

## EL POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

---

### Exposición y crítica de la doctrina jurídica de León Duguit

(Continuación)

---

4. — Si debe rechazarse la posición racionalista del derecho cuyas conclusiones son productos exclusivamente de la dialéctica, deben desecharse, también, según Duguit, todo positivismo que, partiendo de la realidad exterior, llega a interpretarla merced a juicios o principios generales. Desde este punto de vista, Duguit confiesa ser un positivista agnóstico, es decir, que sólo le basta la realidad objetiva, tal como ella se representa a nuestros ojos, y que todo principio o fórmula general como conclusión del análisis objetivo, es rehacer, deformar o modificar la realidad misma. El positivismo que a estas conclusiones llegara, únicamente se diferenciaría del racionalismo por el método y los procedimientos; pero a ambos les caracterizaría el mismo error, la misma conceptualidad, distinta y enemiga de la realidad, pues, que se reduce a una obra de artificio mental. Duguit, de este modo, define con claridad meridiana su agnosticismo filosófico, distanciándose así de las verdaderas fuentes del pensamiento, que se acostumbran a reducir en el modo platónico y aristotélico: Platón y Aristóteles, partiendo de puntos diferentes se han encontrado en la metafísica; el primero por el diálogo íntimo y el segundo por el estudio y la observación de la realidad, incurrieron en esencias, que, si bien se distinguen por características propias que imprimió la diversidad de métodos, en el fondo adquieren la misma naturaleza racional y metafísica <sup>(27)</sup>.

---

(27) Al respecto véase el interesante paralelismo que formula Stahl entre las conclusiones metafísicas de Platón y las de Aristóteles. Historia de la filosofía del derecho, pág. 58 a 69.

El positivismo clásico, como el puro racionalismo, ha intentado sistematizar la realidad viviente, en virtud de juicios y apreciaciones de carácter universal e inmutable, juicios que por otra parte no han podido jamás constatarse por la observación directa. Para Duguit, el único conocimiento posible, la única realidad evidente, son las cosas que vemos, los hechos que observamos y los sentimientos que nos dominan; sólo la fantasía pudo crear en ellos esencias y entidades que no poseen. En este sentido, Duguit pretende superar a Durkheim negando las instituciones desde que éstas se asientan en ideas, vale decir, en creencias subjetivas y metafísicas, pero ha olvidado, como dice Hauriou, que la regla de derecho, única realidad, no es más que una idea (28).

El positivismo, dice Duguit, ha creado, también, principios que por naturaleza no pueden demostrarse. Se ha creído que eran frutos de la observación histórica las entidades llamadas *alma nacional* y *espíritu del pueblo*, como si existiera una voluntad o alma distinta de los individuos que forman un grupo determinado, pues, si lo único que se observa en la realidad son las manifestaciones de voluntades individuales, no hay base positiva para creer en la existencia de voluntades colectivas (29). Semejantes a estos valores místicos del positivismo histórico, son los que construye la filosofía de la historia: “hállase así el fenómeno —dice Köhler— penetrado siempre por el ser total, y la serie entera de los fenómenos muestra una evolución que se corresponde con el impulso de ese ser. Si, de ese modo, nos representamos al hombre como

(28) *Precis de droit constitutionnel*, pág. 65.

(29) “En effect, si les collectivités ont des droits subjectifs, c'est donc qu'elles ont une volonté distincte de celle des individus qui les composent. Mais on ne peut même pas affirmer que cette volonté collective existe; car ce que l'on voit, ce que l'on constate, ce sont des manifestations de volontés individuelles. On le nie et on prétend qu'il y a des manifestations collectives bien différentes des manifestations individuelles. On parle de l'âme de la nation, de l'esprit du peuple, du moi commun des grandes personnes morales, que sont la nation, la famille, les classes, les provinces, les communes. On accuse de matérialisme plat et vulgaire, de béotisme épais, ceux qui ne veulent pas croire que ces grands mots expriment des réalités. Tout cela c'est de la littérature et de la poésie. Mettons que la croyance à la personnalité, à l'âme, à la volonté des grands collectifs, est une croyance métaphysique qui peut être un ressort puissant d'action, qu'elle est un fait social que le sociologue ne peut pas négliger. Mais ce n'est pas par des croyances mythiques, ce n'est pas par des formules plus ou moins poétiques qu'on résout un problème de science positive. — *Traité*, tomo I, págs. 9 y 10.

fenómeno del mundo, será su actividad una actividad dentro del Todo, y la cultura no representará otra cosa sino una corriente continua de magnificencia divina con el fin de realizar las aspiraciones de Dios” (30). El derecho, según esta concepción neohegeliana, no es más que un aspecto del proceso universal en que se desarrolla la *cultura* como esencia irreductible, cuyo valor, para Duguit, no tiene otro alcance y fundamento que el que tienen las concepciones místicas anteriores.

Frente a estas direcciones románticas del historicismo, se destacan otras más realistas y científicas, pero que tampoco han podido con plenitud abstraerse de la influencia metafísica, incurriendo, de este modo, en generalizaciones y principios indemostrables: tales son las doctrinas socialistas que parten de la sociedad para llegar al individuo, que arrancan del derecho objetivo para rematar en el derecho subjetivo, de la regla social al derecho individual; éstas son las doctrinas que afirman la existencia de una regla que se impone al hombre en sociedad y que, sin embargo, hacen derivar sus derechos subjetivos de sus obligaciones sociales; son todas aquellas doctrinas que afirman que el hombre ser naturalmente social, está por lo mismo sometido a una regla de la comunidad que le impone obligaciones frente a los demás hombres, pero que sus poderes individuales existen, precisamente, para cumplir mejor con sus deberes sociales. Estas doctrinas del *derecho social*, dice Duguit, deberían llamarse, con más exactitud, doctrinas socialistas para oponerlas a las doctrinas individualistas. (31). En las doctrinas del socialismo, el método positivo ha sobrepasado los límites de la observación y de la simple constatación. Partiendo de procedimientos inversos a los del subjetivismo clásico, ha llegado, como éste, al individuo: el individualismo afirma al individuo por el individuo mismo, el socialismo cree en el individuo por la sociedad. Esta aberración de la que ni el mismo socialismo ha podido curarse, se salva en definitiva a condición de ajustarse estricta y rigurosamente a las enseñanzas del método positivo y a las conclusiones que naturalmente de ellas se derivan.

La creencia en los derechos del individuo es algo que los

(30) J. Kohler: *Filosofía del derecho e historia universal del derecho*, pág. 23.

(31) *Manuel de droit constitutionnel*, pág. 6 y 7.

mismos hechos desmienten y que la naturaleza física del hombre contradice. La antropología y la sociología demuestran que aquél, por su doble constitución física y psíquica, no puede vivir más que en sociedad; ésto es lo que afirma categóricamente el progreso de las ciencias naturales. No se puede concebir al hombre natural como ser aislado, sino como ser social. El individuo no es anterior a la sociedad, en ésta ha existido y existirá siempre; pensar, por tanto, en el individuo es afirmar algo que en la realidad no existe (32).

Duguit rechaza, pues, la dirección clásica del positivismo y en consecuencia adopta una posición netamente agnóstica, hasta aquí sólo aparente, porque luego hemos de advertir en lo más íntimo de su pensamiento un cierto conceptualismo de un carácter tan romántico y místico como el de las concepciones panteístas del neohegelianismo. Mientras tanto, comentamos aquí su negación absoluta al método racionalista para elaborar la noción del derecho únicamente desde un punto de vista extremadamente realista; la consideración jurídica constituye la afirmación de ciertos hechos cuya estructura no debe sufrir transformación alguna, ni estar sujeta a las creaciones a priori de la mente. Esta actitud profundamente agnóstica se confirma cuando Duguit nos dice que sus afirmaciones están exentas de materialismo y de espiritualismo. No le interesa

---

(32) "L'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l'état de nature, suivant l'expression du XVIIIe. siècle, est titulaire de certains droits propres à sa nature d'homme, cette affirmation est purement gratuite; elle ne repose sur aucune preuve directe. Elle est une proposition d'ordre purement métaphysique sur l'essence, comme disait la scolastique, de l'être humain. Pareille affirmation pouvait suffire à une période de croyance métaphysique, mais non à une époque positiviste et scientifique comme la nôtre. Elle est une expression purement verbale. Elle peut satisfaire un croyant; mais elle est dépourvue de toute valeur scientifique.

"Cette affirmation est, en outre, contredite par les faits, par la constatation de la nature physique de l'homme qui, elle, peut être l'objet d'une observation directe. Toutes les études anthropologiques et sociologiques démontrent que l'homme, étant donné ses organes, sa constitution physiologique et psychologique, ne peut pas vivre seul, n'a jamais vécu seul, ne peut vivre qu'en société et n'a jamais vécu qu'en société. Tous les progrès des sciences naturelles établissent le fait d'une manière de plus en plus certaine. On ne peut pas poser l'homme naturel indépendant et isolé; on ne peut poser que l'homme social; ou plutôt on ne peut poser que la société. L'homme n'existe pas antérieurement à la société; il n'existe que dans la société et par la société. Il y a en des sociétés d'homme, du moment où il y a en des hommes. Penser l'homme isolé, c'est penser une chose qui n'existe pas". — *Traité*, tomo I, págs. 119 y 120.

la vieja polémica entre el libre albedrío y el determinismo; no es dogmático ni idealista ni criticista, tampoco realista, nominalista ni conceptualista. Sin embargo, su horror a la metafísica le lleva hasta creer que los conceptos, ficciones y abstracciones del jurista, que no son sino *instrumentos intelectuales* o procedimientos de pura técnica, son creaciones de orden metafísico <sup>(33)</sup>.

