

Teoría militante del Derecho

EL DERECHO COMO SISTEMA DE SEGURIDAD

¿Qué sentido tiene afirmar que el Derecho es un sistema de seguridad? Evidentemente el Derecho aparece como una "garantía" frente a cierto miedo o inseguridad y tiene como fundamento la necesidad de supervivir en ausencia de temor (1). Pero la simple calificación del Derecho como sistema de seguridad es insuficiente y puede darnos únicamente una idea superficial de su concepto, debido principalmente a la imprecisión de lo que sea sistema de seguridad, nacida en primer término de su generalidad. Resulta, pues, imprescindible aclarar y determinar qué es lo que queremos decir cuando afirmamos que el Derecho es un sistema de seguridad (2) y sobre todo advertir que la consideración del Derecho como sistema de seguridad en forma alguna implica la atribución de un contenido meramente negativo; es decir, que su fin esté exclusivamente en la obtención de la seguridad límite. ¿Cuál es, entonces, la seguridad que como función atribuimos al Derecho?

A través de la contestación a esta pregunta podríamos hacer en realidad la Historia de la Filosofía del Derecho. Porque la primera manifestación del concepto del Derecho ha de estar, indudablemente, en la función o conjunto de funciones que se le atribuyen y que pueden ir desde la consideración del Derecho como regla general en la relación del hombre con su contorno, a la conceptualización como simple excepción para los supuestos más radicales.

El Derecho es una técnica, un conjunto de medios instrumentales, con los que el hombre opera inmediatamente sobre los demás y sobre la naturaleza en cuanto esta relación redunde en los demás (3). Pero es preciso

(1) ENRIQUE TIERNO GALVAN, "La realidad como resultado", Separata de *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político* de la Universidad de Salamanca (B.I.S.D.P.), I, 53.

(2) Vid mi nota "Derecho y Situación", en B. I. S. D. P., n.º 10-12.

(3) Sobre el concepto de técnica, Vid. ENRIQUE TIERNO GALVAN, "Ensayo acerca del Cine", en *Cinema Universitario*, n.º 2, págs. 13 y sig.

hacer una caracterización esencial, por cuanto el Derecho es, sí, una técnica de la conducta humana, pero no de cualquiera, sino precisamente de una concreta y determinada, única y común a toda la colectividad. Se trata, pues, de la técnica de la actuación social dentro de una cierta comunidad, y ni que decir tiene que el obrar de esa comunidad será tanto más uniforme cuanto más rica sea la técnica de comportamiento. De ahí que el Derecho sea tanto más comprensivo cuanto mayor sea la pretensión de una actuación uniforme por parte de todos los miembros de una unidad política y las funciones que a ésta se le asignen.

Esto explica que según se centre el mundo sobre el individuo o sobre el grupo, se llegue a uno de los polos mencionados del Derecho regla general o del Derecho excepción, y que se conciba o bien como elemento organizador o bien como factor de delimitación.

En el mundo antiguo prevalece la concepción del Derecho como ordenación total de la vida social. Aunque con fundamentaciones metafísicas distintas, tanto en Grecia y Roma como en la Europa medieval, el concepto que se tiene del Derecho nace de la consideración de éste como principio regulador de la vida del hombre en sociedad.

“El mundo —dice MEDINA ECHAVARRIA— era para el griego un cosmos, un todo ordenado y armonizado. Todas las oposiciones y fuerzas en pugna se resolvían en la armonía última del cosmos. La metáfora heraclitiana del arco y la lira, perdura como el principio mismo de todo el pensamiento helénico: el principio de armonía. En este cosmos, concebido como un todo vivo, está el hombre repitiendo en su articulación interna la articulación de aquél: el hombre es microcosmos y se refleja, asimismo, en la polis. El pensamiento práctico dimana de igual postura y ello explica la teoría ética de la virtud y la doctrina jurídico-política. La polis no es otra cosa que un elemento del orden cósmico y en ella se realiza la justicia, virtud suprema del hombre: justicia, que expresa también el principio de armonía... El Derecho era fundamentalmente una ordenación social realizada en la ciudad. Y esta ordenación un reflejo del orden cósmico.”

En Roma se define la jurisprudencia como conocimiento de todas las cosas divinas y humanas. Conquista Roma el mundo con sus legiones, pero su Derecho será el auténtico forjador del Imperio, porque con él lleva todo un sistema de esquemas para construir y fijar las exigencias del vivir social (5). El Derecho Romano es el determinador de la vida y en consecuencia la fuerza que consigue la aglutinación de un vasto círculo de países; posee el secreto de la asimilación. Por eso pondrá Justiniano a la cabeza del Proemium de sus Instituciones: *Imperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis,*

(4) J. MEDINA ECHAVARRIA, “La situación presente de la Filosofía jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, pág. 22-23.

(5) Vid. GIOVANNI PACCHIONI, “Breve Historia del Imperio Romano narrada por un jurista”. Madrid, 1944, pág. 116 y sig.

sed etiam per legitimos tramites calumniatum iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

El pensamiento medieval sustituye la articulación viva del cosmos griego por el orden divino. Dios es el creador y monarca del mundo y el hombre su criatura. La penetración de lo espiritual en la sociedad tiene su fuente en la ley eterna, de que participa la criatura racional mediante la ley natural. En una palabra, el reflejo del orden divino en el mundo jurídico es el Derecho natural y por eso el Derecho es también aquí, sobre todo, una ordenación (6).

