridique en matière d'obligation* (tesis). París, 1926.

Ihering (R.): *L'esprit du droit romain* (3.ª ed.). Traducción de Meulenaère. (Hay traducción española.)

Renard (G.): *Le droit, la justice et la volonté*. París, 1924.—*La théorie de l'institution*. París, 1930.

Ripert (G.): *La règle morale dans les obligations civiles* (2.ª ed.). París, 1927.

Kohler (J.): *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Berlín, 1904.

Stammler (R.): *Theorie der Rechtswissenschaft* (2.ª ed.). Halle, 1923.

Windscheid (B.): *Lehrbuch des Pandektenrechts* (8.ª ed., de Th. Kipp). Frankfurt-sur-Mein, 1900. (Hay traducción italiana, de Fadda y Bensa, con notas.)

trina, considerados en sí mismos, en su estructura, en su competencia respectiva, en sus modos originales de proceder; es el problema de las fuentes formales con sus técnicas correspondientes: legislativa, jurisprudencial, doctrinal, de lo cual prescindiremos.

De todas maneras, una regla jurídica se elabora conforme a los mismos principios de técnica fundamental.

¿Qué se entiende por técnica jurídica?

Con insistencia, en estos tiempos de realismo y de "racionalización", la expresión "técnica jurídica" escapa de la pluma de los juristas. Pero, como ocurre a menudo con los conceptos fundamentales de metodología jurídica, la noción permanece indecisa.

Todo el mundo se da cuenta de que la noción de técnica evoca las ideas de especialidad y de oficio, de procedimiento y de artificio.

Pero lo que precisa saber es en qué consiste el oficio propio del jurista y de qué lado justamente reside el artificio en el Derecho, cuestiones sobre las que las opiniones están lejos de concordar.

Hauriou incluso protestaba contra la expresión de "técnica jurídica" por estimarla inadecuada a la dignidad y a la nobleza del Derecho: "Es abatir el Derecho al reducirlo a una técnica. El vocablo "técnica" debe ser reservado a ciertos procedimientos de oficio; pero el jurisconsulto, mucho más que el escultor o el arquitecto, no debe ser confundido con el práctico, pues el Derecho no es una pura práctica" (1).

En una primera acepción recibida por ciertos juristas alemanes y algún francés, como Kohler y Ripert (2), la "técnica jurídica" (*Rechtstechnik*) designaría, por oposición a la "ciencia jurídica o ciencia de los principios abstractos" (*Rechtswissenschaft*), el arte de adaptación de los principios a la vida y a las circunstancias concretas de tiempo, de lugar y de materia.

Monopolio de prácticos (legislación y jurisprudencia), la técnica estaría encerrada en la interpretación y en la aplicación de las normas destacadas por la ciencia.

(1) Hauriou (M.): *Précis de droit constitutionnel* (2.<sup>a</sup> ed.). Paris, 1929. Páginas 61 y 62.

(2) Kohler (J.): *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Berlin, 1904. Tomo I, párrafos 42 y 43, págs. 135 a 145.

Ripert (G.): "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", del *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* Paris, 1934. Páginas 18 a 21.

En una segunda acepción—la más en boga—seguida por Windscheid y Esmein (1), la técnica jurídica se referiría a la parte siempre *intelectual* de la elaboración jurídica, a saber: el análisis y el desarrollo de los conceptos (*Begriffe*) por medio de los cuales necesariamente se expresa el Derecho desde que se llega a una etapa científica, o de manera más amplia, todo el trabajo de sistematización lógica de las reglas por el esfuerzo combinado de la doctrina y de la jurisprudencia, que es el punto de vista de Sakilles (2). Pero otros autores, refiriéndose más bien al lado *instrumental* de la ordenación jurídica, nos hacen entrever una tercera acepción, en que la técnica jurídica se refiere al conjunto de medios y procedimientos imaginados para garantizar la realización de los fines generales o particulares del Derecho.