Duguit ha olvidado la verdadera naturaleza de la *realidad jurídica*, realidad independiente de la apreciación a priori del racionalismo dogmático como independiente de las fórmulas sintéticas del positivismo; ha olvidado que la materia sensible, sólo puede traducirse en nosotros por medio de conceptos, de realidades espirituales, cuya existencia, si bien no puede constatarse como se constata la de los fenómenos físicos y naturales, es, sin embargo, para la conciencia tan real y perceptible como la otra, tan necesaria a ella como le es el principio de causalidad para poder verificar la existencia de la vida y de las cosas. La *causalidad* de los fenómenos como la *finalidad* de los actos son conceptos, realidades del espíritu con los cuales éste adquiere noción de la naturaleza y del deber.

---

## LA SOLIDARIDAD

---

1. — *Sus formas fundamentales.* 2. — *Demostración y noción empíricas de la solidaridad.* 3. — *La justicia.* 4. — *La solidaridad como valor lógico.* 5. — *Panteísmo jurídico.*

1. — Si el positivismo de Duguit circunscribe el análisis del derecho a la simple observación de los datos empíricos, no debe buscarse entonces en su obra un fundamento a la norma de derecho o al dato jurídico, ya que tenemos dicho que sólo la conciencia es la que da a la conducta, en general, las condiciones funda-

---

(33) Véase F. Geny: *Science et technique*, tomo II, págs. 197 y 198.

mentales de su existencia, así como a la ciencia le fija sus principios constitutivos.

Consecuente a su método, Duguit no puede determinar un fundamento del derecho, a no ser que podamos aplicar esta expresión, de acuerdo a las reglas del método sentadas por el positivismo, a la justa y fiel descripción de la realidad, a la sencilla explicación de un hecho y de su estructura real. Desde este punto de vista, no el por qué de su existencia, no un fundamento, sino la simple presentación y verificación del fenómeno jurídico agotaría por completo el análisis jurídico, disolviendo toda otra preocupación de carácter puramente mental. Para Duguit, la solidaridad humana, hecho universal y permanente, es la fuente real de la vida social; por tanto, debe serlo, también, del derecho ya que éste es un producto de la vida colectiva. El análisis filosófico del derecho, no tiene sentido real si es que no ha de entenderse como una simple explicación del hecho de la solidaridad de la cual es el derecho su principal expresión, o como dice Durkheim, una de las formas que mejor simbolizan la existencia de la comunidad social.

El individuo es por naturaleza psíquica un ser social, aseveración ésta abonada por la observación y constatación de la realidad, naturaleza que la historia no desmiente ni negará jamás; sobre esta ley verificada, sobre este primer dato de la naturaleza individual, debe partir el análisis tendiente a fijar el principio universal del derecho.

La naturaleza social del ser individual se traduce en un doble proceso psíquico: por una parte, los hombres viven reunidos y dispuestos en grupos en razón de deseos comunes, los cuales la vida aislada no podría satisfacer. Pero, este proceso no basta para explicar integralmente la vida social. Los hombres, también viven agrupados porque poseen deseos y aptitudes diferentes, cuyos deseos y aptitudes sólo pueden intercambiarse y recompensarse viviendo en comunidad. El primer proceso constituye la solidaridad denominada por *similitud* o solidaridad mecánica; la segunda, constitutiva por excelencia de la cohesión del grupo, forma por la que éste se desenvuelve en grado máximo, se denomina la solidaridad *por división del trabajo* o solidaridad orgánica. La satisfacción de los deseos comunes y el intercambio de servicios y aptitudes forman así la contextura primordial de la existencia de la sociedad,

el hecho mismo de su vida de cuyas formas fundamentales derivan todas las otras en su complejidad y variación infinitas. El desenvolvimiento y riqueza de estas formas están en razón directa a la riqueza y desenvolvimiento del individuo que las produce; de ahí, que la autonomía individual aparezca como factor esencial de la solidaridad <sup>(34)</sup>.

Ambas especies de solidaridad son, por otra parte, dos hechos prácticamente inseparables; sólo desde un punto de vista teórico pueden disociarse; los individuos ligados entre sí en razón de una similitud, lo están a la vez en razón de la necesidad de dividir el trabajo, que permite intercambiar y recompensar los servicios. El hecho de la similitud no se concibe sino coexistiendo con el hecho de la división del trabajo; ambos constituyen la complejidad psíquica que define la existencia misma de la vida social. Cualquier forma social que se considere por separado es resultante de aquel doble movimiento en que se desenvuelve el individuo en comunidad con otros; sin embargo, según el predominio con que una de las formas de solidaridad actúe sobre la otra, según que la actividad mecánica sobrepuje a la orgánica o que ésta absorba a la primera, se determinan las instituciones con un carácter específico. Mientras la familia, por ejemplo, hace predominar el aspecto mecánico, en el estado predominan esencialmente los elementos orgánicos. La función específica de la primera es salvaguardar la originalidad individual frente al estado que tiende a absorberla cada vez más en su complejo orgánico. Como se ha dicho, no obstante, en ambas formas sociales se advierte la solidaridad en su doble movimiento; sólo el predominio de un aspecto sobre el otro, sirve para caracterizar y clasificar las instituciones sociales.

El gran desenvolvimiento actual de las formas orgánicas se debe al desarrollo del elemento individual, así como primitivamente las formas rudimentarias de la vida social se debieron, en gran parte al escaso progreso de la vida individual. El individuo en este sentido está más desenvuelto cuanto más contribuye a la división del trabajo <sup>(35)</sup>.

El hombre tiene según las épocas y los medios conque cuen-

---

(34) *Traité*, tomo I, págs. 22 y 23.

(35) *Manuel de droit constitutionnel*, pág. 7 a 10.

ta, una conciencia más o menos clara de su sociabilidad; tiene conciencia de su dependencia al grupo, porque tiene la conciencia de su individualidad que es precisamente la de un ser social. Ahora bien, esta conciencia individual de la solidaridad ¿abrazo y comprende a todos los miembros de la humanidad? La humanidad está actualmente constituida por naciones o grupos regionales ¿ocurrirá alguna vez que estas porciones desaparezcan para fundirse en una sola e inmensa comunidad, sin límites que la fragmenten, bajo el imperio de las mismas normas jurídicas, donde el hombre pueda titularse ciudadano del mundo? ¿Llegaremos algún día a esta comunidad jurídica de carácter universal únicamente por medios pacíficos, o el destino —como dice Guglielmo Ferrero— quiere que la humanidad se funda no solamente amándose y ayudándose, sino también odiándose y desgarrándose? (36). Duguit afirma que esta unidad será algún día posible, porque la solidaridad por una fuerza de expansión constante, tiende hacia una mayor división del trabajo, lo que significa la fundición de los grupos en una forma única, en una sola comunidad, cuyo fin están encargados de realizar más que nadie los pueblos más libres y mejor constituidos (37).

2. — La solidaridad descompuesta en sus dos formas fundamentales, es para Duguit fruto de la observación y comprobación históricas; es un hecho invariable que se advierte a través de la mutación constante de la vida de un grupo, el fenómeno de la vida colectiva siempre idéntico en sí mismo, necesario y universal como la existencia de la vida social porque es su estructura y la

(36) La unidad política del mundo, pág. 12.

(37) "Cette solidarité ou interdépendance sociale embrasse-t-elle tous les membres de l'humanité? Assurément oui. Mais ces liens sont encore bien lâches et bien incertains; l'humanité est actuellement encore divisée en un certain nombre de groupes sociaux plus ou moins étendus, et l'homme ne se conçoit guère que solidaire des autres hommes appartenant au même groupe que lui. Viendra-t-il un jour où la solidarité humaine absorbera les solidarités locales, régionales ou nationales, un jour où l'homme se considérera comme citoyen du monde? Est-il encore permis de l'espérer après la catastrophe effroyable qu'une nation de proie a déchaînée dans le monde? Oui, parce que cette nation sera écrasée par les peuples libres. Quoi qu'il en soit, l'homme s'est considéré jusqu'à présent et se considère encore comme plus particulièrement solidaire des membres d'un groupe déterminé. L'humanité est divisée en un nombre considérable de groupes sociaux". — Manuel de droit constitutionnel, pág. 8.

explicación de su totalidad (38). La observación demuestra en la vida de un grupo social dos hechos con modalidades por cierto bien diferentes: mientras un hecho, el de las necesidades y creencias varía según los lugares y el tiempo, mientras los fines colectivos cambian sin cesar, subsiste y subsistirá invariable en sí mismo el hecho de la solidaridad, a pesar de las infinitas interpretaciones históricas que de él hace y hará la conciencia del grupo. Es la solidaridad como el común denominador de una serie sin fin de cantidades que aumentan o disminuyen conforme al sentimiento y necesidades de los hombres, como un marco irreductible dentro de cuya forma se desarrolla un proceso inagotable de fines e intereses.

Comienza así Duguit su análisis positivo del derecho, pero incurriendo en serias e irreparables contradicciones, como es la que surge de considerar su agnosticismo conceptual frente a esta afirmación de la *necesidad* y *universalidad* del hecho social o de la interdependencia humana. Como positivista debió observar y comprobar hechos; pero este propósito debió ligarse al fin científico de la obra a cuyo fin para ser lógico y consecuente trató de armonizar la ley histórica de la sustancia social, que es la del *cambio y mutación* constante con esta otra de la ciencia que enseña coordinar y ligar a través de *principios* o *fórmulas generales*. Tuvo, pues, Duguit que acudir a pesar de su positivismo agnóstico, a principios generales, tal como el de la solidaridad humana, hecho observado, según Duguit, pero que no podemos aceptar sean, también, frutos de la observación esta necesidad y permanencia eternas de su existencia. He aquí lo que no cabe en la construcción realista y agnóstica de la obra de Duguit. Causa verdadera sorpresa, como dice Paul Cuhe, que de la simple existencia de seres sociales pueda concluir-

(38) "Le fait de la solidarité sociale n'est pas contesté et à vrai dire ne peut pas l'être: il est un fait d'observation qui ne peut faire l'objet de controverses. Il revêt des aspects différents suivant les pays. Tantôt comme dans les sociétés modernes, c'est la solidarité par division du travail qui apparaît au premier plan. Tantôt, au contraire, la solidarité par similitudes est prépondérante, comme dans les sociétés aux premiers stades de la civilisation. Quoi qu'il en soit, la solidarité est un fait permanent, toujours identique à lui-même, l'élément constitutif irréductible de tout groupement social. Mais si l'on n'a pas contesté le fait même de la solidarité, on a dit qu'il ne pouvait pas être principe de la norme sociale ni par là même objet de cette norme, parce qu'un fait ne peut être principe d'une règle obligatoire, ni obliger une volonté à s'y conformer". — *Traité*, tomo I, págs. 23 y 24.

se en la necesidad de leyes sociales, ¿no es ésto afirmar implícitamente la existencia de un orden general del universo? ¿No implica ésto un acto de fe hacia una voluntad autora de este orden establecido? Se tiene así una creencia, una fe en la existencia de leyes universales, que no pueden por naturaleza surgir de la simple observación e inducción sino de una ratificación de lo absoluto. Y si Duguit niega esta experiencia integral, y si sólo admite la experiencia fragmentaria e inmediata, ¿no es lógico suponer la influencia de una concepción trascendental que permita desarrollar la obra en la forma aludida? Después que Duguit ha concebido la existencia de reglas allí donde existen grupos humanos, es entonces, dice Cuche, cuando por la observación comienza recién a verificar dichas reglas. Un buen positivista, sin embargo, sólo debe afirmar las reglas que constatare por la observación inmediata y no afirmar a priori una regla tal como la formulada en el principio invariable y universal de la solidaridad (39).