Y esta idea del Derecho ordenador de la vida, en que se ha de encajar el propio quehacer, se mantiene en aquellos que otorgan al Derecho una fundamentación y un enlace divinos. La definición de Santo Tomás, de la ley (Derecho objetivo), resaltaba el hecho de ser una *ordenación* de la razón, enderezada al bien común, y esta concepción se repite insistentemente en la escolástica y en la neoescolástica. Así Jacques Leclercq habla del Derecho como conjunto de reglas prácticas que *organizan* la vida humana conforme al orden natural, y Renard apunta el carácter de fuerza directiva que tiene la norma jurídica. Así se define al Derecho como orden imperativo, en que el obrar externo y objetivado de los hombres recibe y logra ajuste necesario para la subsistencia de la vida comunal e instrumentalmente requerido para el perfeccionamiento de cada uno de ellos y la ulterior conquista de la suprema beatitud" (7). En general el elemento de orden, ordenación y organización, se aprecia en todas las construcciones de tipo teista. Leibniz, de la consideración del Derecho como *potentia moralis* deduce que su fin es el perfeccionamiento del hombre y de la sociedad. Y Stahl, en su enfoque teológico-protestante, lo ve como ordenación de la vida de un pueblo para el mantenimiento del orden divino en el universo.

EL DERECHO A LA DEFENSIVA

Sin embargo, hay un momento en que la asignación de esta función constructiva se sustituye por la atribución de un cometido puramente negativo y de conservación. El Derecho se convierte en un sistema de seguridad, que se refiere únicamente al no hacer, a la coexistencia de libertades. La técnica jurídica se destina únicamente a resolver los casos marginales de la necesidad de supervivencia, a atender las exigencias más radicales. ¿A efecto de qué se ha restringido el ámbito de esta técnica? ¿Por qué se ha renunciado a controlar desde el Derecho la totalidad del hacer social del hombre?

La razón generalmente aducida es la de la separación entre Derecho y Moral. Sin embargo, el problema requiere una investigación más a fon-

(6) Vid. MEDINA ECHAVARRIA, *op. cit.*, pág. 24.

institucional del Derecho", Madrid, 1944, página 451 y sig.

(7) J. RUIZ-GIMENEZ, "La concepción

do, explicando el hecho de la separación y sus causas. ¿Por qué no continuó el Derecho con ímpetu de creación y organización? Explicable que en la confusión y dada como necesaria la significación militante de la Moral, el Derecho tenga un contenido positivo. Pero, ¿por qué lo pierde al segregarse de la Moral? ¿Por qué lo pierde el Derecho y lo conserva la Moral? ¿Por qué los actos internos pueden dirigirse desde una técnica y no los actos externos?

A nuestro juicio tres son las razones: el laicismo, la concepción del mundo burguesa y la disparidad entre teoría y realidad.

El hombre que pierde la confianza en su Dios, que duda que toda su actividad deba estar dirigida al logro de una vida ultraterrena, siente la necesidad de emancipar su obrar de la disciplina, que le impone la técnica destinada a la obtención de fines que en su pensamiento no rigen ya con sinceridad, en su voluntad con impetuosidad, en su sentimiento con deleite (8). El recurso es sencillo: fraccionar el obrar humano y dejar sometido el fuero interno —lo incontrolable— a la esclavitud de la regla, mientras el fuero externo emerge libre, autónomo, con el legislador en sí mismo. El Derecho debe estar destinado precisamente a garantizar esa soberanía del individuo y únicamente debe interferir allí donde la desorbitación de una soberanía pueda poner en peligro la de los demás. Después de un sometimiento que ya no se ve justificado el hombre quiere ser libre; sólo va a afectarle el Derecho y éste tendrá un contenido negativo. No obstante, aquellos que experimenten aun los alicientes de la dependencia del hombre para con Dios, pueden continuar reglados de forma heterónoma: ahí tienen la Moral.

Este factor se enlaza con el segundo: la concepción del mundo burguesa. El burgués es el tipo de hombre producto de la suspicacia y la cautela. "Precisamente —escribe ORTEGA— porque el burgués es aquella especie de hombre que no confía en sí, que no se siente por sí mismo seguro; necesita preocuparse, ante todo, de conquistar la seguridad. Ante todo evitar los peligros, defenderse, precaverse" (9). Su Derecho será una disciplina de la cautela y consistirá en un sistema de principios con que se pretende evitar los abusos, más bien que establecer nuevos usos positivos. El burgués, al sentirse desguarnecido de la Providencia Divina, siente miedo, un miedo radical. En el actuar cotidiano y casuístico tiene plena conciencia de su valor. Ha centrado el mundo sobre sí y aspira a regularse exclusivamente todos los compromisos; desliga la regulación de su vida de la de la comunidad y adopta frente a ella el carácter de sujeto activo. Pero radicalmente está inseguro y por eso pide garantías, pide normas jurídicas que impongan respeto, que hagan posible la coexistencia, que hagan el deslinde entre el yo y el mundo.