Así, Demogue trae toda la técnica al problema del “modo de protección”, preventiva y represiva (en el sentido amplio de la palabra) de los intereses y de las voluntades, mientras que el *valor* jurídico reconocido a estos intereses y voluntades resaltaría de la “cuestión general del fundamento del Derecho” (entendamos de la filosofía del Derecho que se adopte (3).

En el mismo sentido, Duguit, cuando califica de “constructivas” o de “técnicas” la inmensa armadura de las “reglas”, creando vías de Derecho “preventivas o represivas” y “establecidas para asegurar en la medida de lo posible el respeto y la aplicación” de estas otras reglas jurídicas, las únicas verdaderas en el fondo y que Duguit llama “normativas” (4).

Por último, existe una cuarta concepción, a la vez más amplia y más profunda de la técnica jurídica, que, tomando su punto de partida en una distinción entre la *materia* del Derecho y su *forma*, confía a la técnica el cuidado de la puesta en forma adecuada de una materia ju-

(1) Windscheid (B.): *Lehrbuch des Pandektenrechts* (8.ª ed., de Th. Kipp). Francfort-sur-Mein, 1900. Tomo I, § 24, págs. 93 a 95.

Esmein (A.): “La jurisprudence et la doctrine”, en *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1920. Págs. 17 y 18.

(2) Cit por Geny: ob. cit., t. III, núm. 180, pág. 9 texto y notas 1 a 5.

(3) Demogue (R.): *Les notions fondamentales du droit privé*. París, 1911. Páginas 201, 202, 204 y 205.

(4) Duguit (L.): *Traité de droit constitutionnel* (3.ª ed.). París, 1927. Tomo I. § 10, págs. 106-107; § 14, págs. 154-155; § 15, págs. 161-162; § 16, páginas 171-172; § 21, págs. 225-226.

rídica previamente dada, materia que representa, a los ojos de Ihering, "las tendencias ideales del sentimiento jurídico del pueblo" (1), y a los ojos de Geny la "*donnée*" del orden jurídico, "consistente en las realidades físicas, psicológicas, sociológicas, que dan lugar a reglamentación en las directivas, económicas o morales, aptas a sugerir los preceptos". Precisamente, como la materia del Derecho no consiste más que en las "tendencias" de las directivas, se trataría para la técnica jurídica de realizar prácticamente y por lo menudo "las exigencias un tanto teóricas y generales nacidas de la "*donnée*", construyendo reglas firmes susceptibles de responder a la utilidad que se espera del Derecho, a saber: "el mantenimiento del orden en la sociedad".

Pero mientras que Ihering limita el fin de la técnica a la "realizabilidad formal del Derecho", definida por estos dos trazos: 1.º Una suficiente inteligibilidad de las reglas gracias a la simplificación de sus elementos componentes. 2.º La facilidad y la seguridad de la aplicación del Derecho abstracto a las especies concretas (2), y Cuq, en el mismo sentido, afirmaba que "la técnica del Derecho consiste en un conjunto de procedimientos destinados a asegurar la aplicación del Derecho de la manera más rápida y más completa (3). Geny entiende esta "realizabilidad formal" o "practicabilidad del Derecho" en el sentido extenso de "una plena puesta en efecto de los principios directores de la vida social, y, para decirlo así, de una aprehensión total de las realidades por las reglas" (4).

Así, resaltan en la técnica, según Geny—fuera de las fuentes formales, que merecen una clasificación separada, como elementos de *expresión* del Derecho positivo—, de una parte, los procedimientos materiales, o cuando menos plásticos, por los cuales el jurista prueba hacer tangibles los hechos o los actos, dando lugar a la reglamentación (caso de formalismo extrínseco o intrínseco): de otra parte, la serie indefinida de los procedimientos especiales, de orden, sobre todo, intelectual, cuyo conjunto constituye lo que se puede llamar el conceptualismo

(1) Geny (F.): *Science et technique en droit privé positif*. París, 1921. Tomo III, número 182, págs. 16 y 17.

(2) Ihering (R.): *L'esprit du droit romain* (3.ª ed.). Traducción de Meulenaère. Tomo III, págs. 20 y sig. (Hay también traducción española.)

