

VOLUNTARISMO Y FORMALISMO EN EL DERECHO: JOAQUIN COSTA, ANTIPODA DE Kelsen

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Parte leída, el 4 de noviembre de 1986, del texto impreso del discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (*)

I. EUGENIO VEGAS LATAPIE

Excmo. Sr. Presidente, Excmos. Sres. Académicos, señoras y señores:

Ante todo, debo reiterar, y públicamente reitero, mi gratitud a esta Real Academia por haberme acogido como numerario, concediéndome precisamente la medalla que, desde el 14 de diciembre de 1965, llevó mi entrañable amigo Eugenio Vegas Latapie, quien tanto había deseado tenerme aquí a su lado.

Me parece estar viéndole aquí mismo, donde ahora estoy yo, leyendo su discurso, que le contestó el profesor De Yanguas Mesías.

Eugenio Vegas Latapie nació en Irún el 20 de febrero de 1907 —me llevaba diez años y un día— y fallecería en Madrid el 19 de septiembre de 1985. Su actividad política —que duró veinticinco años vibrantes y azarosos— había fenecido muchos años antes, en 1947, cuando él sólo había cumplido cuarenta años.

(*) Como anunciamos en el número anterior, publicamos la parte leída de este discurso, que comprende íntegra la parte I: *Eugenio Vegas Latapie*; algunos extractos de las 58 páginas que integran la parte II: *Voluntarismo y formalismo en el derecho*; y la introducción y conclusiones, algo aligeradas, de las 101 que componen la parte III: *Costa, antípoda de Kelsen*. Se ha prescindido de las 515 notas.

Esa había sido su gran vocación. Había sentido «*La política como deber*», conforme al título de un artículo suyo, publicado en el número 40 de *Acción Española*, en 1933. La política la sintió como un mandato imperativo, recibido en respuesta a la pregunta que —teniendo quince años— él mismo se había formulado: «¿Dónde podría contribuir yo de manera más eficaz a la gloria de Dios?».

Tal como ha escrito Alfonso García Valdecasas, la política nunca fue para Eugenio Vegas una carrera, sino «un deber, cumplido abnegada y generosamente». No quiso vivir de la política, sino —al contrario— entregarse a ella; para lo cual procuró, como labor previa, tener asegurada la independencia económica.

A los diecisiete años ya era Licenciado en Derecho, y a los diecinueve, teniente jurídico. Aún no cumplidos los veintitres, ganaría las oposiciones a Letrado del Consejo de Estado; a los veinticuatro, fue Presidente de la Juventud Monárquica de Madrid, y, con el marqués de Quintanar, fundaría *Acción Española* —donde aglutinó la más florida intelectualidad monárquica tradicional—; a los veinticinco publica su primer libro, *Catolicismo y República*, conspira contra la República, es encerrado en el castillo de Badajoz y termina por exiliarse. A los veintiséis es vocal de la Junta de Gobierno de la Academia de Jurisprudencia y Legislación (entonces llamada Nacional en lugar de Real), cargo que ocuparía hasta 1935, año en el cual, a sus veintiocho, le es premiada por esa Academia su memoria, *El romanticismo constitucional de la postguerra. Revisión o crisis de la democracia*, que, ampliada, fue convertida en su segundo libro: *Romanticismo y democracia*.

A los veintinueve años es galardonado con el Premio «Luca de Tena 1936», por su artículo *La causa del mal*, publicado en *Acción Española*; se alinea con la España nacional; es vocal de la Comisión de Cultura y Enseñanza de la primera Junta Técnica del Estado, y, poco después, Secretario de la Delegación Nacional de Prensa y Propaganda, cargos a los que renuncia para incorporarse como voluntario a la bandera de Falange de Marruecos.

A los treinta años es designado miembro del Consejo Nacional y destituido pocos días después; se alista con nombre supuesto, como simple soldado legionario —siendo como era capitán del Cuerpo jurídico militar— y va al frente de Lérida con la Cuarta Bandera de la Legión.

En 1940, en un homenaje a Calvo Sotelo en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pronunció una conferencia que, ampliada, convirtió en su libro *El pensamiento político de Calvo Sotelo*, en el que examina las diversas fases de la vida de este prohombre. En 1942, a los treinta y cinco años, está activamente en la denominada conspiración de los generales, y tiene que volver a exiliarse. Es Secretario político del conde de Barcelona, cargo al que renuncia en 1947, y pone fin a toda actividad política. Aún sería, hasta 1949 —año en el que regresó a España—, el primer preceptor del entonces niño Príncipe de España. Despidiéndose de él, le escribe: «Si alguien se atreviera a decirle a V. A. que le he abandonado, sepa que no es verdad. No han querido que yo estuviera a su lado y me he tenido que resignar».

Después, su vocación se concreta a ser sembrador de ideas, aun percatándose perfectamente de que, las que sembraba, no eran realizables de inmediato, ni siquiera en un próximo futuro, pero pensando que un día —¡quién sabe cuándo!— tal vez podrían fructificar y otros segadores recoger sazonadas las mieses. No volvió a la política en coyuntura alguna.

Fue reintegrado como Letrado del Consejo de Estado —dando sus compañeros un bello ejemplo de compañerismo hacia él—; ascendió a Mayor y fue designado, finalmente, Secretario de este máximo Organismo consultivo.