Y por último una tercera causa: el desacomodo entre los hechos y los conceptos, entre lo que es Derecho y lo que se cree Derecho. Tenemos

(8) Sobre los imperativos vitales, Vid. ORTEGA Y GASSET, "El tema de nuestro tiempo", Colección Austral, pág. 52.

(9) ORTEGA Y GASSET, "Kant, Hegel, Dilthey". *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, pág. 12.

aquí que hacer referencia a la sagaz observación de TIERNO GALVAN, según la cual "todo comportamiento tiende por su propia mecánica a hacerse automático" (10). Y esto ocurre también con el Derecho: se hace automático, es decir, viene a formar en nosotros hábitos y direcciones que llegamos a creer naturales porque las encontramos como anteriores y necesarias a cualquier actuar personal; se convierte en un mundo de usos e instituciones en que puede reposarse cómodamente (11). Tanto, que llegamos a olvidar que se trata de auténtico Derecho, y formamos el concepto de éste operando sobre un material en que hemos excluido el *Derecho viviente*, el que define automáticamente la conducta humana y que realiza en mayor grado la función militante de las normas jurídicas, por cuanto, como dice EUGENIO EHRLICH, rige y ordena la vida social en su actividad normal, es una ordenación pacífica y esponnea, que regula la vida interior de los grupos sociales y la colaboración común en su seno (12). Por ello, puede decirse que el Derecho nunca ha dejado de ser militante, sino que lo ocurrido ha sido el olvido de su manifestación más rica en este aspecto, para quedarse tan sólo con un Derecho equivalente a sistema de reglas para la delimitación en caso de conflictos.

La concepción del Derecho a la defensiva tiene su manifestación más exacta en KANT. Hay que advertir que no debiera haber sido así si KANT hubiera aplicado rigurosamente al campo ético-jurídico los supuestos fundamentales de su doctrina metafísica. En efecto, KANT parte de la concepción del mundo como Caos, como Desorden (13), y lo mismo que en el plano metafísico es el sujeto quien ha de poner orden en tal Caos, así en el plano jurídico debería haber sido el Derecho el elemento que introdujera el orden y diera sentido al revuelto chocar de las acciones de los hombres. Todo lo contrario, KANT parece partir en este caso del supuesto inverso, de la consideración de la sociedad como Cosmos, en que el Derecho apenas tiene qué hacer, sino velar porque siga siendo Cosmos, pero desde afuera, sin que él sea el principio directivo. El Derecho debe estar alerta únicamente para que se mantenga la ley universal de libertad, para que la facultad de obrar de cada uno pueda armonizarse con la facultad de obrar de los demás; sólo pretende, pues, garantizar la libertad del individuo frente a las acciones ajenas. Sólo vigilar, evitar, eludir, delimitar, imponer respeto y seguridad. Es la culminación del criterio opuesto al Derecho militante, al que le condujo su carácter de hombre moderno laico (14) y su fisonomía burguesa (15).

Este entendimiento del Derecho a la defensiva tendrá numerosos ecos posteriores en relevantes figuras de la ciencia jurídica. Así KORKOUNOV dirá que el Derecho es un deslinde, una separación de los intereses. JEZE

(10) "La realidad...", 11, 13.

(11) Vid. MEDINA ECHAVARRIA, *op. cit.*, pág. 25.

(12) Vid. JOSE CASTAN, "Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho", Madrid, 1947, pág. 103.

(13) ORTEGA, "Kant...", pág. 10.

(14) EUSTAQUIO GALAN, "La Filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico", Madrid, 1944, pág. 12.

(15) ORTEGA, "Kant...", pág. 10 y sig.

lo concebirá como reglamentación de competencias, LEVY-ULLMANN lo conceptuará como la delimitación de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen libertad de hacer y de no hacer, sin incurrir en una condena, un apremio o una intervención particular de la fuerza (16).

Así, la vida, la sociedad, se apoyan en el Derecho, pero se organizan fuera de él por obra de la iniciativa particular de las voluntades individuales. El problema está en si esto es posible, o más concretamente, si este concepto del Derecho puede darse y corresponde a nuestra *situación*. Esta es la pregunta más grave: ¿Puede sostenerse el concepto de Derecho como Derecho a la defensiva en nuestra *situación*?

DERECHO MILITANTE

Al sociólogo, que es a quien debemos hacer la pregunta, hemos de presentársela de otra forma: ¿Puede hoy el individuo, a través de su saber y entender, tomar las decisiones sobre su actuación en sociedad? ¿Es posible el juego natural en el campo político, social o económico?

“Mientras la sociedad estuvo regulada —escribe MANNHEIM— por un juego natural entre unidades pequeñas y completas en sí mismas, pudieron funcionar los controles mutuos”; hoy, sin embargo, a efectos del aumento de población, de la revolución industrial, del urbanismo, de la aparición de nuevas técnicas, hemos de admitir el fin del *laissez-faire* y la necesidad de planificar como inevitables consecuencias de la actual situación. No puede, pues, el individuo tomar decisiones conforme a su experiencia, sino que “la mayoría tiene ahora que obedecer instrucciones y sólo unos pocos jefes de departamento pueden formarse un juicio completo y una política propia” (17).