Es así cómo Duguit pretende demostrarnos empíricamente algo que ha sido concebido con anterioridad a la observación misma de los hechos: a través del proceso histórico de las sociedades se advierte en forma invariable y universal este hecho de la solidaridad, substracto y razón de ser de aquel proceso. La interdependencia social no es un sentimiento, una doctrina, ni un principio de acción; es un hecho real, perfectamente constatado y comprobado en la historia, en una palabra, es la *estructura social* que se observa allí donde quiera que los hombres existan reunidos en grupos (40). Si la solidaridad es la manifestación de la vida social, si es la estructura en la que el individuo se funde en cuanto trata de relacionarse con los demás, la solidaridad es, entonces, el hecho fundamental de todo el orden social y de todas las manifestaciones colectivas, es el fundamento del orden político, jurídico, económico, moral, etc. . .

El individuo concebido por el derecho natural clásico como ser aislado con atributos y facultades puramente subjetivas constituye un artificio de la mente desde que en la realidad el individuo no vive aislado sino asociado con los demás hombres. Se concluye, entonces, que sus facultades y atributos no son subjetivos

(39) Conférences de philosophie du droit, pág. 52 a 55.

(40) Les transformations générales du droit privé, pág. 26.

ni innatos sino objetivos o simplemente acordados. Si la observación dice que el hombre ha vivido siempre en sociedad ya sea para satisfacer deseos comunes o por la necesidad de dividir el trabajo, es forzoso concluir que la solidaridad es un hecho primario y fundamental y no producto de un querer humano. Todo hombre forma parte de un grupo, conservando al mismo tiempo una conciencia más o menos clara de su propia individualidad <sup>(41)</sup>.

Ahora bien, si la solidaridad es el hecho que da origen y mantiene la existencia de la vida social, las normas de conducta, en general, deberán tender únicamente a conservarla. Si la sociedad no subsiste más que en virtud de la interdependencia de sus miembros, la norma social existe en razón directa de ella no pudiendo contrariarla en absoluto. La norma debe evitar así que se haga aquello que es atentatorio a la solidaridad del grupo, como así, también, que se omita hacer lo que conviene se haga en favor de su existencia.

¿Cuáles son los caracteres o modalidades con que esta norma o regla se nos representa? Duguit no niega que el hombre sea un ser consciente de sus actos, pues que obra en virtud de fines y motivos diversos. Esto último es lo que podemos comprobar, no así si su voluntad es o no libre por esencia, porque ésto importaría penetrar en los dominios de la metafísica. Los hechos sociales son actos voluntarios, tendientes a alcanzar determinados fines. Se da, pues, la distinción entre el fenómeno físico y el acto humano: la necesidad o fatalidad caracteriza al primero, la finalidad distingue al segundo. La ley de la solidaridad se dirige únicamente a dar razón de los actos conscientes, exigiendo que éstos se conformen a ella. Si los individuos son conscientes y quieren ciertas cosas impulsados por el deseo, la solidaridad debe determinar, entonces, por necesidad, el objeto de su querer y el fin que la determina <sup>(42)</sup>.

Estas conclusiones a que llega Duguit, creemos no han dilucidado la verdadera cuestión. Afirmar que la solidaridad determina el objeto y el fin de un querer o de un acto, sin haberse llegado a precisar un criterio o un límite para dicha determinación, es dejar la apreciación de los actos humanos sujeta al sentimiento

(41) Manuel de droit constitutionnel, pág. 7.

(42) Traité, tomo I, pág. 11 a 16.

individual, librada a un factor anárquico e insuficiente por naturaleza para coordinar y uniformar las apreciaciones. La solidaridad no es así un hecho, sino un sentimiento, una creencia que cada cual maneja de acuerdo a circunstancias determinadas. La solidaridad como un hecho se resume en un inmenso panorama de modalidades diversas: no puede la simple observación producir un principio tan uniforme y constante porque la solidaridad vive en la realidad fragmentada y descompuesta en tantas partes como sentimientos individuales existen. Se ha querido así demostrar y dar noticia de un hecho que no existe; Duguit consecuente a su método debió afirmar simplemente que existen *sentimientos* de solidaridad, cuya unidad no aparece ni puede aparecer porque ésta sería la obra artificial, pero necesaria de la razón.

3. — El problema de la justicia adquiere con Duguit una faz por demás interesante. A primera vista parecería no tener interés alguno este problema de lo justo en la obra de tan ferviente realista; pero, como dijimos anteriormente, Duguit no conformó su obra a la sola observación de la realidad, sino que a través de la síntesis empírica ha diluido ideas y conceptos que no puede justificar, y que, como más adelante se verá, solucionan el problema de la justicia más o menos en los mismos términos y alcance que involucra el derecho natural clásico. En apariencias, y con arreglo al método positivo, Duguit rechaza el problema, renuncia a la eterna cuestión, a sus motivos y fuentes originarias para abocarse totalmente a la realidad de las cosas: la justicia, si existe, existe para Duguit como un simple proceso del sentimiento de solidaridad. El viejo derecho natural formuló o tradujo este sentimiento real en una coordinación de principios rígidos, necesarios e inmutables; estos principios no eran sino el *jus naturae*, un código supremo en cuyo contenido sustancial, revelado o extraído por la razón, debía evaluarse todo derecho positivo o histórico (43).

(43) "El derecho natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza". — Hugo Grocio. Del derecho de la guerra y de la paz, tomo I, pág. 52.

Esta concepción de justicia adquirió posteriormente en su larga trayectoria histórica modalidades y características diversas, creó escuelas y direcciones múltiples que no llegaron jamás a desnaturalizar la esencia íntima del método fundado por Aristóteles. El realismo absoluto o el agnosticismo que hace su aparición no como nueva modalidad, ni como un eslabón más de la larga cadena de sistemas, sino como algo opuesto al pensamiento mismo, enemigo irreconciliable de las ideas y de los conceptos, como medios clásicos de la elaboración filosófica, se apercibió de su impotencia originaria frente al referido problema, y antes de resolverlo prefirió atacarlo, disolver los términos planteados, suprimir al espíritu su eterno interrogante. Sin embargo, no ha de cesar nunca esta inquietud, y por más esfuerzos que desenvuelva el positivismo, no cesará de agitarse en el fondo íntimo de sus construcciones empíricas y en sus fórmulas sintéticas.

Para Duguit el fundamento del derecho no puede encontrarse sino en la realidad de las cosas, porque si el único fin del derecho es reglar la vida social, su fundamento no puede ser otro que la sociedad misma. Si la idea de lo justo sirve para avaluar la norma de derecho, esa idea no puede ser otra que el hecho de la solidaridad, tal como él se nos presenta en el exterior. La solidaridad no es así una idea ni un principio metafísico, sino simplemente el *sentimiento* que cada individuo tiene de su dependencia al grupo, sentimiento o conciencia que es como la continuación del propio yo. Si el individuo cuando piensa, piensa como unidad del conglomerado social (44), si se siente sometido al ambiente de un grupo, a sus convencionalismos, a sus normas, si sólo cree poder vivir en compañía y en solidaridad con otros, todo acto suyo, toda omisión deberá conformarse al hecho de la solidaridad, único criterio y verdadero límite de sus acciones. Todo acto, pues, que contraríe el hecho de la interdependencia bajo las dos formas fundamentales, descritas con anterioridad, que atente contra aquel sentimiento de solidaridad, que en cada lugar y según las épocas se aprecia de manera distinta, sería un acto injusto o contrario a derecho. El individuo que con sus actos produzca el desequilibrio colectivo, que contraríe la apreciación que la mayoría tiene

(44) Véase lo que tenemos dicho en este trabajo, pág. 25.

acerca de su interdependencia mútua, provocará indudablemente por parte del grupo una reacción más o menos consciente o mecánica. El acto individual tiene así una consecuencia social que se mide y se avalúa por el sentimiento de solidaridad.