El día de su muerte escribí que vivió sus veinticinco años de entrega a la política, enteramente consagrado al servicio de Dios y de España, con una generosidad sin límites y plena renuncia a toda ambición personal mundana. Los puestos de gobierno, los honores ni el dinero, ni siquiera le tentaron. Pudo serlo todo en el régimen que siguió al 18 de julio de 1936, con tal de que lo hubiera querido por encima de sus ideales, tal como él los

sentía. Y también podría haberlo sido en el régimen de la transición si, previamente, desde muchos años antes, no hubiera mostrado un concepto de la monarquía no adecuado ni adaptable a los vientos que venía impulsando nuestro caminar, ni a la historia abierta después de la última guerra mundial.

El 7 de enero de 1963 había sido elegido, por unanimidad, numerario de esta Real Academia. Su discurso de recepción se tituló *Algunas consideraciones sobre la democracia*, que constituye un libro que ha sido reeditado en 1983, en México, por Ediciones Promesa, con el título *Democracia, ¿ilusión histórica?*

Eugenio Vegas siempre cumplió con celo sus deberes. Y como Académico también. En el último Anuario de esta Corporación aparece en segundo lugar por el número de asistencia a los Plenos de numerarios. En su hoja de servicios consta su intervención en el solemne acto público conmemorativo del Centenario de Ramiro de Maeztu, organizado por el Instituto de España el 26 de febrero de 1974, pronunciando el discurso titulado *Semblanza de Ramiro de Maeztu*. Sus comunicaciones al Pleno, contabilizadas, salvo omisión, son las siguientes: *Jacques Maritain y su obra «Le paysan de la Garonne»* (14 y 21 de febrero de 1967), *Charles Maurras y sus doctrinas* (24 y 31 de octubre y 7 de noviembre de 1967), *La igualdad y el igualitarismo* (17 y 24 de junio de 1969), *Acerca de las relaciones de la Iglesia y el Estado* (2 de febrero de 1971); lectura del capítulo de sus *Memorias sobre La caída de S. M. el Rey D. Alfonso XIII* (30 de marzo de 1971), *Semblanza del Excmo. Sr. D. Ramiro de Maeztu* (5 y 13 de octubre de 1971), *Subsidiariedad y socialización* (8 de mayo de 1973), *Vida y obra de D. Victor Pradera* (11 de febrero de 1975). *En el centenario del asesinato del Presidente García Moreno, mártir del Derecho cristiano (1795-1976)*, *En el cincuentenario de la condenación por Pío XII del movimiento monárquico de la «Acción Francesa» (1976-1977)*, *Para una semblanza del Conde de los Andes* (1978), *Discurso en homenaje a D. Salvador de Madariaga* (1978-1979), *Progreso y regresión* (23 de octubre de 1979), *En el cincuentenario de «Acción Española»: Su historia y su doctrina* (23 y 30 de marzo de 1982).

José María García Escudero —que confiesa su actual alejamiento ideológico de Vegas— ha señalado como nota sobresaliente de éste, «La fidelidad hasta la muerte a unos principios». Esta fidelidad —añado yo— se apoyó sólidamente en su convicción de que existe la verdad. No la suya, sino una verdad a la que él se sometía totalmente: objetiva, trascendente al hombre, que tiene como fuentes la Revelación y el orden natural que nos es mostrado, en buena parte, por la historia y captado por la experiencia de los hombres y de las sociedades.

En *Acción Española*, núm. 54, el año 1934, había escrito: «lo verdadero y lo falso, lo justo y lo injusto son valores independientes de la voluntad de los hombres» ... «Frente a la multitud que pedía a Pilatos la muerte de Cristo, no se alzó una sola voz; pero frente a la voluntad del pueblo, Jesús tenía la razón y era depositario de la verdad». Y en *Romanticismo y democracia* repetía que «la Verdad existe por sí misma, con independencia del número, de las masas y de las voluntades.

De ahí su rechazo de todo voluntarismo político. El año 1933, en el editorial de *Acción española*, núm. 28, proclamaba: «no admitimos que la fuente del derecho sea la voluntad del pueblo o de su mayoría. Con Santo Tomás afirmamos que la ley es "la ordenación de la razón al bien común hecha por el que tiene el cargo en la comunidad", y, en un sentido más amplio, afirmamos también, con Montesquieu, que "son leyes las relaciones derivadas de la naturaleza de las cosas"»; «que por encima de la voluntad del legislador (uno solo, varios o aun todos los connacionales por medio de los plebiscitos y referendums), hay toda una serie de normas —leyes de la naturaleza, derecho natural, idea de justicia, según los autores— a las que aquél debe conformar sus mandatos».

«Es decir —repetió aquí mismo al leer su discurso de ingreso—, que el legislador humano carece de poder para crear leyes a su voluntad. Su altísima misión se reduce a indagar y buscar lo que Dios quiere que se haga en un caso determinado».

Con ocasión de que, en Speiro, leyerá yo a un grupo de amigos un artículo que ABC me había publicado y en el cual re-

petía que «si en la voluntad soberana falta la razón, tal voluntad es una corrupción de la ley», mostró Eugenio su deseo de que, de ingresar yo, como él pretendía, en esta Corporación académica, el tema de mi discurso de investidura versara acerca del voluntarismo jurídico.

Es un tema que constituye un océano inmenso, sin orillas. Por eso, hoy, aunque atiendo a sus deseos, acoto el tema centrándolo, principalmente, en efectuar una contraposición entre la tesis del jurista vienés Hans Kelsen y la concepción jurídica de nuestro compatriota —que fue numerario de esta Real Academia—, el insigne polígrafo altoaragonés Joaquín Costa.

II. VOLUNTARISMO Y FORMALISMO JURÍDICO

La historia y la vida del derecho muestran una tensión entre dos concepciones fundamentales.