En el campo jurídico no puede, ante esta situación, haber sino una respuesta: pasar del Derecho a la defensiva al Derecho militante. El Derecho, como sistema de seguridad, cambia de signo, convirtiéndose en un conjunto de esquemas, a que debe acomodarse el comportamiento del hombre para con los demás y para con el mundo, en cuanto repercuta en los demás. La inseguridad se refiere no sólo, pues, a los casos límites de supervivencia, sino a la que significa la mediación del hombre con su contorno, a la que se deriva de la oposición entre el yo y el mundo, habida cuenta de la necesidad de intercambio entre ambos términos. El Derecho se convierte en una técnica total del comportamiento social, en un conjunto de medios instrumentales, a través de los cuales se verifica el acercamiento de los hombres, y en los cuales encaja la vida social. Del Derecho-quijote, ocupado tan sólo en desfacer entuertos, pasamos al De

(16) J. CASTAN, *op. cit.*, pág. 90.

(17) KARL MANNHEIM, “Libertad, poder y planificación democrática”, *Fondo de Cultura Económica*. México-Buenos Aires, 1953, página 28. Vid. también RAUL MORODO, “El

funcionalismo ante la crisis de Europa”, en *B. I. S. D. P.*, mayo-octubre, 1956, pág. 152 y sig. Sobre el paralelo cambio político, PABLO LUCAS VERDU, “Estado liberal y Estado Social de Derecho”, Salamanca, 1955.

recho como vida objetivada, pero no como producto, sino como ensayo, como planificación de la vida social. Por eso la misión del jurista de nuestro tiempo no debe estar en buscar un sistema de frenos que hagan posible la soberanía para el mayor número de individuos, sino al contrario, en arbitrar una serie de hipótesis acerca del comportamiento social, verificarlas con los fenómenos sensibles de la vida, es decir, contrastar sus figuras conceptuales con los resultados que le presten las ciencias empíricas del comportamiento humano y primordialmente la sociología, y atribuirles fuerza imperativa (18). Será así el Derecho un programa coactivo de la vida social, apoyado en el estudio empírico de la realidad. De suerte que podemos repetir con validez general las palabras que PERREU, defendiendo el que sería Código de Napoleón, aplicara a las leyes facultativas: El Derecho ha de "mirar a los hombres tales como deberán ser, complaciéndonos en la idea que de esta suerte los conducimos mejor al término a que deseen llegar. Semejantes leyes deben ser miradas como compañeras de las costumbres—" (19). La vida social se acerca así a la militar, y como en el Ejército la eficacia descansa principalmente sobre la organización y la disciplina rígidas, la vida civil ha de ajustarse a patrones definidos, que exigen la colaboración de todos; nuestra sociedad ha de ser una *Sociedad de Derecho*.

DERECHO MILITANTE TOTALITARIO

Pero, qué, ¿propugnamos la esclavitud del hombre, la muerte de toda libertad, la conversión del individuo en simple engranaje de la sociedad?

La reacción inevitable ante nuestra situación es aquella que significa la dirección centralizada de la vida social. Pero esta centralización puede entenderse de distinta manera, según la concepción que se tenga acerca de la personalidad humana, de donde, en líneas generales, cabe concluir que son posibles dos sistemas de Derecho militante: uno totalitario y otro democrático.

La interpretación totalitaria del Derecho implica una visión militante. Así, para la mentalidad comunista la ley es una ordenación que tiende en todo momento a imponer los intereses de la clase dominante, los cuales, por ser varios y distintos en el tiempo y en el espacio, hacen que la ley se adapte a ellos. No hay —dice PABLO BALSELLS— posibilidad de que puedan interpretarse los preceptos legales en contradicción con los intereses del Gobierno... La ley es la directiva fijada por él. La ley soviética es, pues, política (20). Es la técnica a través de la cual se realiza

(18) Sobre la estructura de las ciencias de la realidad puede verse ORTEGA, "La Filosofía de la Historia de Hegel y la Historiología", en *Kant, Hegel, Dilthey*, pág. 68 y sig.

(19) "Curso de Legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronun-

ciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón", Barcelona, 1839, Tomo I, pág. 392.

(20) Véase la "Introducción al estudio del Derecho soviético", de PABLO BALSELLS MORERA, en *La Herencia en la Unión Soviética*. Barcelona, 1935, pág. 11.

la imposición de los intereses del Gobierno de obreros y campesinos y de la masa de trabajadores (!) (21), y tendrá "tantas interpretaciones, deberá aplicarse de tantas maneras cuantas exijan las circunstancias del lugar de la acción y el acomodo al tiempo, guiándose siempre por la dialéctica de la vida, evitando la interpretación dogmática (22).