La reacción social que un acto produce es, en sí misma, inmutable como valor de medida o criterio de orientación; en cambio, es mudable y transitoria en el contenido, intensidad y alcance conque se produce. El sentimiento de justicia, como todas las cosas humanas cambia y se desenvuelve constantemente, pero reducido a sus elementos esenciales, es aquel sentimiento, aquella reacción que, a pesar de sus diferentes tonos que adquiere de acuerdo al lugar y época en que se produce, puede identificarse siempre en la conciencia individual como algo inmutable en sí misma. Todo hombre tiene el sentimiento o la conciencia de que cada individuo debe recibir un salario proporcional a los servicios que él presta al grupo a que pertenece, o en otros términos: todo individuo debe ocupar en sociedad un lugar de acuerdo al rol que juega y servicios que presta. No se dice con ésto que tal es lo que ocurre de hecho en las distintas colectividades, sino que constituye una aspiración permanente de que ello sea así. Esto es lo que Aristóteles y los teólogos llamaron la justicia distributiva. El sentimiento de solidaridad o justicia aspira también a que en el cambio de servicios y valores exista equivalencia e igualdad entre los servicios prestados. Esta es la justicia que los antiguos denominaron conmutativa. En todo grupo social, existe y existirá siempre en un momento dado una concepción determinada de justicia, que se suele traducir en normas o preceptos vigentes. Lo que estas normas y preceptos ordenan es por demás contingente; la historia nos demuestra que el derecho positivo ha permitido u obligado la realización de actos que hoy son apreciados como injustos o contrarios a derecho. Sin embargo, aquellas dos aspiraciones la de la justicia distributiva y conmutativa, aquel anhelo de igualdad y de justa proporción de servicios, son dos hechos universales y permanentes que refleja y reflejará siempre el sentimiento individual <sup>(45)</sup>. Duguit, por tanto, no pretende determinar un fundamento absoluto a la regla de derecho, sino un fundamento positivo,

---

(45) *Traité*, tomo I, pág. 47 a 56.

vale decir, un hecho debidamente observado y constatado y que se condensa en los sentimientos que forman el resorte esencial de los actos humanos.

Este sentimiento de justicia juega, por otra parte, un rol importantísimo en la elaboración histórica del derecho positivo: por un mecanismo puramente psíquico de acciones e interacciones recíprocas, una norma moral, económica o una simple costumbre social se convierten en normas de derecho cuando los miembros componentes del grupo lo exigen así en nombre de los sentimientos predominantes, los que a su vez funcionan de acuerdo a los intereses y necesidades creadas. Como más adelante se estudiará, este sentimiento de justicia produce frente a ciertos actos una manera particular y específica de reaccionar. Por la amplitud cuantitativa y la intensidad cualitativa de la reacción reconoceremos cuando la norma violada es jurídica.

Pero este simple proceso por el cual aparece la regla de derecho positivo, excluye, desde luego, toda idea de seres o entidades colectivas, distintas de los miembros que las componen: no es el derecho una voluntad general, según la expresión jacobina, ni un espíritu del pueblo como lo concibiera Savigni. Duguit, como Durkheim, no acepta estas entidades místicas porque ellas son casualmente contrarias a toda realidad. Esta última sólo nos muestra individuos en actitudes recíprocas, actuando a través de un proceso de carácter psíquico. Los que conciben la existencia de una entidad colectiva, que existe y gobierna por encima de las conciencias individuales, se asemejan así a los viejos fisiólogos que creían encontrar detrás de los fenómenos orgánicos una entidad imaginaria que llamaban el principio vital, como los psicólogos que creían descubrir la esencia de los fenómenos psíquicos en virtud de otra existencia imaginaria que denominaron el alma. El origen de la norma jurídica positiva, estriba sólo en aquel proceso en el que el individuo se desenvuelve como ser social cuya manera de reaccionar en común, de acuerdo al sentimiento de justicia imperante, determina la aparición de la regla de derecho y, por tanto, la condensación histórica del derecho positivo. La reacción producida de este modo, se intensifica a medida que la solidaridad del grupo se encuentre mayormente comprometida (46).

(46) *Traité*, tomo I, pág. 56 a 63.

Como puede advertirse con claridad, el fundamento del derecho como el origen histórico de las normas positivas, tienen para Duguit una vinculación estrecha, hasta diríamos que constituyen el mismo problema. Ambos aspectos del derecho se confunden y obtienen una misma solución; son cuestiones para Duguit de la misma trascendencia y magnitud y creemos que así deben tenerla de acuerdo al método y procedimientos adoptados: al positivismo le es imposible distinguir entre el derecho que elabora la historia y el derecho que ofrece la razón.

Dar al derecho un fundamento positivo, es no hacer filosofía del derecho. Para Duguit, esta última no tiene ni puede tener ningún valor, porque toda filosofía es siempre una metafísica del conocimiento, de cuya fuente derivan conceptos e ideas que no tienen ningún valor real, como son los de derecho subjetivo y soberanía. Una posición netamente científica del derecho no tiene otro mero de afirmaciones que el que presenta la realidad de los hechos: el derecho así es la expresión de la solidaridad; por ésta y en ésta existe, a pesar de las deformaciones que sufre y sufrirá a través de las escuelas metafísicas; luego, un acto será justo si está conforme a la solidaridad del grupo, injusto cuando la contrario. Referirse a un derecho natural es incurrir de este modo en una metafísica del derecho: las escuelas jurídicas del teologismo clásico, del racionalismo moderno y las diversas direcciones del idealismo contemporáneo han tratado así de revelarnos un derecho natural con pequeñas diferencias de contenido, pero que según Duguit mantienen los mismos fundamentos, la misma apreciación metafísica.

---

4. — Parecería que frente a este positivismo, el problema de la justicia adquiriese una solución negativa, pues, un simple hecho, como quiere Duguit, no puede constituir ningún ideal jurídico de acuerdo a la definición y características de todo ideal. Sin embargo, afirmamos sin temor a equivocarnos que la solidaridad como fundamento positivo del derecho, y de acuerdo a las modalidades con que Duguit la demuestra, no constituye un simple hecho fruto de la observación, sino una verdadera síntesis de carácter conceptual. Su posición no es entonces agnóstica o ne-

gativa, como a primera vista parecería desprenderse de la negación de los conceptos y de sus afirmaciones absolutamente objetivas, sino que además se advierte, según veremos con más detenimiento en el párrafo siguiente, una metafísica jurídica de carácter esencialmente objetiva.

Todo positivismo, a pesar de sus conclusiones unilaterales, no excluye un cierto aspecto conceptual (47). Afirmar únicamente lo que vemos o sea hechos aislados, imágenes fragmentadas sin una cierta representación intelectual que sirva para darles en la conciencia un sentido universal o sistemático, sostener que toda realidad espiritual se condensa en las representaciones incoherentes de los hechos sin poderlas reducir a la unidad de un equivalente intelectual, es afirmar algo carente de sentido. El principio de solidaridad no es, a pesar de lo que afirma Duguit, la fiel imagen de los hechos o la representación inarmónica de una realidad percibida, sino que constituye un sistema, una coordinación de la realidad *abstractamente concebida*, por medio de la cual la realidad social adquiere un sentido que no está impresa en la sucesión histórica de los hechos sino que es hijo de la conciencia, fruto de la unidad indestructible del *yo* cuya función es reducir los elementos cuantitativos a fórmulas orgánicas.

Tal es lo que creemos descubrir en el fondo íntimo de este sistema jurídico, sistema clásico que reaparece hoy recubierto de modalidades y características nuevas que, a primera vista, lo hacen creer excesivamente realista y agnóstico. El agnosticismo que entraña la negación de todo sistema intelectual, involucra, a la vez, el peligro de caer en la metafísica, pero en una metafísica que se ignora a sí misma y en consecuencia con el riesgo evidente de incurrir en contradicciones y absurdos (48).

(47) "No es posible elaborar una doctrina social teniendo en cuenta sólo la realidad bruta. Quien intente hacer una doctrina implica hacer una síntesis científica, y la síntesis no se puede obtener sin deformar en algo las realidades, que únicamente pueden condensarse en ideas y traducirse en fórmulas". — F. Geny, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. — *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, pág. 506.

(48) "La solidaridad no es más que una concepción científica de la justicia, habiéndose reemplazado una palabra por otra sin que el sentido general varíe. Es ésta una forma interesante de idealismo inconsciente: Duguit es un pseudo positivista, pues si reprueba la arbitrariedad, la tiranía violenta y la opresión a los débiles es que tiene en sí mismo una fe que ignora y que algún día puede

Admitir solamente los hechos porque éstos son los únicos que se observan y no admitir los conceptos equivalentes a ellos, es igual a pretender que los accidentes, por ejemplo, de una sustancia líquida, tales como la forma, el color, el sabor, etc... constituyen toda la realidad y no la de la sustancia misma en virtud de que ésta no puede observarse ni comprobarse de manera sensible. Sin embargo, los accidentes y la sustancia son tan inseparables como lo son los hechos que se observan y la representación intelectual que de ellos hacemos; y si varios de estos hechos percibidos tienen entre sí una misma peculiaridad son también inseparables de su peculiaridad común, cuya representación abstracta y conceptual sirve para coordinarlos e interpretarlos en una unidad. La solidaridad, según este modo necesario de concebir, no es, entonces, la simple proyección de la realidad, sino una idea directriz de la totalidad real, la idea que se tiene de un conjunto de hechos y fenómenos con particularidades análogas, abstraídos en una unidad espiritual.

De este modo, nuestra modesta crítica al principio de la solidaridad, está hecha con los mismos elementos conque necesariamente debe contar el positivismo, elementos que la rigidez del método no alcanza a exterminar, bajo pena de negar la existencia misma del sujeto que observa. El verdadero positivismo no puede negar los conceptos, se reduce únicamente a rechazar los métodos clásicos que engendra o el juicio *analítico* o los juicios *sintéticos a priori*; el positivismo se sirve de los conceptos como lo hace el puro racionalismo, se diferencia sólo en la forma o manera de concebir.

Por otra parte, creemos que el sistema jurídico de Duguit, avanza más bien sobre este mecanismo de la síntesis conceptual para incurrir formalmente en una especie de idealismo romántico del que ya aludimos con anterioridad. La solidaridad como fundamento del derecho, y según las explicaciones del mismo Duguit, parece constituir una idea de carácter trascendente, una noción

---

revelársele". — J. Charmont. *La renaissance du droit naturel*, págs. 202 y 203. — Tal es, también, la impresión de Geny: "el defecto capital de esta metafísica no reconocida, latente y silenciada como por vergüenza, es que ella no deja abordar francamente cuestiones ni llega a convencer al espíritu, porque ella contradice el principio mismo de donde parte". — *Science et technique en droit privé positif*, tomo II, pág. 270.

metafísica en la que la realidad jurídica adquiere, según el objetivo esencial de toda filosofía, una interpretación de valer universal e inmutable. Basta aludir a las serias y profundas semejanzas, que muchos de los comentaristas críticos contemporáneos creen hallar, entre la concepción de Duguit y la del profesor alemán Rodolfo Stammler, a pesar de que ambos se distinguen por el punto de partida y por la irreductibilidad de ambos métodos (49). La solidaridad social de Duguit se asemeja así al ideal social de Stammler, el derecho objetivo del primero al derecho justo del segundo por la preponderancia que ambos reconocen a la sociedad sobre el individuo.