Una, basada en considerar que la fuente de todo derecho es la voluntad política soberana; y, por eso, su punto de partida oscila pendularmente entre dos postulados contrapuestos: «*Quod principi placuit, legis habet vigorem*» o «La ley es la expresión de la voluntad del pueblo».

Y otra, según la cual el derecho trasciende a la ley, pues ésta, para estimarse como tal, «ha de ser justa y racional». A ella corresponden las definiciones de la ley que hallamos en Santo Tomás de Aquino, como «ordenación racional al bien común» o como «dictamen de la razón práctica».

Así, las leyes no se confunden con el derecho. Deben ser conclusiones o determinaciones de la razón humana para fijar lo que generalmente es justo, extrayendo las conclusiones de modo semejante a como, en las ciencias, de los principios se sacan las consecuencias, y las determinaciones, parecidamente a como, en las artes, las formas genéricas se concretan en algo particular.

Ambas posturas parten de concepciones teológicas y filosóficas diversas, de las cuales resulta: de una, que el derecho trasciende a la voluntad de los hombres, y, de otra, que es obra suya.

Las dos las vemos ya en la antigua Grecia.

—«Y no pensaba yo —puso Sófocles en boca de Antígona— que tus proclamas tuvieran una fuerza tal que, siendo mortal, se pudiera pasar por encima de las leyes no escritas y firmes de los dioses».

—Sí, en cambio —conforme proclama Protágoras— «el hombre es la medida de todas las cosas» resultará que: «Lo justo es lo que los propios hombres establecen por derecho».

Pero, ¿quiénes?, ¿todos?, ¿los más?, ¿los más fuertes?, ¿los mejores?, ¿los más expertos en asuntos públicos?

El mismo Protágoras explica que —a diferencia de como Epimeteo distribuyó, sólo entre unos cuantos, el sentido de las artes— Zeus ordenó a Hermes que el sentido moral y la justicia se entregara a todos y le hizo publicar, como ley, «que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad».

Del primer mandato podría deducirse la legitimación de la democracia para determinar lo justo. Y así, si alguno discrepara de la mayoría en materia de justicia, «lo que en otro terreno se consideraría sensatez», en este caso «se considera locura» y se afirma «que delira».

Pero, de la ley ordenada publicar por Júpiter, puede resultar, *de facto*, la imposición de la voluntad de los más fuertes.

Así lo afirmó Trasímaco: «Lo justo no es otra cosa sino lo que conviene al más fuerte», «en todas las ciudades es idénticamente justo: lo conveniente para el gobierno constituido».

Acosado a preguntas Sócrates puso en jaque a los sofistas que estimaban lo justo dependiente de la voluntad más fuerte, sea la voluntad de la masa o bien la de los más poderosos o más hábiles. Platón, discípulo suyo, seguiría su estela. Según él, los legisladores deben reconocer «que existen leyes por naturaleza o por algo no inferior a la naturaleza, si en verdad, conforme a un recto razonamiento, son criaturas de la inteligencia».

Aristóteles explicó que los partidarios de la democracia «llaman justo a la opinión de la mayoría, sea cual fuere», y «los oligarcas a la opinión de los de mayor riqueza»; pero «las dos po-

siciones implican desigualdad e injusticia» ... «si la justicia consiste en el parecer de los pocos, esto es tiranía», y «si consiste en el parecer de la mayoría numérica, ésta confiscará injustamente los bienes de la minoría rica».

En Roma es derecho o *ius*: «*quod semper aequum et iustum est*» y, operativamente, el «*ars boni et aequi*».

En adecuación a ese realismo de los juristas romanos, que sería filosóficamente reafirmado frente a todo voluntarismo, Cicerón advertiría que, «si los treinta tiranos de Atenas hubiesen querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con las leyes tiránicas, ¿iban, por eso, a ser justas las leyes?» ... «Si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, en las decisiones de los príncipes y en las sentencias de los jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos o plácemes de un masa popular».

El derecho romano clásico, lo mismo que el medieval, fue un derecho de juristas, que el poder político protegía pero que sólo excepcionalmente expresa y, aun en ese caso, la ley por él promulgada debía ser justa y racional. Ni la ley se fundaba en la voluntad del príncipe, ni la costumbre en la del pueblo. Esta se basaba en la convicción jurídica de éste, que era guiado por sus juristas y movido, en concreto, por la *convenientia rerum*, conforme a la cual se formaba una *opinio necessitatis* u *opinio iuris*, y era vivida como justa y conveniente.

Notemos que la contraposición de las enunciadas concepciones del derecho no depende siempre de que la voluntarista parta de un ateísmo o un agnosticismo, o de que presuponga una delegación por Dios en el hombre para que éste lo realice a su arbitrio. Cabe, también, que dimanase de la mera negación de que Dios haya establecido un orden natural o, aun sin negarlo, de no admitir que éste sea cognoscible por el hombre, y, en fin, simplemente, de estimar que ni el pueblo —salvo en el momento de elegir sus representantes—, ni los jueces, están autorizados para discernirlo, por lo cual todos deben someterse a lo esta-

blecido en las leyes humanas sin posibilidad de apartarse, en su interpretación y aplicación, del propio ordenamiento positivo.

El Doctor sutil, Juan Duns Escoto, diferenció la perspectiva de los filósofos y la que él mismo, como teólogo, consideraba: «Si Dios pudiera causar cualquier efecto fuera del orden de las causas en el universo, este orden no sería simplemente necesario. Luego tampoco sería esencial; lo que, según los filósofos, es inconveniente». Y, en sus correspondientes respuestas, hace esta precisión: «El filósofo pone este poder necesariamente unido al acto, porque entre los extremos, en sí inmutables, hay relación absolutamente necesaria», y «necesaria con necesidad de inmutabilidad», «de inevitabilidad». En cambio: «El teólogo disiente» ... «no afirma que Dios mueve el cielo necesariamente; sólo afirma que lo puede mover en tiempo infinito».