De aquí que el legislador soviético sea el más prolífico del mundo. "Leyes y más leyes, derogación de tales disposiciones, modificaciones del articulado, adaptación de los preceptos a las necesidades del momento, cambios de rumbo, rectificaciones. El ordenamiento legal presenta toda la gama de variedades que darse puedan... Al legislador soviético no le importa rectificarse, sólo le interesa el contenido económico de la ley (23). Y ésta es otra característica del Derecho militante: Su carácter programatizador y su adaptación a la *situación* (24), hacen inevitable la renuncia a cifrar todo el Derecho en uno o varios principios; cuando se persigue la coexistencia de libertades puede ser posible abrigar tal esperanza, pero cuando se quiere planificar la sociedad desde el Derecho, ha de considerársela como irrealizable ideal. Se equivocó quien en el siglo XIX pronosticó que "mañana encontrarán los químicos la quintaesencia de los Códigos y grabado el extracto de todos ellos en el reverso de las monedas, cada ciudadano llevará en el bolsillo una legislación completa y la administración de justicia será más fácil que una administración de loterías o una estafeta" (25).

Igual sentido militante tiene el Derecho en la concepción nacional-socialista o fascista, ya que al centrar el mundo sobre la comunidad ésta necesariamente deberá regirse fuera de la autonomía individual a través de normas que establezcan el sentido y dirección de la vida.

De aquí deriva el carácter extraño de la concepción jurídica de JOSE ANTONIO PRIMO DE RIVERA, la más opuesta de las pensables a su ideal de la sociedad política como unidad de destino en lo universal. JOSE ANTONIO PRIMO DE RIVERA, principalmente en una conferencia que con el título "Derecho y Política" pronunció en la inauguración del Curso del Sindicato Español Universitario, el 11 de noviembre de 1935 (26), afirmó que "el jurista tiene como única misión manejar el aparato jurídico positivo con el rigor con que se maneja un aparato de relojería y sin invocación alguna, que sólo la pereza puede disculpar, a principios y verdades pertenecientes a disciplinas ajenas". "Seamos políticos cuando nos movemos por inquietudes políticas; como juristas tengamos la pulcritud de no traer ingredientes de fuera. El juego impasible de las normas es siempre más seguro que nuestra apreciación personal. Delimita, pues, rigurosamente el campo jurídico y el político, abscribiéndose a la Teoría pura del Derecho.

(21) Vid. art. 5.º de la Ley promulgando el Código Civil de la R. S. F. S. R.

(22) Vid. BALSELLS, *op. cit.*, pág. 10.

(23) Vid. BALSELLS, *op. cit.*, pág. 12.

(24) Vid. "Derecho y Situación".

(25) "Ayer, Hoy y Mañana, o la Fe, el Va-

por y la Electricidad. Cuadros sociales de 1800, 1850 y 1891, dibujados a la pluma por don Antonio Flores". Madrid, 1857, pág. 104.

(26) Vid. *Obras Completas*, Madrid, 1950, pág. 369 a 372.

El hecho mereció ya en 1939 la atención de LEGAZ LACAMBRA (27), quien trató de explicar cómo un pensador y un político como JOSE ANTONIO, pudo mostrar una tal adhesión hacia una doctrina como la Teoría pura del Derecho, que por sus premisas relativistas y por su indudable sentido liberal, gozó de muy escasas simpatías entre los pensadores fascistas. LEGAZ, para justificar la unidad mental de JOSE ANTONIO PRIMO DE RIVERA, pretende señalar la autonomía del nacionalsindicalismo respecto a las soluciones totalitarias, y principalmente el hecho de que "cuando un jurista que está en posesión de un cierto pensamiento político extrae de una doctrina jurídica, que vive en una atmósfera política contraria, una serie de categorías jurídicas formales es porque está convencido de que esas categorías están absolutamente despolitizadas, que pueden adquirir un sentido puramente jurídico.

Pero no es este el caso de JOSE ANTONIO; no se trata de que acoja categorías formales, indiferentes a la atmósfera política del sistema a que pertenecen, sino de la negación de cualquier relación entre el Derecho y la atmósfera política, de la separación tajante entre Derecho y política, lo cual implica necesariamente concebir el Derecho como parcela separada del arte de elaborar normas conducentes a fines determinados. Esto es lo que requiere explicación: que se distinga entre lo jurídico y lo metajurídico, que se excluyan las aspiraciones que se derivan de la convicción política del campo del Derecho, que se conciba al jurista como "jurista puro", que se renuncie a toda consideración trascendente sobre los fines a cuyo servicio pueda estar colocada la categoría normativa (28). Y para esto no encontramos razones justificativas, porque tampoco nos convence que sea "el respeto profundo por la inteligencia del hombre lo que le llevó a mostrar su simpatía hacia una doctrina que desde el punto de vista intelectual es una obra maestra". La incongruencia sigue en pie.

DERECHO MILITANTE DEMOCRATICO

Que la concepción totalitaria del Derecho sea una concepción militante no significa que sea o haya de ser la única. Aquí, como en el terreno puramente político, las reacciones totalitarias son, respecto a nuestra situación, auténticas respuestas, pero no las admisibles, ni las únicas. Lo mismo que cabe una planificación democrática cabe un Derecho militante de signo democrático. Así, podemos trasladar al sector en que ahora nos movemos, los caracteres que MANNHEIM aplica al ámbito político, para lo que se ha de indicar en primer término que el Derecho militante ha de ser un Derecho para la libertad, sujeto a control democrático y fundado en el principio de funcionamiento, esto es, en

(27) LEGAZ LACAMBRA, "Horizontes del pensamiento jurídico". Barcelona, 1947, páginas 304 y sig.