(3) Cuq (E.): *Les institutions juridiques des romains*. París, ed. 1891. Tomo I, página 717.

(4) Geny: ob. cit., t. III, núm. 188, págs. 34 y 35.

jurídico (conceptos, construcciones, terminología y fraseología, presunciones y ficciones), y el todo, sin perjuicio de un procedimiento más general, que representa "la contextura interna de la elaboración técnica", a saber: la "simplificación directa de los elementos sustanciales de la regla de Derecho, por donde la razón común, alumbrada por la experiencia usual obtiene independientemente de toda intervención, sea plástica, sea propiamente intelectual, una exacta adaptación de los preceptos a la vida".

Y se ve bien que, cada uno a su manera, todos estos procedimientos conducen a *construir* y no a conocer, y que la primacía entre ellos es de aquel que realice mejor los fines del Derecho.

La "técnica jurídica", que crea en vista de un resultado, se diferencia así de la "ciencia" de la materia que registra y constata.

En resumen: para Geny "la técnica" representa en el conjunto del Derecho positivo la forma opuesta a la materia, y esta forma es en esencia una construcción ampliamente artificial de la materia, obra de acción más que de inteligencia, donde la voluntad del jurista puede moverse libremente, dirigida solamente por el fin predeterminado de la ordenación jurídica que sugiere los medios de su propia realización (1); en el mismo sentido se encuentran Renard y Bonnecase (2).

Estas cuatro interpretaciones, tomadas en sus líneas generales, parecen agotar las concepciones posibles de la técnica jurídica. ¿Qué valor tienen?

Se puede formular este juicio global: Todas son defendibles, pero ninguna es satisfactoria, y es porque los puntos de vista son numerosos y la expresión "técnica jurídica" es equívoca.

Nada impide decir al mismo tiempo que el Derecho tiene una técnica y que él mismo es una técnica. Pero también la expresión "Derecho" es equívoca; los unos piensan en el Derecho positivo, las legislaciones y las jurisprudencias, que toman por punto de partida sus investigaciones; los otros piensan en el Derecho simplemente, que para devenir positivo debe completarse por una técnica. Lo mejor es repasar de nuevo brevemente cada uno de los sistemas.

(1) Geny: ob cit., t. III, núm. 183, pág. 23.

(2) Renard (G.): *Le droit, la justice et la volonté*. París, 1925. Págs. 121 a 180.

Bonnecase (J.). *Introduction à l'étude du droit* (2.<sup>a</sup> ed.). París, 1931. Núm. 16, páginas 262 y 263; núm. 174, pág. 272.

Por de pronto, hay que rechazar la concepción de la *Rechtsteknik*, que tiene la doble culpa de suponer *a priori* que la *Rechtswissenschaft*, en calidad de ciencia, no tiene necesidad de la técnica, y en segundo término, no definir la *Rechtsteknik*.

Se nos muestra una distinción entre los principios asunto de ciencia y la puesta en obra o en aplicación de los principios, que sería asunto de técnica; pero se olvidan completamente decir en qué consiste esta ciencia de los principios, y en qué consiste esta técnica de la aplicación.

Descartada esta primera concepción, queda por elegir entre las otras tres, que al menos intentan una definición o marcan una tendencia.

Concepción amplia que define la técnica por la puesta en forma de una materia previamente dada (Ihering, Geny); concepciones estrictas que reducen la técnica: la una, a la fabricación de conceptos y de construcciones jurídicas (Windscheid, Saleilles); la otra, a la organización de vías de Derecho (Demogue y Duguit).

En cuanto a las interpretaciones estrictas, se les reprocha el encerrarse la una y la otra en puntos de vista incompletos. ¿Por qué limitar al trabajo de la elaboración de conceptos jurídicos la tarea técnica del jurisconsulto? ¿No parece, al contrario, indicado hacer entrar en la técnica todos los procedimientos intelectuales u otros nacidos de la especulación jurídica o sugeridos por la razón común, desde que son ordenados al fin propio que justifica esta técnica?