La diferencia de las posiciones del Doctor sutil y el Doctor común ha sido muy bien precisada por Gilson. Penetrar en su examen excede de nuestro objetivo; bástenos resumir —como claramente ha hecho Truyol— que, «según Escoto, el orden de la naturaleza no ha sido instaurado por Dios porque su intelecto se lo haya mostrado bueno en sí, sino que, por el contrario, es bueno porque Dios lo ha querido». Para el Doctor sutil, la potencia ordenada y la potencia absoluta coinciden en Dios, «ya que su voluntad es ley, y el hecho de que Dios obrase de otra manera implicaría que daba una nueva ley. En Santo Tomás, por el contrario, la potencia absoluta de Dios es una simple hipótesis, porque la voluntad divina aparece vinculada a la divina sabiduría, actuando necesariamente como potencia ordenada».

Esa separación se hace radical en Guillermo de Ockam —discípulo de Escoto y como él franciscano—, y, en su concepción, el orden natural queda disuelto en mero nominalismo. Para él, las ideas no existen. Los universales no tienen realidad, son meros nombres, pues concibe a Dios radicalmente simple; no hay ideas divinas, su esencia no es fuente de ideas —como para Escoto— ni lugar de ideas —como para Santo Tomás—.

Así, se esfumaba en su mente el mundo vislumbrado por los griegos, en el cual la primera causa produce sus efectos a través

de una serie de causas segundas, intermedias, de tal modo que los efectos están, necesariamente, ligados a sus causas de la manera expuesta por el Aquinatense.

Este nominalismo ockamiano, al rechazar la existencia de un orden natural, obra de Dios, que nos pueda resultar discernible, al menos en parte y progresivamente, o bien invade el campo jurídico o, por el contrario, lo abandona, sea a un voluntarismo, a un puro intelectualismo racionalista (como el de la moderna Escuela del derecho natural y de gentes), o bien a un empirismo. Pero siempre produce o lleva a un positivismo, de una u otra especie y, al fin, reduce el arte del derecho a una mera técnica dependiente de la política, o a ser el producto de un historicismo o un sociologismo cualquiera.

Marsilio de Padua, Maquiavelo y Lutero han sido eslabones poderosos del positivismo voluntarista, que dimana, según el primero, de la voluntad del pueblo o de su *valentioris partem*, y, según los otros dos, de la voluntad del respectivo príncipe.

En el siglo XVI, Jean Bodin, sin negar el orden divino ni el natural, sustentaría el voluntarismo jurídico, sobre la base de su concepto de la *soberanía*, que define ésta como «el poder absoluto y perpetuo de una república», «no limitado, ni en poder ni en responsabilidad, ni en tiempo». Y, si bien considera que el príncipe se halla obligado por las leyes de Dios y de la naturaleza, estima que «no es lícito que el súbdito contravenga las leyes de su príncipe so pretexto de honestidad o de justicia».

Sir Thomas Hobbes, en el siglo XVII, partiendo de una concepción nominalista, tomó al individuo, aislado de toda relación con Dios, con el universo que nos rodea y con su propia familia, abstraído de toda comunidad natural, como si fuera un ser asocial y, así aislado, lo transportó imaginariamente a sus orígenes, al *estado de naturaleza*, en una guerra de todos contra todos y de cada uno contra los demás; y, dejando de tener en cuenta su razón, escogió de sus pasiones, únicamente una sola, que estimó dominante: el instinto de conservación especialmente referido al temor a la muerte violenta. Y para recomponer la sociedad, se sirvió del *stare pactis*, partiendo de que «allí donde

ninguna convención haya tenido lugar anteriormente, nadie puede ser injusto», pero que «cuando se ha efectuado una convención, entonces es injusto incumplirla, ya que la definición de la *injusticia* no es sino la *no ejecución de las convenciones*». De ese modo, resulta que, «haga lo que haga el soberano instituido, en sus actos y juicios, no puede cometer injusticia respecto de sus súbditos»; pues, «una vez convenida una República», resulta que «cada particular es autor de todo lo que haga el soberano». Así surge Leviathan.

Rousseau, en su *Contrato social*, concibe la *aliénation totale*, no ya al príncipe, sino a la *volonté générale*, de modo que, «a cualquiera que rehusara obedecer a la voluntad general, por el cuerpo entero se le obligará a ser libre, «pues, obedeciendo a la convención que lo crea, no obedece sino a su propia voluntad».

Por otra parte, Kant, en 1781, publicó su *Crítica de la razón pura* y, en 1788, su *Crítica de la razón práctica*, en las que diferenció la ética y el derecho partiendo de que, en la ética, el imperativo categórico —que «sólo dice lo que es vinculatoriedad»— ordena: «obra de acuerdo con una máxima que pueda, a la vez, valer como ley general». Siendo los *imperativos categóricos incondicionados* o *absolutos*, y no *técnicos*, ni *hipotéticos*, en tanto condicionados a otra finalidad, como los del derecho, que sólo tienen en cuenta «la relación externa y práctica del arbitrio de una persona con el de otra», sin tener en cuenta la materia de la relación, sino tan sólo su forma, caracterizándose porque deben ir unidas a la *posibilidad de coacción*, puesto que «todo lo que no es conforme al derecho es un obstáculo a la libertad según las leyes generales» y, en consecuencia, «si un cierto uso de la libertad es él mismo un obstáculo a la libertad según las leyes generales», la coacción que se le opone «es un impedimento de un obstáculo a la libertad»; y, por tanto, se halla unida al derecho la facultad de ejercer coacción sobre quien la viola.