Pero este idealismo social que encierra la obra de Duguit no puede tener otra génesis que un proceso de conceptos e ideas: nuestros sentidos sólo perciben las cosas de modo incoherente o inorgánico. La representación que me forjo, por ejemplo, de un libro determinado es únicamente su imagen, pero la que tengo de él como cosa distinta de una mesa o de un banco es ya un concepto sistemático o una noción descriptiva. Esta segunda representación que me permite distinguir el libro a través de una complejidad de cosas, constituye una nueva realidad de origen puramente intelectual y que llamo el concepto de libro. Tal es, también, lo que ocurre con la realidad sensible de los fenómenos psíquicos y sociales: por un procedimiento análogo, tengo no ya un concepto, sino la idea de un cierto fin al que el individuo o la colectividad dirige su actividad. La idea de este fin es solamente la imagen de la realidad psíquica; pero la idea de una finalidad superior que me permita orientar la conducta a través de una serie histórica de fines, constituye un ideal irrealizable, simplemente evaluativo. Esta idea no es, por tanto, la imagen de un cierto fin que ha de realizarse sino una orientación que impone la razón.

Frente a estas premisas ¿qué puede ser la solidaridad como fundamento universal de la conducta jurídica (derecho objetivo) sino algo que en la realidad no se realiza plenamente ni puede agotarse jamás? ¿Qué es sino un principio sintético regulador de los fines sociales particulares? Grande sería, empero, nuestro error si con ésto fuéramos a afirmar, de acuerdo a la terminología kantiana-

(49) Véase F. Geny: Science et technique, tomo II, pág. 239 a 243.

na, que la solidaridad es un principio crítico o una idea regulativa del derecho. Hemos dicho que únicamente a través de un proceso lógico de ideas y conceptos, pueden explicarse las conclusiones tocantes a la solidaridad, particularmente en lo que se refiere a la universalidad, necesidad e invariabilidad de su estructura. Por estas últimas características conque Duguit presenta el hecho de la solidaridad, hace nacer en nosotros la sospecha bien fundada de que él no sea el resultado de la observación empírica sino el de una construcción metafísica, simulada a través de denominaciones o fórmulas objetivas, y que si la quisiéramos definir con más precisión, diríamos que ella se traduce en una *esencia* objetiva, en un evidente panteísmo, donde la solidaridad aparece como el *Ser* o el *Todo* social. El derecho, por tanto, constituiría una de las manifestaciones del Ser, de ese Todo social, es decir, la expresión de la solidaridad.

5. — Del propio análisis del principio de solidaridad que hemos intentado hacer, surge la idea de un trascendentalismo objetivo, que Duguit, como ya hemos dicho, encubre a través de un simple proceso de observaciones y constataciones, que no nos lleva únicamente, según expresión ya citada de Cuche, a descubrir la realidad bruta, sino ante todo a probar en ella la existencia de un ideal, a verificar un a priori, a demostrar que existen *leyes sociales* allí donde existen sociedades.

Si con Duguit debemos decir que la metafísica es un mal, debemos acordar con él que también ella es un mal necesario. En este sentido Geny combate eficazmente a Duguit, llegando a demostrar que sus conclusiones no han sabido emanciparse de ese mal. Una noción puramente positiva no es suficiente para dirigir de manera universal y necesaria la marcha de la vida social; así lo enseña en general la historia de la civilización y en particular el proceso histórico del derecho, y es en vano, dice Geny, que tratemos de debatirnos, como hacen los niños caprichosos, contra algo cuya naturaleza es más fuerte que nosotros (50).

(50) Science et technique, tomo II, pág. 264.

Reconociendo a Duguit ciertos méritos, por cierto insuperables, respecto al análisis de cuestiones técnicas, en particular a las que se refieren al derecho público, ha fracasado, en cambio, en su intento tenaz de destruir la metafísica jurídica, incurriendo, por el contrario, en consideraciones verdaderamente trascendentales. ¿Cómo explicar que un simple hecho, es decir, la solidaridad humana pueda servir de fundamento a una regla de conducta, a una norma de derecho? ¿Cómo es posible este tránsito del *ser* al *deber ser*, o en otros términos, cómo puede transformarse un hecho que existe o que *es*, en algo que siempre e invariablemente *debe existir*? (51). Toda norma de conducta procede necesariamente de una raíz ética, de lo contrario fundiríamos el derecho en la ley física. La solidaridad, como las ideas de libertad, igualdad, fraternidad, justicia, etc..., sólo tienen en la conciencia un significado ético o teleológico por oposición a otros conceptos que únicamente tienen explicación por el principio de causalidad.

Según ésto, el derecho, como norma de conducta, no puede estar fundado en un dato o en un hecho, en lo que *es* o en lo que *existe*, sino en un principio de valor metafísico, tomando esta palabra en su más amplio sentido. Todo aquel que intente elaborar una teoría del derecho, deberá recurrir necesariamente a conceptos e ideas y no a hechos y fenómenos. Bien dice Renard, que un positivista no tiene el *derecho* de pronunciar la palabra *derecho*, porque el contenido que dicha expresión encierra, involucra a la vez la existencia de juicios y valores éticos (52). Si fuéramos a dar la razón a Duguit, la solidaridad, como fundamento de la norma jurídica, no estaría en la conciencia en su capítulo del *deber ser* sino

(51) Estos interrogantes los formulan de ordinario todos aquellos que comentan la obra de Duguit: F. Geny, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, (Revue Trimestrielle de Droit Civil, pág. 786); E. Martínez Paz, obra citada, pág. 43; Paul Cuhe, obra citada, págs. 58 a 61; Julien Bonnecase, *La notion de droit en France*, págs. 72 a 74.

(52) "Para Duguit la regla de derecho no es otra cosa que un doble hecho: el hecho de la solidaridad social, el hecho del prestigio de ciertos sentimientos de ciertos hombres, y también de ciertas palabras y de ciertos espejismos. Ahora bien: no ha de creerse jamás que la regla de derecho sea como las leyes de la gravedad o de la energía eléctrica; estas leyes no son más que una explicación de hechos y la palabra derecho no tiene otro sentido que aquel que se opone al hecho. Un positivista no tiene el *derecho* de pronunciar la palabra *derecho*; si Augusto Comte fué lógico en ésto de excluirla de su clasificación de las ciencias, Duguit es ilógico al querer restablecerla". — G. Renard: *Le droit la justice et la volonté*, págs. 280 y 281.

en el capítulo de lo que *es*. Como principio que gobierna un orden de fines espirituales, la solidaridad no podría entonces tener una existencia causalista como la tienen las leyes físicas y biológicas (53).

Todas estas cuestiones, sin embargo, no están convenientemente dilucidadas; se las advierte vacilantes y oscuras en el desarrollo de la obra, particularmente, cuando Duguit se ve forzado a admitir las consecuencias que se derivan de sus propias premisas e hipótesis objetivas. En este momento de su obra, cuando Duguit debe medir las consecuencias emergentes de sus principios, es cuando da marcha atrás a su pensamiento para proyectar a retaguardia la idea esencial de una metafísica objetiva.

Si la solidaridad es la ley de la sociedad, si es un hecho perfectamente constatado, si no hay más órdenes y deberes que cumplir que los que ella dicta ¿cómo hacer, entonces, una distinción seria y bien fundada entre los fenómenos físicos que obedecen ciegamente a su ley y los actos voluntarios sujetos al hecho de la solidaridad? Duguit se esfuerza en demostrar que dicha distinción sólo existe porque así se presenta, porque una norma no puede referirse en la realidad más que a los actos conscientes, pero salvo esta diferencia de orden real no hay ninguna otra entre la ley que rige un organismo viviente y la ley que gobierna a una sociedad humana; y si se admite que la ley biológica está fundada sobre el hecho que constituye el propio organismo, no se ve por qué la norma social no ha de estar fundada más que en el hecho mismo que constituye la sociedad (54).

Peró, decir que la norma gobierna sólo los actos voluntarios, implica a decir que ella no tiene el carácter *de necesidad* que tiene

(53) Véase Georges Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, pág. 20.

(54) "Les cellules composantes d'un organisme sont soumises à la loi de cet organisme. Tout le monde le reconnaît et la loi de cet organisme est celle qui préside à sa formation et à son développement. De même, les individus composant un groupement social sont soumis à la loi de ce groupement, loi qui préside à sa formation et à son développement. L'une et l'autre de ces lois son des lois de coordination. La loi de l'organisme, nous ne l'appelons pas norme, par ce que nous ne pouvons pas affirmer que les cellules composantes soient conscientes; la loi d'un groupement social nous l'appelons norme, parce que les individus qui en sont membres agissent consciemment, veulent une chose qu'ils ont en vue et en vertu d'un motif dont ils ont conscience. Mais à part cette différence, il n'y en a aucune entre la loi d'un organisme vivant et la loi d'une société humaine; et si l'on admet que la loi biologique est fondée sur le fait que constitue cet organisme, on ne voit pas pourquoi la norme sociale ne serait pas elle aussi fondée sur le fait qu'est la société". — Traité, tomo I, págs. 18 y 19.

la ley biológica, pues que gobierna fines que la voluntad puede escoger *libremente*. Si el individuo puede o no escoger para sus actos, ciertos y determinados fines ¿no es del todo lógico presuponer un criterio también de carácter teleológico que sirva para orientar a la voluntad en la selección de los fines?