(28) Vid. RECASENS SICHES, "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico". Edit. Labor, 1929, pág. 124.

una combinación tal de factores que permitan el máximo de bienestar y libertad con el mínimo esfuerzo.

Buscará además la justicia social, mas no la igualdad absoluta; no irá dirigido a la consecución de una sociedad sin clases, sino de una sociedad que suprima los extremos de riqueza y pobreza. Conjurará los peligros de una sociedad de masas; perseguirá el equilibrio entre la centralización y la dispersión del poder; significará una transformación gradual de la sociedad, a fin de estimular el desarrollo de la personalidad; será planificación, no regimentación (29).

DERECHO MILITANTE Y UTILITARISMO

Se hace imprescindible una distinción entre la Teoría militante del Derecho y las concepciones más cercanas. ¿Es el Derecho militante equiparable al utilitarismo?

El utilitarismo aprecia, desde luego, el Derecho desde el punto de vista funcional, y lo considera como el conjunto de medios para obtener la mayor felicidad para el mayor número de gentes: "La felicidad pública es el objeto del legislador, cuya ciencia consiste en conocer el bien del pueblo y hallar los medios de realizarlo, debiendo seguirse al efecto la invariable regla de la *utilidad general*, que es el principio del raciocinio en la legislación". Así encabeza BENTHAM sus "Principios Generales de la Legislación" (30), con lo que señala que entre el Derecho y el bien de todos debe haber alguna relación. Ciertamente que una justicia inútil es una justicia absurda. Pero lo necesario, al definir el Derecho, además de indicar su fin, es determinar de qué forma y en qué sentido se busca por él la consecución del bienestar, es decir, la relación en que se encuentran bienestar y Derecho. BENTHAM nos dice que existe esa relación, pero ni nos la define ni nos la caracteriza. Y no es lo mismo decir simplemente que el fin del Derecho debe ser el bienestar de la comunidad, que señalar que el bienestar de la comunidad debe realizarse a través del Derecho. Todo lo más que BENTHAM nos señala es que la legislación es "el arte de dirigir las acciones humanas, de modo que produzcan la mayor suma de felicidad posible (31), refiriéndose en otra ocasión "al plan que favorece más intereses" (32). Se hace imprescindible añadir, al fin del Derecho, la circunstancia de ser una programación coactiva de la conducta social acomodada al valor justicia; esto es, al modo constante de coincidir con el sistema de seguridad último y más vigente. Que el Derecho debe tender a la consecución de la felicidad pública y y la felicidad pública ha de realizarse a través del Derecho.

(29) MANNHEIM, *op. cit.*, pág. 50-51.

(31) *Op. cit.*, pág. 31.

(30) "Compendio de los Tratados de Legislación Civil y Penal de JEREMIAS BENTHAM", Madrid, 1839, pág. 1.

(52) *Op. cit.*, pág. 73.

DERECHO Y CONDICIONALIDAD

KRAUSE y más precisamente AHRENS,, señalan con exactitud la función del Derecho en cuanto condicionante y constructor de la vida humana. Como se sabe lo define en el sentido de conjunto de las condiciones dependientes de la voluntad humana que son necesarias para el cumplimiento del fin asignado al hombre por su naturaleza racional (33). Aparece el Derecho como elemento realizador en cuanto ciencia particular que hace posible el cumplimiento de los fines del hombre, con lo que la función que se le atribuye es de gran amplitud, pues toda la vida humana descansa en él. Como decía el mismo AHRENS, se extiende a toda la vida humana, a todas las relaciones físicas e intelectuales, se refiere a todos los fines racionales, individuales o sociales, religiosos, científicos, artísticos o comerciales, comprendiendo las condiciones necesarias para conseguirlos.

Pero este aparente carácter militante queda desvirtuado si se tiene en cuenta la forma abstencionista u optativa en que presta las condiciones para la vida. AHRENS amplía el campo de actividad del Derecho, pero en el fondo está ligado aún a la idea del Derecho como delimitador de soberanías, como factor necesario a la coexistencia de libertades. Sólo se refiere a los fines apuntados por el lado *condicional*, en cuanto indica las condiciones que deben cumplirse para que puedan existir y desarrollarse, sin que le sea permitido traspasar los límites tras los que impera la libertad individual, ni intervenir en su organización interior. "El Derecho respeta en todos los sentidos la libertad individual, en cuanto se aplica a la vida y a la conducta personal. *Cada uno es libre de servirse de los medios que la sociedad y el Estado en particular le ofrecen* para existir y desarrollarse en su cualidad de hombre, siempre que el no uso de estos medios no suponga una lesión de Derecho, respecto a los otros miembros de la sociedad. Aunque se refiere al Derecho como condición para los fines más elevados del hombre, ninguna autoridad exterior tiene el Derecho de conducir al hombre a este fin, a pesar suyo; cada uno es dueño de su destino; su deber moral consiste en cumplirle, pero su Derecho consiste únicamente en que se le suministren las condiciones exteriores que han de llevarle a la consecución de este fin. Esta acción del Derecho hace imposible todo despotismo que impida la libertad personal de cualquier género (34).