Cuanto más, que la interpretación "conceptualista" podría encubrir una nueva restricción aparente a la tesis de la *Rechtsteknik*; así, la lectura de Windscheid y de Saleilles—y también algunas veces de Ihering—deja la impresión de que los conceptos jurídicos no tendrían otro papel que representar en forma lógica, y por ello indirectamente, fecundar el Derecho positivo existente, lo que les haría descender al rango de instrumentos de interpretación del Derecho más bien que de elaboración propiamente dicha.

El mismo reproche de delimitación arbitraria (cuando no sea imprecisión) se dirige a la tesis paralela, que conduce la técnica jurídica al arreglo del modo de protección de las voluntades y de los intereses (Demogue), a la creación de vías de Derecho (Duguit), ya que de su parte omite acoger en la técnica (por preterición, sin duda, más que por exclusión premeditada) los procedimientos relevantes de la elaboración lógica del Derecho.

A las dos concepciones precedentes, fragmentarias o superficiales,

conviene preferir una interpretación francamente sintética de la técnica jurídica, que comprende a la vez el lado *material* procesal y el lado *intelectual* de la elaboración del Derecho.

Tal es, sin duda, el punto de vista de Geny cuando asigna, por fin, a la técnica, no como Ihering, "una organización de pura forma" (ésta considera los conceptos y construcciones a los cuales Ihering ha concedido una atención demasiado exclusiva), sino como "una plena puesta en efecto de los preceptos directores de la vida social", lo que entraña la inclusión en la técnica de todos los medios que contribuyan a esta "plena puesta en efecto".

Pero quizá la fórmula peca por una cierta imprecisión, la misma que la que fué reprochada a la concepción de la *Rechtstechnik*.

¿En qué consiste exactamente esta "plena puesta en efecto" o, siguiendo otras terminologías, esta puesta *en obra* o *en forma* de la materia jurídica? Y primeramente, ¿dónde situar en el dominio del Derecho la materia y la forma? ¿Qué realidades del orden jurídico encubren estas palabras? ¿Es más exacto pretender que la materia es para el jurista una *donnée* objeto de ciencia? Y en el caso en que la materia misma, incorporada a las reglas, esté "construída", ¿en qué etapa de la elaboración principia la técnica específica del jurista, en la etapa de la materia o en la de la forma?

Estas cuestiones nos van a permitir precisar la noción de técnica jurídica, que se puede concebir muy amplia, pero que es necesario situar en un cierto nivel, bajo pena de confundirla con la elaboración entera del Derecho positivo, lo que sería identificar *técnica jurídica* y *Derecho positivo*.

El Derecho, y cada institución jurídica en particular, se compone de dos elementos solidarios, pero separables mediante el análisis: la materia y la forma.

Entendemos por ello no solamente que el Derecho, como toda disciplina normativa, cualquiera que sea una forma llamada a regir una materia (los hechos y los actos de la vida social), sino que esta forma implica el doble elemento de una materia y de un arreglo técnico apropiado. Materia espiritual evidentemente, que consiste en una cierta idea de deber ser (*Sollen*), asumida por el Derecho, y que el jurista tiene por labor el traducirla en regla positiva; así, por ejemplo, el sistema de las incapacidades se basa en que los débiles merecen una protección especial, en razón de los peligros a que les expone su misma debilidad, etc. Cada

institución jurídica, por tanto, implica su idea fundamental, que domina todo el mecanismo y constituye el alma del sistema.

Queda por saber cómo se forman las ideas directrices de las instituciones y reglas jurídicas.

Los partidarios de la teoría pura del Derecho no conciben se plantee la cuestión al jurista. Bajo el pretexto de que el Derecho es una ciencia y que no hay ciencia más que de los hechos, tienen sólo en cuenta el Derecho estatuido, abandonando a la práctica legislativa, jurisprudencial, administrativa..., el cuidado de elaborar el contenido. En cuanto al Derecho estatuido, como el hecho jurídico no es más que un hecho de norma, lo consideran únicamente bajo su aspecto puramente formal e indiferente a su fondo y a su valor intrínseco. Pero es demasiado claro que la abstracción deja intacto el problema y que, a menos de renunciar, si no a la ciencia, cuando menos a la crítica, es preciso darse cuenta del Derecho positivo en su totalidad, o sea tanto en su contenido como en su forma.