Estas cuestiones, pues, no han sido tratadas por Duguit, por el contrario para eludir las ha debido incurrir en contradicciones evidentes: si admite que en la realidad la ley física es de un contenido diferente al de la ley social, debió interpretar dicha distinción o directamente por un principio subjetivo, o bien indirectamente por un principio objetivo de carácter metafísico, imposible éste último de conciliar con los principios sentados por el positivismo. Decir que existe distinción entre una ley y otra, sólo porque así obran en la realidad, no es hacer distinción alguna, pues en la realidad pura todo acontece ciegamente. Esto acrecienta en nosotros la creencia de que el fundamento del derecho basado en la solidaridad, reproduce bajo una nueva forma la idea esencial del derecho natural <sup>(55)</sup>.

Las contradicciones de Duguit, al pretender hacer la distinción a que aludimos, radican en el olvido injustificado de no haberla intentado hacer desde un punto de vista subjetivo, única manera de poder transformar la visión causalista del mundo por una otra superior que la comprende y explica; olvidó que la naturaleza de la ley teleológica “no es —como dice Del Vecchio— la unidad mecánica de los fenómenos, la ley de la reductibilidad de los consiguientes a los antecedentes, la fórmula rígida y ciega que Hegel llamó *el cadáver del intelecto*, sino que es el principio viviente que agita la mole del universo y se manifiesta en la infinita variedad de su desenvolvimiento; es la sustancia que vemos ya inmune de las angustias de la causalidad; es la razón interior que da norma a todas las cosas y señala sus propias tendencias, funciones y fines” <sup>(56)</sup>.

Por otra parte, Duguit reemplaza la palabra derecho por otra de contenido ético; tal es la de *deber* <sup>(57)</sup>. No obstante, cree así substrair el derecho del campo subjetivo y basarlo exclusivamente en un principio objetivo: el deber o la función jurídica

(55) Véase F. Geny: *Science et technique*, tomo II, pág. 252.

(56) El concepto de la naturaleza y el principio del derecho, págs. 21 y 22.

(57) F. Geny — *Science et technique*, tomo II, págs. 268 y 269.

constituye el acto humano conforme a la solidaridad, es decir, conforme a la naturaleza íntima del individuo que no es sino la de un ser social.

Que el derecho abandone la vía subjetiva para marchar por el riel de la constatación objetiva, es algo que Duguit puede justificar plenamente, de acuerdo a su posición adoptada; pero que esta substitución del método signifique querer desnaturalizar la esencia ética del fenómeno jurídico es algo más que imposible intentarlo. ¿En qué aspecto de la naturaleza puede encontrarse el deber como un hecho o como un algo dado que exista en razón de la solidaridad humana? Lo único que advertimos fuera de nosotros en la realidad social, son relaciones entre individuos en virtud de fines y motivos diversos; pero, el criterio necesario para delimitar y justificar estas relaciones, es algo inherente a la conciencia y no a la relación misma. El *ser* así es producto de la realidad social, el *deber ser* es hijo de la razón y de sus medios de apreciación. Decir que un acto no es ni bueno ni malo, sino simplemente algo del que sólo se derivan *consecuencias sociales*, implica afirmar un principio de razón que pueda justipreciar, casualmente, el alcance de dichas consecuencias sociales. Para Duguit este criterio de evaluación es la reacción social que se produce frente a un acto que entraña aquellas consecuencias.

Esta reacción, sin embargo, contiene en sí misma una apreciación colectiva de un valor ético-jurídico: si un grupo o colectividad cualquiera reacciona frente a individuos cuyos actos alteran la solidaridad o el orden colectivo, dicha reacción no será una operación refleja, ciega e inconsciente, porque tal sería la reacción puramente orgánica, común a todos los seres vivos, sino un movimiento consciente de la masa social, fundado precisamente en sentimientos, ideas y creencias, cuya existencia se ve amenazada por la violación de ciertas normas. Sólo de este modo puede explicarse la reacción colectiva, originada sí por la solidaridad del grupo, pero en virtud de una solidaridad de sentimientos, ideas, creencias y fines. La solidaridad constituiría, entonces, un principio de valor ético, pues que se dirige a la defensa de la economía *ideológica* del grupo; constituiría un valor de medida a la reacción colectiva, evaluando, por consiguiente, a la norma jurídica.

Si, según Duguit, donde quiera que exista sociedad existe la ley de la solidaridad, traducida en reacciones organizadas frente a determinadas violaciones, será forzoso concluir que la solidaridad no es sino la sociedad misma, su causa inmanente, su estructura permanente, ¿no es ésto, acaso, una consideración mística y panteísta, toda vez que se afirma un principio objetivo, trascendente a la realidad de las cosas e indemostrable por sí mismo? La norma de derecho será así la manifestación o uno de los aspectos en que se desenvuelve esa esencia irreductible.

La solidaridad, como fundamento objetivo del derecho no es, por tanto, un pensamiento desprovisto de consideraciones metafísicas, sino un pensamiento, de acuerdo a la expresión ya citada de Geny, que ignora su propio trascendentalismo. La solidaridad más que un simple hecho ha servido para ubicar el derecho en la moral, en cuya virtud el derecho se nos manifiesta distinto de la fuerza, pues no es la política, según Duguit, sino el *límite* de la fuerza, la conciencia de la solidaridad humana, a cuya regla todos están sometidos, individuos y estado, débiles y fuertes, gobernantes y gobernados (58).

---

## LA REGLA DE DERECHO

---

1. — *Su carácter y función.* 2. — *Su distinción con las otras normas.* 3. — *Negación del derecho subjetivo.* 4. — *Negación del poder público.* 5. — *Libertad y autoridad.*

1. — Como hiciéramos notar anteriormente, las líneas principales del pensamiento de Duguit presentan con las del idealismo jurídico de Rodolfo Stammler, a pesar de las diversas fuentes filosóficas de que parten, ciertas similitudes o analogías, quizás resultantes de la circunstancia de haberse elaborado ambos sistemas frente a los mismos factores y frente a las mismas exigencias im-

---

(58) B. Croce. — Filosofía práctica en sus aspectos económico y ético, pág. 357.

puestas por el ambiente (59). Estas analogías se reafirman ante la distinción que ambos intentan hacer entre *el concepto y la idea* del derecho, entre la regla de derecho y su fundamento universal; si bien Stammler funda la distinción en la crítica de las ideas, Duguit la condensa en consideraciones de orden puramente objetivas (60). Ambos cierran sus respectivos sistemas, con el análisis de dos unidades de carácter *trascendental* el primero, y de dos unidades objetivas de orden *trascendente* el segundo. Para Duguit la idea o el principio de justicia no es más que el hecho de la solidaridad o el *sentimiento* que de él tiene todo individuo; el concepto de derecho no es sino otro hecho, el de la regla objetiva, una de las principales manifestaciones de la solidaridad social. Si la idea y el concepto de derecho en el idealismo de Stammler sólo pueden separarse por el análisis metódico del pensamiento, igualmente la solidaridad y la regla de derecho constituyen para Duguit *un solo hecho*, una unidad objetiva que sólo el análisis puede descomponer y fragmentar. La regla de derecho viene a ser la objetivación más perfecta o la máxima actualización de la solidaridad del grupo. Ambas obras tienen, por tanto, dos preocupaciones análogas: una, fijar el concepto de derecho, otra, precisar su fundamento. Duguit en el estudio de ambos aspectos sólo considera la realidad, sólo contiene apreciaciones y conclusiones dedicadas únicamente en hacer resaltar la función empírica del derecho y los fundamentos objetivos de la justicia.

Los principios del método positivo son aquí, también, aplicados con el mismo rigor y con la misma valentía. La regla de derecho, expresión de la solidaridad, es como ésta universal y necesaria; donde quiera que exista una sociedad, existe la ley de la interdependencia; ésta, a su vez, se manifiesta en la regla de

---

(59) El profesor A. Colmo advierte como nosotros profundas semejanzas entre la concepción jurídica de Stammler y la de Duguit, si bien no llegamos con el distinguido maestro hasta hacer una identificación casi absoluta entre ambas doctrinas filosóficas. Dice: "el primero de éstos (Stammler) es cabalmente uno de los grandes pontífices del derecho natural: su *derecho justo* no es sino el derecho *objetivo* de Duguit, aunque expresado en otras palabras y con proyecciones bien distintas, como el derecho que dimana de las circunstancias naturales, más o menos cambiantes según los lugares y los tiempos, y de las circunstancias corrientes de la misma vida". — Política cultural en los países latinoamericanos, pág. 14.

(60) Véase nuestro trabajo, La justicia en el idealismo crítico, pág. 60 a 63.

derecho. En sí misma es invariable y universal a pesar de la transformación constante de las normas positivas. Estas últimas las sanciona el estado, la regla de derecho, en cambio, aparece sin la intervención de terceros, impera simplemente en virtud de un mecanismo psico-social, cuyo principal motor es el sentimiento de solidaridad.

Una norma económica, moral o simplemente de costumbre devienen la norma de derecho en virtud de la forma, alcance e intensidad de la reacción social; conocida así la regla de derecho, el estado la formula por medio de la técnica legislativa <sup>(61)</sup>. La regla, “tú no matarás a otro a menos que sea en tu legítima defensa”, es una norma jurídica, no porque ella encierre un principio superior, eterno de derecho natural, sino simplemente porque la conciencia social del grupo y las condiciones mismas de su existencia exigen su amparo y seguridad necesarias. La ley penal positiva es la encargada luego de formular dicha regla a través de un procedimiento técnico-legislativo.

(61) “Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu’une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée. Cette organisation peut ne pas exister; elle peut être embryonnaire et sporadique; peu importe. C’est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution, qu’apparaît la règle de droit. Mais cette proposition demande quelques développements et quelques précisions.