Viene a parar, pues, a casi las mismas conclusiones que KANT: El Derecho, en cuanto coactividad, sólo se preocupa de que "se respete en todos los sentidos la libertad individual". El resto de su contenido se compone exclusivamente de admonición y pedagogía. Esto significa que el Derecho señala la dirección, pero no conduce; muestra, pero no

(33) Vid. H. AHRENS, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", Madrid, 1841, I, pág. 51.

(34) *Op. cit.*, I, 55.

impone. Está, pues, muy lejos de AHRENS la idea militante del Derecho, según la cual la consecución del fin del hombre se realiza a través de una regulación planificadora de la sociedad.

MANIFESTACIONES DEL DERECHO MILITANTE

El carácter militante resalta más en el Derecho Público que en el Privado. Quizá ello se deba al elemento de *organización*, consustancial al Derecho Público, y sobre el que GUASP hace la distinción con el Privado. Sin olvidar que la mayor modernidad del Derecho Público hace que se mantenga aún vinculado al Derecho legal su sentido de construcción, al apenas existir en el Derecho Público la manifestación del *Derecho viviente*, tan visible en el campo jurídico-privado.

El elemento dinámico tiene, desde luego, su más claro desenvolvimiento en el Derecho Administrativo, ya que toda la actividad social de la Administración está dirigida a actuar los intereses sociales y promover el bienestar de la colectividad y de sus miembros, mediante una acción directa y positiva, no conservadora, sino creadora, con la que se propone mejorar al hombre y al medio en que se desenvuelven. La vida física, la moral, la económica y la cultural, reciben forma y dirección desde las normas del Derecho Administrativo y a través de la organización de los servicios convenientes (35).

Por lo demás, se ha observado que aun en las ramas del Derecho Público, en que tradicionalmente ha habido cierto predominio de la función defensiva del Derecho, se advierte una transformación en sentido militante: Así, en los Derechos Procesal, Penal e Internacional Público.

En el Derecho Penal, sistema que en la actualidad se integra en gran parte de garantías, aunque nunca pueda negársele su significado de planificación de la actividad para la realización de la administración de justicia, hay que destacar la existencia de reacciones doctrinales en pro de una mayor dinamicidad. En este caso está la concepción del proceso de BAUMBACH, en cuanto ordenación de los intereses privados con las exigencias de la comunidad, y en que la figura del Juez no sería la de un tercero imparcial llamado por los litigantes, sino la de un ordenador y componedor de sus diferencias; ante él no se interpondría una demanda en el sentido tradicional, sino una súplica de resolución judicial, en la que se daría no sólo la posibilidad de estimar o desestimar lo pretendido, sino también la de establecer una regulación o arreglo positivo tras detenida discusión con todos los interesados. Se trataría, pues, de un proceso ordenador (36).

La misma llamada hacia un significado más activo del proceso se observa en la concepción de JAMES GOLDSCHMIDT expresada en su obra

(35) Vid. GARCIA OVIEDO, "Derecho Administrativo", Madrid, 1953, II, 81-2.

(36) Vid. MANUEL GORDILLO, "Concep-

to del Derecho Procesal", Madrid, 1955, páginas 89-91.

“El proceso como situación jurídica”, y en la que siguiendo la consigna de SPENGLER: “Los romanos crearon una estática jurídica (37), nuestra misión consiste en crear una dinámica jurídica”, ve en el proceso la transformación de las relaciones jurídicas en simples expectativas, las normas jurídicas en meras medidas para el juicio del juez, y todo desemboca en una situación en que derechos y obligaciones se encuentran como en la punta de la espada (38).

En el terreno penal, donde también predomina la dimensión defensiva, puede igualmente detectarse una tendencia hacia un Derecho Penal Militar, que es singularmente visible en la doctrina de la escuela correccionalista. Así, el Nuevo Derecho Penal de DORADO MONTERO, era un Derecho Penal Militar. De ahí sus afirmaciones de que el Nuevo Derecho Penal “quiere que a los delincuentes se les considere como lo que son, como seres necesitados de auxilio, según lo demuestra su propia conducta, y que prestándosele fraternal y amorosamente, al igual de lo que se hace en la familia, se les coloque en disposición de poder contribuir de algún modo al bienestar y adelanto de la colectividad social que forman parte, en vez de ser un elemento de perturbación y un peligro constante en ella. “La función penal de hoy perderá de esta suerte el carácter odioso que inevitablemente le acompaña. Tornaráse de represiva en preventiva, de punitiva en correccional, educativa y protectora de ciertos individuos a quienes se les da el nombre de delincuentes. Los encargados de ejercerla habrán de inspirarse en el utilitarismo: no en un utilitarismo estrecho, alentado por egoísmo miope; sino antes bien, en un utilitarismo inteligente, previsor, racional, purificado, más idealista aún que suele serlo el idealismo abstracto y sentimental al uso” (39). “En tal sentido, la administración de justicia penal debe ser una función de saneamiento social, una función de higienización y profilaxis social, comprendiendo en la higiene la terapéutica—. El juez severo, adusto, temible debe desaparecer para dejar el puesto al médico cariñoso y entendido..., cuya única preocupación consistirá en levantar al caído y ayudar al menesteroso...” (40).