De este modo: «El respeto a la ley moral de *La crítica de la razón pura* —como advierte Elías de Tejada— truécase en el derecho en ciego acatamiento hacia la norma positiva». Esta es una consecuencia del fracaso de Kant en su intento de construir

una filosofía moral partiendo sólo de la razón humana», por lo cual tuvo que recurrir «a transformar caprichosa y arbitrariamente, sin más argumento que el porque sí, a los imperativos hipotéticos en categóricos», y, con esta prestidigitación que apoya la fuerza coactiva de un derecho positivo así legitimado, «niega la más mínima posibilidad de resistir a los mandatos del gobernante, simplemente porque son mandatos del gobernante y cualquiera que sea su contenido».

Partiendo del *criticismo* voluntarista de Kant —en el cual el sujeto ordena, pero no pone la materia que es «dada»—, otro paso hacia adelante sería andado por uno de sus discípulos, Johan Gottlieb Fichte, quien, en su *idealismo trascendental*, para conciliar la *Crítica de la razón pura* con la *Crítica de la razón práctica*, hizo del Ego, «Yo», una voluntad que «crea el mundo del sentido y del entendimiento como sustitutivo de una realidad que de otra manera sería ininteligible», y ante la dificultad de que el Yo pueda ser el mismo para todos y cada uno, lo compuso en la Una-Eternidad-Voluntad-Infinita, «creadora del mundo en nuestras mentes y por nuestras mentes», subsumida por el Estado en el empeño de crear «el mundo nuevo», como él mismo proclamó en su *Discurso a la nación alemana*.

El ensamblaje de la Una-Eterna-Voluntad-Infinita, asumida por el Estado —según la proclamó Fichte—, con la encarnación del *espíritu del pueblo* en la realidad material —conforme la concibió Schelling—, lo efectuaría Hegel, en una perspectiva dinámica y dialéctica, con su genial concepción de la historia, en la cual «la razón rige el mundo» y, por tanto, «la historia se desarrolla racionalmente». Y, así, lo racional es el puro hecho de «las concepciones culturales y jurídicas dominantes en cada momento en una sociedad dada».

Pero de ese modo, como advirtió mi maestro Sciacca, esa razón viene a ser «la noche negra donde todas las vacas son negras», en el cual «todo se hunde en la Razón, todo es reabsorbido por ella, todo se pierde en ella».

El paso final del *legere* al *facere* fue proclamado por Marx: «los filósofos no han hecho más que *interpretar* el mundo de di-

versos modos; pero de lo que se trata es de *cambiarlo*». Del proceso dialéctico hegeliano se elimina la Idea y no se deja sino una dialéctica materialista entre contrarios, en la cual se impone lo nuevo. «El comunismo —escribieron Marx y Engels— no es para nosotros un estado que deba ser instaurado ni es un *ideal* que haya de reglamentarse. Llamamos comunismo al movimiento real que aniquila la situación actual».

El formalismo jurídico aparece, pues, en contraposición con las perspectivas historicistas desde las cuales se produce la disolución del derecho en la realidad de cada momento histórico, confundándose con los hechos. Pero coincide con éstas en estimar irrelevante toda noción trascendente de justicia. Los formalismos jurídicos tratan de destilar lo jurídico de la ganga de los hechos y, después, purificarlo con un filtro que no deje pasar cuanto denominan «ideologías», incluyendo en esa denominación todas las normas religiosas, morales o iusnaturalistas de carácter sustantivo que no sean positivas. Ese intento conlleva, según Kelsen, liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que él estima extraños a ella, aislando, así, la jurisprudencia de la psicología y la sociología, de la ética y de la teoría política.

De ese modo purificado, el derecho, considerado como un conjunto de normas, queda por precisar las notas que, según el mismo Kelsen, le caracterizan. Son: formar parte de un orden jurídico específico; y surgir de un acto volitivo que, coactivamente, impone una sanción a quien no siga determinada conducta.

El fundamento de la teoría pura del derecho se halla realmente en el escepticismo gnoseológico de Kelsen, que le llevó a sustituir la búsqueda de una verdad sustancial objetiva por la de un orden positivo formal. Escepticismo que muestra, también, cuando justifica la democracia. «De hecho —escribía—, la causa de la democracia aparecería desesperada si se partiera de la idea de que puede accederse a verdades y captarse valores absolutos».

Si el hombre —escribía— tuviese un conocimiento cabal del reino de las ideas, estaría en condiciones de adaptar su mundo a ese arquetipo» ... «Si se pudiera conocer el orden absolutamen-

te justo, cuya existencia es afirmada por la doctrina del derecho natural, el derecho positivo resultaría superfluo; es más, no tendría ningún sentido»; y «la actividad de los legisladores positivos sería comparable al esfuerzo de quienes pretendiesen realizar una iluminación artificial a la luz del sol...».

Así, el Estado es, para Kelsen, una «organización política», en cuanto «orden que regula y monopoliza el uso de la fuerza y su poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho».

Es curiosa la analogía explicativa que el propio Kelsen propone entre el panteísmo, que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural, y «la identificación del Estado con el derecho», a la que considera «presupuesto de una ciencia jurídica auténtica». (Lo que, sin duda, constituye una evidente petición de principio).