Para Savigny, Ihering, Duguit, y de una manera general todos los partidarios del historicismo y del sociologismo, la materia del Derecho existe completamente preparada en la conciencia popular, estimando que tal norma moral o económica exige la consagración de las leyes. Aplicando el método de observación, el jurista-sociólogo no tendría más que extraer del "complexus" social este hecho de conciencia colectiva, y luego ceder el puesto al jurista-técnico para realizar por las vías de Derecho apropiadas el deseo y las exigencias reconocidas.

Para otros autores, la materia del Derecho nace de la *naturaleza de las cosas*, tal como ésta se revela a la experiencia inmediata y a la neta razón. Ella se compone de un pequeño número de directivas económicas y morales sobre todo, trascendentes al capricho de las voluntades individuales o colectivas y que se podrían agrupar alrededor de la idea suprema del "justo objetivo".

La materia del Derecho no puede ser confundida ni con lo que el pueblo siente y desea como Derecho ni con lo que la naturaleza de las cosas indicarían como "justo". Estos puntos de vista simplifican y desnaturalizan el Derecho, que permanece como cosa compleja, e incluso no lo consideran más que desde el punto de vista de su materia.

Una primera observación se impone: las pretendidas directivas económicas o morales emanadas, sea del sentimiento popular, sea de la naturaleza de las cosas, ¿son demasiado vagas para suministrar un punto



de apoyo a la construcción positiva, o sea a una verdadera puesta en obra de determinación y de adaptación a las contingencias (antes que se pueda pensar en ponerlas *en forma* propiamente jurídicas)? Pero ¿quién negará que en este trabajo de puesta en obra haya sitio para una actividad prudencial de la opinión del jurista; en una palabra, para una construcción?

Las reglas más elementales o fundamentales de la ordenación jurídica, tales, por ejemplo, estas dos grandes normas: libertad de las convenciones y obligación de reparar el perjuicio causado por culpa, no son temas salidos de la conciencia popular en cierto momento y en un lugar dado o dictados de manera permanente y universal por la naturaleza de las cosas.

Pretenderlo sería, ante todo, desconocer la historia, que nos enseña cómo lejos de imponerse de repente, a título de "dato popular" o natural, estos principios han entrado en el Derecho por consecuencia de un esfuerzo crítico de la razón de los hombres de negocios y de los políticos, de los prácticos y de los teóricos del Derecho.

Por lo tanto, hablar de una materia jurídica *dada* (a cualquier fuente que se quiera relacionarla y tan primaria como se la suponga) es desconocer la esencia del orden jurídico, que en todas sus capas y en todas sus etapas, en el fondo como en la forma, es, y no puede dejar de ser, un orden enteramente construido. Para convencernos, basta trazar las etapas sucesivas del *processus*, que conduce a la elaboración de la materia jurídica, entendiéndolo por ésta no solamente el contenido inmediato, las determinaciones, las vías y los medios, sino las ideas profundas yacentes o subyacentes en la reglamentación (1).

Observemos, ante todo, que el Derecho positivo, que no existe por sí mismo, no existe tampoco para sí mismo como un fin en sí. La fórmula del arte por el arte encuentra, sin duda, una justificación en el sentido de que el artista no tiene que preocuparse de otra cosa que de la realización de un ideal de arte (bien entendido, bajo reserva de las leyes generales de la moralidad). Pero aplicando al Derecho la fórmula, perdería

(1) Ver, sobre las diferentes etapas (Derecho natural, Derecho ideal y Derecho positivo) por las cuales pasa el Derecho, a M. Reglade: "Les sources du droit positif dans leurs rapports avec les sources du droit naturel et du droit idéal", en el *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Trabajos de la primera sesión: "Le problème des sources du droit positif". París, 1934. Páginas 106 a 108.

toda significación, porque la ordenación jurídica no es más que un instrumento al servicio de un fin, que se llamará, según la filosofía moral y social (o simplemente el método) adoptada, la libertad humana condicionada por el orden social y la justicia (Hauriou) (1), el orden social o la justicia social (Geny) (2), la justicia combinada con la seguridad (Renard) (3), el derecho justo (Stammler) (4), la idea directriz del sistema social (Haesaert) (5), o, mejor, el bien común temporal de los hombres viviendo en sociedad, que dice Dabin (6).