“La règle de droit normative ou norme juridique proprement dite est la règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action. Elle commande au défend, comme on voudra; car commandement et défense sont, en réalité, choses identiques, la défense étant le commandement d’une certaine abstention. En parlant de commandement, je n’entends pas l’ordre formulé para une volonté supérieure s’adressant à une volonté subordonnée. C’est là une notion positivement inadmissible, je l’ai déjà dit, puisque’elle implique l’existence reconnue d’une volonté qui serait par nature supérieure à d’autres volontés. La norme juridique est impérative en ce sens seulement qu’elle est le statut social qui lie nécessairement tous les individus membres du groupe. Elle est la condition même du maintien de la vie sociale. L’individu a conscience de cette règle, conscience plus ou moins obscure. Mais quelque primitif qu’il soit, il sait, il comprend, il a tout au moins l’intuition que s’il ne s’y conformait pas, le groupe social tout entier réagirait contre lui et qu’il peut être établi des règles pour assurer directement ou indirectement l’exécution de la norme. Ce sont précisément les règles de droit constructives ou techniques.

“Ainsi, j’appelle règles de droit constructives ou techniques celles qui sont établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l’application des règles de droit normatives. Elles organisent des mesures; elles prennent des dispositions; elles fixent des compétences et, pour tout dire d’un mot, elles créent des voies de droit devant assurer la sanction de la norme juridique”. — *Traité*, tomo I, pág. 36 a 38.

La regla de derecho tiene por sí misma fuerza obligatoria y no en una voluntad sobrenatural, ni en ninguna autoridad teocrática; su esencia que jamás nos será dada conocer, dice Duguit, no puede modificar, acrecentar ni disminuir los poderes que en realidad tiene la voluntad del hombre; el derecho subjetivo no es más que una hipótesis metafísica. La fuerza obligatoria de la regla de derecho, sólo tiene una explicación real, de carácter científico; es obligatoria, como antes se dijo, sencillamente porque la masa social cree así necesario para el mantenimiento de la solidaridad, su ley fundamental: cuando un grupo social, de acuerdo al sentimiento predominante que tiene formado sobre la interdependencia o solidaridad de sus miembros, reacciona frente a ciertos actos, es, casualmente para evitar la violación de aquel sentimiento o de aquella apreciación (62). El poder de imposición de la norma radica en su propia estructura, en su existencia misma que no es sino el de custodiar la integridad social del grupo.

En esta altura de su pensamiento, Duguit cierra el círculo de su sistema, sin haber incurrido, según dice, en consideraciones de orden metafísico, cierra el análisis precisamente en un momento crítico, cuando la razón interroga sin dilaciones y sin ambages el *por qué* de aquella fuerza, su esencia, su naturaleza íntima. Hubiéramos querido hallar en este momento en que la norma se impone a los hombres, la razón de esa imposición, no la razón histórica o positiva, sino algún valor ético que sirviera como de coronamiento y afianzamiento de los hechos. Que la solidaridad y su regla sea un hecho, es perfectamente explicable al menos desde un punto de vista histórico, como lo que *es* o lo que *existe*; pero al mismo tiempo se hace necesaria la consideración ética, como el mismo

---

(62) "Pour nous, dire d'une norme qu'elle est obligatoire comme norme juridique, cela veut dire simplement qu'à un moment donné, dans le groupe considéré, si cette norme est violée, la masse des esprits comprennent qu'il est juste, suivant le sentiment qu'elle se forme de la justice à ce moment, qu'il est nécessaire pour le maintien de l'interdépendance sociale, que ce qu'il y a de force consciente incluse dans le groupe intervienne pour réprimer cette violation. Donner un autre sens et une autre portée à la force obligatoire d'une règle de droit, c'est sortir de la réalité pour entrer dans l'hypothèse métaphysique. Je rappelle d'ailleurs qu'en parlant de ce que la masse des individus admet comme juste, j'entends le juste en un sens aussi tout relatif et tout contingent, suivant le sentiment de la justice tel que je l'ai décrit au paragraphe 8". — *Traité*, tomo I, pág. 65.

Spencer lo afirma: si estamos interesados principalmente en asentar lo que es *relativamente recto*, se sigue que tenemos que considerar primero lo que es *absolutamente recto*, puesto que una concepción presupone a la otra.

Duguit ha intentado así defenderse de los serios ataques de que ha sido objeto, principalmente por sus propios colegas, defensa que no llega a convencer si no es para despertar una vez más en nosotros la sospecha de un culto ignorado a una metafísica tan odiada y combatida.

Respecto a esta formidable objeción, que se resume, como decimos, en el *por qué* de la imposición obligatoria de la regla de derecho, Duguit ha dicho que ella reposa en la conciencia que se forman los individuos acerca de la solidaridad que los mantiene unidos, es decir, reposa sobre el sentimiento de justicia que en ellos domina por razones de tiempo y lugar. La regla de derecho aparece nítidamente en la conciencia del grupo en presencia de ciertos actos o de ciertas violaciones. En esta reacción está la fuerza de la obligación, fundamento puramente humano y social. La regla de derecho, como expresión y significación de la solidaridad social, es una, invariable y eterna, mientras que el contenido que ella puede encerrar varía al infinito.

Se ha entendido hasta el presente, dice Duguit, que derecho natural es el derecho fundado en un principio superior, siempre idéntico en sí mismo, si bien variable en sus manifestaciones; derecho ideal, absoluto, al cual deben conformarse, cada vez más, las acciones de los hombres. El derecho, continúa Duguit, es, por el contrario, un producto contingente de los hechos; está, de este modo, en perpetua evolución. Que las sociedades humanas tiendan hacia un cierto fin superior, será posible, mas este fin se ignora. Los hombres de un mismo grupo viven en una estrecha interdependencia sin la cual la vida individual sería imposible. Ellos tienen el sentimiento que la observancia de ciertas reglas es necesaria para asegurar su vida colectiva y la vida misma del individuo; ellos tienen el sentimiento de que es justo aquello que está sancionado por la regla, que son las normas jurídicas. Que se llame a ésto derecho natural, Duguit no se opone, pero, también, debe convenirse que el fundamento señalado a la norma jurídica es

esencialmente distinto al que señalaba el viejo derecho natural (63).

También nosotros creemos que ambos sistemas jurídicos son diferentes, pero advertimos también que dicha distinción no basta para extirpar de ninguno de ellos la esencia metafísica, esencia común a todas las nociones que pudieran darse sobre los fundamentos y principios universales del derecho. Afirmar que la regla de derecho es producto de los hechos, en cuanto ordena o prohíbe ciertas acciones, y afirmar por otro lado, que en sí misma como significado o expresión de la solidaridad del grupo, es invariable y universal, es incurrir en una seria contradicción. La necesidad, universalidad e inmutabilidad de los conocimientos, hemos dicho, son formas esenciales del conocimiento a priori, y, como tales, son, respecto a la regla de derecho, sus condiciones filosóficas. La regla de derecho, según estos caracteres, o sería una creación del espíritu, o como quiere Duguit una esencia objetiva; sería el derecho en sí, fuera de la razón como la fuerza inmanente y constante del proceso histórico de las normas. Por esto creemos, como ya lo hiciéramos notar en el capítulo precedente, que la concepción jurídica de Duguit presenta una de las formas clásicas del derecho natural, con las diferencias típicas que este pensamiento puede señalar en virtud de elementos objetivos con que cuenta, elementos de índole verdaderamente *trascendentes*. Es el método el que ha variado y con éste ciertas modalidades características de las antiguas concepciones, pero en el fondo de este nuevo sistema se ha mantenido la misma esencia, la misma metafísica que se muestra así irreductible cada vez que el hombre fija su pensamiento en el derecho. Con la caída de la metafísica tradicional se han derrumbado viejos conceptos y viejas ideas para surgir, en cambio, otras

---

(63) "En résumé, il faut choisir. Ou bien il faut rattacher la force obligatoire de la norme juridique à un principe absolu, révélé à l'homme par une puissance surnaturelle, et alors cette norme juridique fait naître des devoirs et des droits au sens métaphysique du mot. Ou bien il faut donner à la règle juridique un fondement purement humain; alors si elle a une force obligatoire, ce ne peut être qu'un sens expliqué, c'est-à-dire une force consistant en ce qu'elle est sanctionnée, garantie pour la mise en mouvement de la contrainte sociale. Alors, elle trouve naturellement son fondement dans l'adhésion des consciences individuelles, dont l'observateur détermine le contenu, infiniment changeant, continuellement variable avec les temps et les pays, mais se rattachant toujours au fait de la solidarité sociale toujours senti et au sentiment de la justice, variable dans ses manifestations, mais permanent dans son principe". — *Traité*, tomo I, págs. 71 y 72.

que nos muestran, también, nuevas esencias, nuevos misterios: la esencia romántica y jacobina de los derechos subjetivos es sustituida por esta otra del solidarismo, no menos mística y cándida que la anterior; ha caído la personalidad, el individuo con todo su cortejo de atributos y facultades, para resurgir el poder social, la fuerza de todos, poder no menos abstracto y despótico que el del poder subjetivo del soberano. Ha caído el poder público, aquel de emanación divina como éste de las democracias actuales o el de las delegaciones populares, para traernos, en cambio, el poder de la colectividad, poder, como decimos, esencialmente tiránico, cuando no anárquico y disolvente; poder que se funda en la solidaridad de los hombres, en un principio o sentimiento sumamente elástico que autoriza la arbitrariedad del soberano como la anarquía del pueblo.

La regla de derecho, como expresión de la solidaridad, y no obstante las transformaciones señaladas, ha sido muy eficaz para disolver del antiguo tecnicismo, ciertos conceptos cuyo arraigo parecía imposible de extirpar; estos beneficios los han recibido y los han de recibir legislaciones individualistas como medio para mitigar el exceso de individualismo y de soberanía. Ya no es el individuo un soberano frente a otro; el estado no es una potencia jurídica frente a la comunidad; para Duguit el estado es como el individuo el primer servidor de la comunidad moderna (64). La personalidad subjetiva ha sido reemplazada por esta otra que pudiéramos llamar, personalidad objetiva; la regla de derecho no reconoce más poder originario que el que otorgan los propios intereses de la solidaridad; el individuo no tiene derechos, tampoco los tiene el estado, porque no hay más realidad que lo objetivo, que la sociedad en la que vive el individuo. Una esencia subjetiva ha desaparecido para regular todo el derecho otra esencia de carácter exclusivamente objetiva.