III. JOAQUÍN COSTA, ANTÍPODA DE KELSEN.

El curso pasado, en este mismo salón, en el homenaje, organizado por el Instituto de España, al ilustre polígrafo aragonés Joaquín Costa, con ocasión del 75 aniversario de su fallecimiento, manifesté mi deseo de extenderme, en otra ocasión, en el examen de su concepción del derecho y en mostrar que ésta fue, anticipadamente, antitética de la autodeterminada *teoría pura del derecho*, del vienés Hans Kelsen.

Sustituyo aquí, por un escrúpulo humano, la calificación de antitética por la de antípoda. Los hombres nos hallamos encuadrados en el tiempo de nuestra vida terrena. Y Costa es, cronológicamente, anterior a Kelsen; por lo cual, entre ellos, la antítesis precedería a la tesis.

La primera obra importante de Kelsen aparece en 1911. Costa falleció el 11 de febrero de ese mismo año. Su filosofía del derecho la había mostrado, ya en 1873, en su memoria: *La costumbre como fuente del derecho, considerada en sus principios y en su valor e importancia en Roma*, cuya introducción fue publica-

da, en 1876, con el título, *La vida del derecho*, donde —explicaría el propio Costa— «se sentaban las bases de la doctrina biológico-jurídica», según él mismo la desarrolló en su *Teoría del hecho jurídico individual y social*, publicada cuatro años después.

Frutos maduros de su tarea fueron, sucesivamente, su estudio, *Requisitos de la costumbre jurídica según los autores*; su conferencia, *Espíritu del derecho aragonés y del Congreso de Jurisconsultos aragoneses* y su libro, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*.

Sus dos obras fundamentales de filosofía jurídica, *La vida del derecho* y *Teoría del hecho jurídico*, tienen como complemento el prólogo y los tres extensos primeros capítulos de sus *Estudios jurídicos y políticos*, publicados en 1884.

Finalmente, aún insistiría Costa en esa posición jurídico-política, tal vez exacerbándola, en su discurso de ingreso en esta Real Academia, el día 3 de febrero de 1901, acerca de la *Ignorancia del derecho*, el mismo año en que pronunció su famosa exposición en el Ateneo de Madrid, solicitando un cirujano de hierro para la España que contemplaba. No obstante lo cual, aquí en esta Academia concluía afirmando que, «conforme a las diversas constituciones civiles de la Península, podrían vivir ordenadamente los hombres en sociedad, sin comercio, apenas con las leyes», «y sin que, por ello», «hubieran de chocarse entre sí las múltiples esferas individuales, ni dejarán de formar juntas, como antes y como siempre, municipio, nación, Estado». Gumersindo de Azcárate comentaría: «Estas últimas palabras ponen de manifiesto los límites que pone el señor Costa al sentido ácrata individualista que inspira todo el discurso».

Al no haber tiempo suficiente para exponer mi estudio acerca de la contraposición de la posición de Costa con la de Kelsen, me limito a leer las conclusiones. Mientras el positivismo normativista de Kelsen se autojustifica sólo formalmente en el orden escalonado de la pirámide jurídica, apoyada en el vértice de la constitución; en cambio, Joaquín Costa entiende que el derecho reclama la libre racionalidad en la acción humana de adecuar medios a fines objetivamente buenos para la vida social; por lo

cual, no puede ser encerrado en normas coactivas impuestas por el poder oficial, sino que ha de quedar siempre abierta la posibilidad de determinarlo, en cada caso, en un régimen de verdadera libertad que no debe confundirse con el albedrío. Siendo así, la moral, la naturaleza, la biología social, la psicología, etcétera, resultan de imprescindible conocimiento para esa labor, puesto que el derecho positivo viene a consistir en la concreción, en cada *hecho jurídico*, del derecho ideal y eterno, establecido por la divina providencia.

En esto la concepción jurídica de Costa, plenamente abierta a la luz de todos los saberes asequibles al hombre, resulta totalmente antitética de la posición en la que Kelsen encierra el derecho en su pirámide, fuera de la cual todo le es ajeno.

En síntesis:

a) Costa halla el fundamento del derecho en Dios y estima que, en «perpetua revelación», el hombre lo recibe en su razón, captándolo de consuno del espíritu y de la naturaleza, mediante una doble operación con itinerario interior-exterior y exterior-interior, en repetidas idas y vueltas, entre el pensamiento y la realidad.

En cambio, el orden jurídico escalonado de *la teoría pura del derecho* —que se confunde panteísticamente con el Estado, que segrega el derecho como parte integrante de su ser— no tiene, según Kelsen, más apoyo jurídico efectivo que la constitución política, que el mismo Estado se ha dado y cuya autoridad flota sobre una proposición fundamental hipotética, y, por ende, indemostrada y considerada indemostrable.

b) El mundo jurídico kelseniano se reduce a *un ordenamiento de normas* constitutivo de su sistema, que no son sino mandatos positivos emanados del aparato oficial del Estado, que imponen coactivamente una sanción. Por el contrario, según la perspectiva del altoaragonés, la vida jurídica se centra, no en las normas, sino en los *hechos jurídicos*, cuya realización debe consistir en una aplicación, en cada caso concreto, a una realidad

histórica, vivida por el hombre, de los principios del derecho natural y eterno, ya se trate de hechos simples o bien de hechos que resultan normativos.

c) Según el fundador de la *teoría pura del derecho*, la voluntad creadora de cada norma no tiene más requisitos que el —meramente formal— de corresponder a la del órgano legalmente competente, según el orden jurídico escalonado, dimanante de la constitución del Estado de que se trate.