Instituida en un fin social, la regla jurídica está, por lo tanto, sometida al imperio y al criterio de este fin social, es decir, que tomará por materia de cualquiera de sus normas de Derecho privado o de Derecho público una idea elegida representando un cierto valor de bien común a procurar por el intermedio de la regla.

Ella desatará tal situación de hecho (apertura de una sucesión, producción de un daño), cortará tal conflicto de intereses (choque de actividades y de propiedades concurrentes) y de una manera general decidirá (por vía de mando, de defensa o de disposición) respecto a las exigencias más o menos estrictas de tal elemento de bien común, dando la preferencia tan pronto al elemento moral (justicia, solidaridad), tan pronto al elemento económico (producción de riquezas); otras, al elemento humano (paz, seguridad) o al elemento técnico (equilibrio presupuestario, facilidad de la circulación marítima), siguiendo el orden de primacía (o de urgencia) de estos valores sociales, al respecto de tales circunstancias, ordinarios o extraordinarios de tiempo y de lugar.

Todavía se precisa que la idea del bien común (fin o medio) encuentre su realización suficiente por la vía de la ordenación jurídica (*Sollen juridico*) y bajo la forma de una regla imperativa o incluso supletiva, flexible o rígida, categórica o solamente decretada, bajo la amenaza de un riesgo.

Aquí aparece el elemento de oportunidad política que Ihering lla-

(1) Hauriou: ob. cit., pág. v.

(2) Geny: ob. cit.

(3) Renard: *La théorie de l'institution*, 2.<sup>a</sup> lección, págs. 48 a 55, 65 y 66.

(4) Stammler. Ver a Ginsberg: "La philosophie du droit de Rudolph Stammler", en *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1932. Págs. 564 y sig.

(5) Haesaert: "La forme et le fond du ordre juridique", *Revue de Droit Belge*, 1934, págs. 295 y sig.

(6) Dabin: *La philosophie de l'ordre juridique positif*. Números 40 al 48, páginas 153 a 198.—*La technique de la élaboration du droit positif*, pág. 17.

maba la *realizabilidad material* del Derecho y que resulta del juego de estos "imponderables"—movimientos de la opinión, temperamento e historia del pueblo—, cuya influencia sutil amenaza desconcertar las previsiones más seguras como las intenciones más rectas.

Habría que apreciar, por último, en qué medida la idea del bien común, juzgada realizable en cuanto a su oportunidad, es susceptible de prestarse a la realización propiamente técnica, es decir, a su traslación en forma de regla jurídica, digna de este nombre y dotada de las cualidades que se esperan de una buena regla jurídica.

Es el punto de vista, denominado por Ihering de la *realizabilidad formal* o de la "practicabilidad" del Derecho, que supone adecuación de la materia a las exigencias específicas de la forma reglamentaria.

Cometeríamos un error en representar el doble elemento de oportunidad política y de realizabilidad técnica, correspondiendo sólo a las cualidades sin duda indispensables a la perfección de la ordenación, pero adventicias y extrínsecas al concepto mismo del Derecho.

Al contrario, la realizabilidad, bajo sus dos aspectos: política y técnica, entra en la contextura interna de la idea del Derecho positivo de tal forma, que una solución no realizable, aunque fuese exacta en teoría, no podría jamás pretender el rango y el valor de precepto jurídico. Y es esto una diferencia esencial con la moral. Mientras que las reglas de la moral, y especialmente de la justicia, son verdaderas y se imponen fuera de todo argumento de oportunidad y de practicabilidad, el Derecho, que por función social está obligado a realizarse, no se concibe más que dotado de realizabilidad, la cual es, por tanto, parte integrante del ideal jurídico positivo.