Claro que al concebir en este sentido la función penal, DORADO MONTERO quita a las normas jurídicas su carácter coactivo, con lo que las despoja del carácter de tales. Su concepción es militar, pero no jurídica. “No hay inconveniente—escribe—en que los Códigos penales y las leyes de procedimiento criminal continúen subsistiendo, con tal que se les prive de su carácter obligatorio y se les considere no más que como

(37) Lo discutible de esta afirmación se deduce de lo que respecto al Derecho Romano hemos expuesto con anterioridad. Lo que ocurre es que el sentido dinámico de las construcciones jurídicas romanas se ha enviscerado de tal forma en el obrar cotidiano, que la dinamicidad que en realidad le corresponde, en su forma de *Derecho viviente*, la aplicamos a la vida.

(38) Vid. GORDILLO, *op. cit.*, págs. 72-75.

(39) Vid. P. DORADO, “Bases para un nuevo Derecho Penal”. Barcelona, 1923, páginas 17-18. Es de citar la referencia que ANTON ONECA hace al Derecho Penal como “magisterio ético”, así como la concepción pragmática del Derecho que sustentó otro ilustre penalista español, el prof. SALDAÑA.

(40) *Op. cit.*, pág. 77.

un conjunto de normas directivas, a las cuales podrán atenerse si lo juzgan oportuno y hasta donde lo juzguen oportuno, los funcionarios de la medicina social, pero de las que igualmente podrán prescindir cuando les parezca adecuado. En tal caso las leyes dichas no tendrán valor distinto del que los médicos, los pedagogos, los moralistas, todos los encargados de dirigir a los hombres y trazarles planes de conducta, dan a los preceptos y enseñanzas doctrinales que encuentran en los libros que leen con el propósito de ilustrarse y ponerse en disposición de desempeñar lo mejor posible su cargo" (41). Se observa fácilmente un acentuado paralelismo de su idea del Derecho Penal con la concepción jurídica de AHRENS.

Por último destaquemos la evolución del Derecho Internacional Público. El Derecho Internacional ha sido tradicionalmente un puro *ius inter gentes*, con una función simplemente defensiva encaminada a delimitar diversas esferas de vida, la cual se desarrollaba únicamente en el ámbito de los Estados. La vida estaba fuera del Derecho Internacional, cuyo único cometido era deslindar las distintas realizaciones de ella. "Sólo a partir del siglo XIX—escribe VERDROSS—vino a sumarse a estos dos cometidos otro nuevo, a saber: el de perseguir *finis communes de la comunidad*, mediante la *cooperación* de los Estados" (42). Esto significa el injerto de un factor propulsor y militante, puesto que el Derecho Internacional viene a concebirse como vehículo para el *bonum commune humanitatis*. Desde las normas del Congreso de Viena prohibiendo la trata de esclavos a la presente actividad Internacional en todos los campos del obrar humano, bien a través de una administración directa, o bien a través de una administración indirecta (FAO, FUND, BANK, ICAO, UNESCO, WHO, UPU, etc.), el Derecho Internacional se manifiesta como planificación de la actividad para el logro de determinados objetivos. Con ello, el Derecho Internacional se ha enriquecido, pero ello significa también su muerte.

Proceso de acabamiento apreciable también en el Derecho Privado, donde al realizarse el cambio de táctica, se da lugar al nacimiento de disciplinas, cuyo sentido es opuesto al tradicionalmente asignado.

CONCLUSIÓN

Después de lo que precede se llega al convencimiento de que no sólo es imprescindible pasar de un Derecho a la defensiva a un Derecho militante, sino que el cambio se está realizando efectivamente. Es la respuesta auténtica a nuestra situación y es por tanto imposible eludirla. Lo conveniente es que el jurista, percatado de la dirección, procure verificar el cambio con el mínimo de perturbaciones, dentro de la coordenadas que Occidente considera irrenunciables, y con conocimiento perfecto de la

(41) *Op. cit.*, pág. 99-100.

(42) ALFRED VERDROSS, "Derecho Internacional Público", Madrid, 1955, pág. 539.

realidad que a través de normas coactivas va a adquirir forma. Por ello, nunca más que ahora le es al jurista necesaria la ayuda de la investigación sociológica: Su misión está en configurar los modelos de la vida social, y la Sociología es precisamente en su dimensión práctica la ciencia de los modelos (43).

El concepto que del Derecho corresponde a nuestra situación es, pues, el siguiente: *Un sistema de seguridad que programatiza para la libertad la vida social, a través de normas coactivas inducidas del estudio de la realidad humana y social.*

Este concepto del Derecho quizá nos deje tristes y nos haga añorar las épocas de la personalidad bravía y cerril. Sin embargo —dice MANNHEIM—, aunque “todos nosotros hubiéramos preferido tal vez vivir como ociosos y cultos caballeros en la antigua Atenas o como audaces pioneros en los siglos XVIII y XIX, no nos es dable elegir la época en que vivimos, ni los problemas que estamos llamados a resolver” (44).

MANUEL ANDRINO HERNANDEZ

(43) Vid. ENRIQUE TIERNO GALVAN, “La realidad como resultado”, II, 11.

(44) Vid. MANNHEIM, pág. 28-9.