Para el polígrafo aragonés, cada hecho jurídico requiere una operación racional —de cuya corrección sustancial dependerá la validez de aquél—, y que, para ser racional, ha de reunir un fundamento ético, un correcto funcionamiento psico-físico de su sujeto activo y una repercusión biológico-social, captada por sus raíces hundidas en el *humus* de la tradición histórica del propio pueblo.

d) Con sus presupuestos, para Kelsen resulta simplísimo reducir todo el derecho a un aparato ordenador, cerrado, que jerarquiza todos los mandatos coactivos, sin que se deba analizar su contenido. Por el contrario, al ser el derecho —según Costa— forma racional de la vida entera, no puede encerrarse totalmente en sistema normativo alguno, como no cabe poner puertas a la vida, que si no se la mutila y diseca no cabe en ordenador alguno, ni en ningún cerebro humano, puesto que a todos los excede, y sólo en la medida de lo posible puede alcanzarse a comprenderla y racionalizarla, adecuando, en lo concreto, medios estimados lícitos a fines buenos. Por eso, las formas positivas no pueden ser cerradas.

Incluso, comprende Costa que, sin salirse del derecho, en ciertos grados de corrupción de la *comunidad*, un poder político sano podrá recurrir al remedio extraordinario de la dictadura, o, a la inversa, le es lícita a una comunidad saludable la desobediencia civil, la resistencia activa y, en último término, la revolución como remedio extremo frente a un poder político injusto.

En cambio, para Kelsen, todos estos remedios están fuera de

cualquier pirámide jurídica, sin óbice de que su tesis admita que cualquier revolución pueda fundar otra pirámide jurídica si logra imponer una nueva constitución que funcione.

c) El concepto de soberanía de Kelsen es —como el definido por Bodino— único, absoluto e ilimitado. El del Estado superior en Costa, en cambio, corresponde a la concepción clásica de autoridad suprema. Recuerda el concepto de la *suprema auctoritas* expuesta por su paisano Gabriel de Añastro e Isunza. Pero es de advertir que el concepto que Costa tiene de soberanía, en general, es un concepto múltiple, como también lo es el que tiene del Estado. Si, para él, Estado es todo sujeto que crea y vive el derecho, soberanía es la esfera de exclusiva competencia de cada sujeto del derecho.

Para Costa, la soberanía del Estado, propiamente dicho, según la terminología en uso, está limitada: por arriba, en todo cuanto resulta de derecho necesario, por trascenderla lo impuesto por el derecho natural y eterno; y, por abajo, en lo que es derecho voluntario: de una parte, por las esferas correspondientes, como propias, al individuo, a la familia, al municipio, etc.; y, de otra, por la propia sociedad civil, como fuente de la costumbre.

f) Para Kelsen, el sistema de mandatos formalmente positivos que constituyen el derecho sólo dimana de la soberanía absoluta del Estado, y hasta tal punto se confunden —derecho y Estado— que resulta redundante hablar de «Estado de derecho». Y, contrariamente, puesto que —según Costa— el derecho debe ser captado y vivido racionalmente por los hombres, y, mediante el juicio de éstos, es alumbrado en las respectivas esferas de las sociedades humanas, en las cuales se desarrolla —desde la del individuo, la familia, el municipio, etc., hasta la del Estado político superior—, cada una de ellas tiene un ámbito propio de competencia exclusiva. Y, así, la realización de los hechos jurídicos, incluso de los normativos, es obra de la sociedad que, en sus diversas esferas naturales, los lleva a efecto, ya sea de modo

directo, anergálicamente, ya por representación adventicia o espontánea, o bien a través de sus órganos oficiales. Pero, en ese caso, como ocurre en el mandato de derecho civil, el poder del mandatario no excluye ni limita las facultades de su mandante; sino que, en el cumplimiento de su cometido, se halla sometido a la voluntad de éste.

g) Kelsen concibe todo el derecho con carácter imperativo y sancionador; en cambio, según Costa, debe distinguirse: un derecho necesario, imperativo, en cuyo ámbito el derecho natural debe moldear al derecho positivo como requisito esencial para la validez de éste; y un derecho voluntario, en cuyo campo el individuo, la familia, el municipio, positivizan su derecho respectivo en un régimen de libertad civil. La formulación de ese derecho voluntario tiene como puntos de partida, en su respectivo ámbito social, el principio de libertad civil o *standum est chartae*, y en cuanto no sea expresamente previsto por los interesados, por el principio *standum est consuetudini* de carácter prelativo para establecer el derecho supletorio. Según el León de Graus, la fuerza del derecho consuetudinario no deriva de precepto expreso alguno de la constitución, ni de delegaciones legales, sino que, en el ámbito tangencial con todo cuanto es de derecho necesario, la racionalidad determina el valor de uno u otro derecho —el dimanante de ley o el producido por la costumbre—; y, en lo que es de derecho voluntario, el orden de prelación comienza en el dimanante del individuo y del contrato, continúa en el creado en la familia, en el municipio, en la región, etc.; y, en cada una de esas esferas, tiene preferencia como derecho subsidiario lo establecido consuetudinariamente respecto de lo previsto en la ley u otra disposición emanada de los organismos oficiales.

En la teoría pura del derecho, por el contrario, al convertirse el Estado en un rey Midas del derecho —pues cuanto toca lo convierte en derecho, con el cual se confunde panteísticamente—, se resuelven, del modo más expedito imaginable, todas las cuestiones sustantivas que secularmente se han planteado al arte

jurídico. Estas quedan enterradas en la tumba cubierta por la pirámide jurídica.

De haber oído o leído una tal simplificación —saltando el tiempo hacia el futuro— el polígrafo Joaquín Costa no hubiese ni siquiera vacilado en desdenarla, como tampoco hubiera merecido la menor atención a los juristas romanos que definieron la jurisprudencia como *divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*.