Si tal es el proceso de elaboración de la "materia" jurídica; si en todas partes y siempre, en sus normas más fundamentales, ésta exige determinación según las exigencias complejas e inconstantes del bien común, de una parte, las condiciones de realizabilidad política y técnica de la idea, de otra, una conclusión parece ineluctable: lejos de ser "dada" por la sociología escrutando el alma colectiva o por una razón ingenua reflejando la naturaleza, la materia del Derecho es el efecto de una elección premeditada, de una dosificación, de un equilibrio, por consecuencia de una confección verdadera; tanto en su fondo como en su forma, el Derecho positivo toma el aspecto de una obra construida por el genio humano, en vista de colaborar de la manera más sutil, la más eficaz y la más económica, al mantenimiento y al progreso de la vida social.

Llamado a "construir" el Derecho, el jurista no crea, por lo tanto, ni el *método* de "construcción", que le es dictado por la filosofía del Derecho, ni las conclusiones de orden científico o normativo (moral) establecidas, por otra parte, y que son los *materiales* de su trabajo. Pero en cuanto a la reglamentación jurídica misma en su actualidad concreta, es el jurista—legislador, juez o doctor—quien la crea en su forma, en su materia y hasta en el subsuelo de esta materia, por un esfuerzo complejo, donde la *ciencia* no interviene más que en un período preliminar (del método y de los materiales), en tanto que la conclusión del trabajo, a saber, la regla propuesta, sale del *juicio práctico*, discerniendo los valores y las posibilidades a veces decretadas por la *voluntad*, que en los casos dudosos evoca y corta el litigio; más vale algunas veces una regla arbitraria, pero clara, que la ausencia de toda regla, con la inseguridad que de ella se sigue.

Frente a este análisis del orden jurídico enteramente construido, no se puede levantar ninguna objeción sacada de la existencia del "Derecho natural".

Siguiendo la concepción auténtica y única aceptable del Derecho natural (que no es la de la escuela del Derecho de la Naturaleza y de gentes, sino el de la Antigüedad, de Santo Tomás de Aquino, incluso de Grocio), la ley natural no dicta la norma de conducta más que sobre el terreno del "bien obrar" moral en el orden individual, familiar y político; no sugiere más que los primeros principios de la moral, dejando a la prudencia de los moralistas y a la conciencia recta el cuidado de las determinaciones y adaptaciones ulteriores.

La moral sólo está *dada* en sus directivas más generales; por lo demás, en el fondo, como en la forma, la moral está "construida", es decir, que, sobre la base de los principios del Derecho natural, las reglas están edificadas no en lo abstracto, sino en función de la materia y de las contingencias y por un juicioso equilibrio de todos los deberes. Por tanto, en la elaboración del Derecho positivo, el Derecho natural *político*, es decir, los primeros principios de la moral *política*, no suministra otra norma que aquella que forma el punto de partida de la filosofía del Derecho: ordenar las relaciones de los hombres entre sí en el seno de la sociedad política, sobre la base del bien común; es decir: 1.º, allí donde el bien común reclama esta ordenación y en la medida en que la reclama (es el principio de la intervención); 2.º, en la dirección y siguiendo las modalidades exigidas por este mismo bien común.

Evidentemente, el principio del bien común no podría acomodarse a una ordenación que directa o indirectamente contradijera los principios de la moral, *a fortiori* del Derecho natural, fundamento de la moral; el bien común no podría volverse contra el bien de la naturaleza humana. Pero en esta perspectiva, el bien común, el mejor bien común posible y realizable—y bajo esta reserva el respeto de la moralidad que rige al hombre, y todas las obras del hombre, políticas, jurídicas u otras—, pertenece a la inteligencia y al tacto del jurista discernir no solamente las probabilidades y los medios de la realización de las reglas, sino su valor y su utilidad al respecto del bien común, ley suprema del orden jurídico.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

(Continuará.)