El simplismo funcional deparado por la Modernidad que, para comprender el mundo, ha prescindido de Dios y de la metafísica, pensando que así resultaría más fácil a los hombres entenderse social y políticamente, ha tenido que divinizar, como contrapartida, meras hipótesis, convertidas en postulados —como tales indemostradas e indemostrables— y así se ha visto y se ve obligada, en aras de una soñada convivencia feliz —que tampoco se alcanza—, a imponer nuevos dogmas políticos o sociales, que constituyen un telón opaco para la inteligencia y la razón.

El tiempo dirá cuáles serán las consecuencias finales que acarreará ese acortamiento del campo de búsqueda de la verdad que, política y jurídicamente, se está imponiendo en el mundo moderno, que comienza por prescindir de nuestro principio y fundamento, así como de todo intento de buscar verdades que nos trasciendan, poniéndose e imponiendo a todos el uso de unas gafas oscuras que no dejan ver nada de cuanto exceda de los datos positivos experimentados, de conformidad con las hipótesis que nos son impuestas como nuevos mitos.

Confundido con la libertad científica, el más vulgar libre arbitrio fabrica y pregona toda clase de utopías, y la autoridad política es dotada de la potestad de imponerlas coactivamente, en cuanto las respalda la mayoría, por más que ésta, a su vez, sea fabricada por los *mass media*. La pirámide jurídica kelseniana ha servido para recubrir esta potestad, sin límites jurídicos, con una forma pseudojurídica, que autojustifica ese poder, cualquiera que sea su contenido, por utópico, nocivo, maltusiano o esterilizante que resulte o racionalmente se prevea que lo será.

Es cierto que, hoy, la filosofía del derecho ha dejado atrás a

la teoría pura del derecho, pero ésta sigue imperando en el mundo político.

El formalismo es, para el voluntarismo jurídico, un intento de justificación que sustituye la esencia racional, de la que se prescinde por no creerse en ella, dado el escepticismo ontológico y gnoseológico en el que ha caído la Modernidad. Por eso, irremediablemente, se recurre al Estado, no ya como defensor del derecho, sino como creador de un ordenamiento que, tratando de evitar su búsqueda, lo suplanta. Así, perdido el sentido de la justicia, el Estado arbitra unas reglas que garantizan un cierto orden. Pero con ellas asfixia, hasta ahogarla, la libertad civil que Costa halló en su derecho natal de Aragón, e impide que la libertad política sea tal como él la concebía, sustituyéndola —en palabras suyas—, por el derecho a depositar periódicamente la papeleta electoral en la correspondiente urna el día de las elecciones —hoy sólo para votar una de las listas cerradas presentadas por los partidos políticos—.

La imposición plena del sistema de la teoría pura del derecho kelseniano, para nosotros los juristas, equivaldría a reducirnos a la condición de meros leguleyos, tecnificados y deshumanizados, sustituibles —no sin ventajas— por ordenadores bien alimentados.

Sería algo semejante a lo que supondría la imposición por el Estado a los médicos de un *vademecum* del que no pudieran salirse, al recetar, mientras el órgano estatal competente no dictara otro nuevo, y, de igual modo, a los arquitectos unos módulos y el uso exclusivo de unos materiales predeterminados por la administración del Estado para construir edificios en todo el territorio nacional, y así a los ingenieros..., a los químicos, etc.

Si, acerca de lo bueno y de lo justo, según los tiempos, lugares y circunstancias e, incluso —como hoy se dice—, según la procedencia social de cada persona, se han tenido y siguen teniendo tan diversas concepciones, no menos variadas, sino mucho más, son las concepciones médicas, arquitectónicas, físicas, químicas, biológicas que la historia de esas artes y disciplinas nos muestra, y, aun hoy, vemos que periódicamente son revisados

sus criterios, sin que jamás haya existido ni exista plena unanimidad; y, no obstante, todos esos profesionales tratan de buscar, en su respectivo campo, lo objetivamente mejor, lo más adecuado —y ¡gracias a esto se progresa!—. El derecho, también, requiere, de modo análogo, una constante búsqueda objetiva, en la cual el jurisconsulto debe tratar de alcanzar —cuanto pueda— lo mejor y lo más adecuado por encima de los condicionamientos históricos, nunca absolutos ni totalmente insalvables. Y en eso radica la posibilidad del progreso jurídico.

Los juristas prácticos, en especial los que cultivamos el derecho privado, sabemos que el derecho no consiste en la imposición de una justicia estructural, especie de *macro justicia*, ni en una *panreglamentación* que lo abarque todo, sino en una continua producción de hechos jurídicos, resueltos uno a uno, en la vida concreta, con soluciones justas, y esto no puede lograrse —ni se conseguirá jamás— por aquellos medios... Costa supo comprenderlo y lo proclamó con su mente preclara y su palabra ardiente. No quería ver totalmente encerrado el derecho en las mallas de un ordenamiento positivo; y ¡menos aún! hubiese querido que lo enterraran ¡en la tumba jurídica de la pirámide kelsiana!

* * *

Termino, pero, antes, deseo reiterar, como recipiendario, mi firme propósito de hacer cuanto pueda para llevar dignamente esta medalla durante el tiempo que dure mi relevo, en esa sucesión iniciada por el marqués de Molins, a quien siguieron tan ilustres académicos como, entre otros, don Marcelino Menéndez Pelayo, el profesor Assín Palacios, Mnsr. Barbado Viejo, el Cardenal Primado Pla y Deniel, don José Pemartín, don Cirilo Torros Laffile y mi fraternal amigo Eugenio Vegas Latapie, de quien —tan entrañablemente para mí— me llega.