La regla de derecho es, sin embargo, la condensación de un ideal jurídico forjado en la solidaridad de los hombres; ideal tanto más inseguro cuanto mayor es la elasticidad del principio de que se parte. Resulta en verdad una utopía si se lo considera como anulación absoluta de toda fuerza individual, como exterminio de

---

(64) Véase A. Esmein: *Eléments de droit constitutionnel*, tomo I, pág. 50.

la personalidad de cuya existencia deriva toda sociedad y en cuyo término rematan el cooperativismo y toda forma de sindicalismo social.

2. — La vida social no sólo comporta en su contenido normativo, la regla de derecho sino también otras normas, cuyo objetivo marca características y modalidades propias. En general, la norma social es una por su fundamento, por su carácter general y por su objeto, no obstante producir en el grupo diferentes modos y formas de reaccionar. La solidaridad es la fuente común de todas las normas sociales, pero, por la distinta manera de reaccionar del grupo frente a la violación, se conoce el fin u objeto que regulan, si es una norma de derecho, si es económica o moral <sup>(65)</sup>.

La norma económica rige todos los actos del hombre tendientes a la producción, circulación y consumo de la riqueza, actividades que, a su vez, se dirigen a satisfacer las múltiples necesidades de la vida. El encarecimiento de los productos, la superproducción, el alza de los precios, la crisis industrial, la elevación de los salarios y todos los otros fenómenos económicos son la consecuencia de actos individuales, más o menos conscientes, ejecutados en conformidad o en contra de la norma social, y que se refieren a la producción, circulación y consumo de cosas necesarias a los deseos de los individuos. La violación de la regla económica, cuando ésta no es más que económica, produce por consecuencia una reacción que no se refiere más que a lo que atañe a ella, cuya reacción se manifiesta a través de aquellas crisis <sup>(66)</sup>.

La norma social comprende, también, entre otras, las prescripciones de orden moral, que se creen están fundadas en un principio superior formulado *a priori*, por el que ciertas acciones son buenas o malas por sí mismas. La moral así comprendida constituye un problema considerable que apasiona a los hombres desde que ellos piensan y que no es posible analizar más allá de los límites impuestos por la ciencia positiva. Entiéndese por reglas morales, dice Duguit, las que se aplican a todos los hombres que

(65) *Traité*, tomo I, pág. 26.

(66) *Traité*, tomo I, pág. 27.

viven agrupados en una época dada, imponiéndoles una cierta aptitud en sus manifestaciones exteriores, en su manera de vestir, en la forma de habitar, en sus relaciones y trato con los demás, y en general las que se imponen por medio de determinadas prácticas religiosas. En una palabra, Duguit llama morales a aquellas reglas que obligan al hombre a conformar su vida con ciertas prácticas o costumbres sociales. También éstas son obligatorias y su violación produce la reacción consiguiente: donde un cierto sentimiento religioso ha arraigado poderosamente, la reacción se produce por censuras hacia los transgresores de dichas prácticas, reacción que además se traduce, entre otras maneras, declarando infames ciertos actos o ciertas omisiones <sup>(67)</sup>.

Ni la norma económica ni la moral no tienen por sí la misma fuerza obligatoria de la norma jurídica. Toda norma jurídica es o moral o económica, pero no toda norma moral o económica es necesariamente jurídica. Se hace, entonces, necesario determinar, qué características las distinguen, o mejor, cuándo y por qué una regla económica o moral devienen la regla de derecho. Todas las normas, en general, sacan su fuerza obligatoria de la sociedad misma que las crea, ¿qué las distingue, entonces, desde que tienen un mismo origen?

Comienza Duguit afirmando el verdadero origen del derecho como el de todas las normas sociales. Después de rechazar las doctrinas que hacen derivar el derecho del estado, afirma que la regla de derecho existe por sí misma anterior y por sobre el estado, pero no como derivación de un principio superior, sino basada en el hecho mismo de la solidaridad.

Creemos, sin embargo, que mientras está bien a un positivista negar al derecho todo fundamento metafísico, demuestra, en cambio, ser contradictorio al negar por otro lado la única, real y verdadera fuente positiva del derecho, que no es sino el estado mismo. Todo positivismo jurídico que así no lo considere, tiene forzosamente que congraciarse con fuerzas reales de índole extraña al derecho, cuando no a esencias y principios metafísicos que no informan ni dan un verdadero sentido de la realidad si no es para desfigurarla a través de verdaderas creaciones personales.

---

(67) *Traité*, tomo I, págs. 28 y 29.

Para Duguit, de este modo, la norma de derecho se caracteriza por la manera típica conque el grupo reacciona frente a la violación de ciertas normas. La fuerza material y organizada que ciertos hombres detentan, actúa en determinadas ocasiones, se ejerce cuando la violación de las normas produce un malestar social, profundo y general, un malestar que acusa la inseguridad o la quiebra misma de la vida social, de la solidaridad, de su ley. La violación de la norma económica o moral no llega a producir una reacción de tan grandes alcances ni de tanta intensidad como la violación de la regla de derecho. Si la solidaridad es la ley del grupo, si es su propia existencia, su incumplimiento deberá marcar el máximo de reacción; impone así al individuo una exigencia imperiosa, un deber, una obligación que su fuerza nadie puede aminorar ni entrar a discutir. La regla moral y la económica no tienen, en cambio, la misma trascendencia objetiva porque su incumplimiento no atañe directamente a la existencia misma de la vida social.

He aquí lo más oscuro del pensamiento de Duguit: el derecho caracterizado simplemente por la forma y magnitud de la reacción, no llega ni puede llegar a determinar con precisión las modalidades propias que lo distinguen, por ejemplo, de la moral. El grupo también reacciona frente a las violaciones de prácticas o de costumbres morales, con la misma, cuando no con mayor intensidad y alcance conque reacciona frente a la transgresión de la norma jurídica. Sobre todo, si hemos de considerarla como fruto de los sentimientos, no hay, precisamente, mayor reacción que la que suele producir el sentimiento religioso de la masa. La reacción por sí misma no es así una modalidad específica del derecho, sino cuando a ella se agrega la fuerza del estado que sanciona dicha regla. Pero, una dificultad mayor se nos presenta, y es la que surge al considerar la intervención del estado y de sus colaboradores para dar sanción a la reacción colectiva. ¿Con qué criterio podemos medir el alcance de la reacción a fin de que el estado sólo intervenga en la formulación del derecho positivo sujeto a un límite y discreción necesarios? ¿Hasta dónde, se dirá, llega el derecho y hasta dónde la moral? La sola reacción no basta por sí para distinguir una norma de otra, sobre todo si se considera que la solidaridad, en cuya virtud se produce, es un simple sentimiento que

sufre, de acuerdo a la estructura sentimental de cada individuo, infinitas interpretaciones muchas de ellas entre sí hasta contradictorias y excluyentes. La solidaridad, bien lo dice Duguit, no es un concepto sino un sentimiento; he aquí, entonces, una base por demás insegura e incierta para caracterizar el derecho, algo como ya se ha dicho, sumamente elástico y absolutamente incierto.

Si la reacción social se actualiza o se organiza por el estado, en cuya virtud el derecho se formula, la regla de derecho no será en realidad la expresión de la solidaridad del grupo sino la expresión de la solidaridad tal como es interpretada y avaluada por el estado y sus legisladores. Viene así el derecho, en virtud de una solidaridad teórica, a resultar prácticamente fundada en la interpretación personalista, cuando no arbitraria del estado. Por ello se dice del sistema de Duguit, que él abre las puertas a la anarquía y al despotismo, da base para que triunfen las fuerzas populares fundadas exclusivamente en el sentimiento como a las ambiciones despóticas del dictador.

Los mismos inconvenientes anotados anteriormente al pretender una distinción entre el fenómeno físico y el acto voluntario, son, también, los que advertimos aquí frente a una posible distinción entre la moral y el derecho; es que para intentar tales distinciones es menester un criterio superior a la realidad misma de los hechos. Si sólo la conciencia es la que puede formalmente distinguir la causalidad física de la naturaleza de la finalidad ética de los actos, es, también, en virtud de un criterio o principio formal, la única que puede intentar caracterizar la ley moral y la ley jurídica. Sólo en virtud de un concepto formal o metafísico del derecho, únicamente partiendo de sus elementos racionales, podemos en la realidad intentar clasificaciones y distinciones; fundar éstas en la realidad misma es como querer infundir la vida y el movimiento a un objeto muerto, a una cosa inanimada. Las acciones humanas y su clasificación hecha en virtud de un criterio superior, producto de la razón misma, les hace adquirir un sentido universal, no así cuando las clasificaciones se intentan dentro de los propios fines y motivos que los actos encierran porque en sí mismos no contienen su diferencial filosófico sino tan sólo distinciones históricas.

---

3. — La existencia de la personalidad humana, constituye para la filosofía jurídica el concepto eje, la raíz ética fundamental e irreductible, de la cual derivan, se asocian y se plantean infinitas cuestiones a resolver. Tan evidente es a la conciencia la significación de la personalidad que no puede menos de asociarla a la representación total del fenómeno jurídico. Es su categoría irreductible, sin la cual el problema jurídico-filosófico se desprende de su propia *finalidad* para incrustarse como simple fenómeno psicológico en la realidad objetiva de la vida. No obstante la imposibilidad momentánea o más o menos persistente de resolver sus problemas, no autoriza a *desproblematizar* su esencia, según expresión usada por E. D'ors, ni a negarla en rotundo como lo hace la doctrina de la solidaridad. Las relaciones entre el estado y el individuo, cuestión hoy más que nunca debatida en la zona jurídica, problema con escollos e inconvenientes muchos de ellos insalvables, nadie podría resolver satisfactoriamente sacrificando la individualidad, así como no estaríamos justificados para negar, frente al angustioso problema del conocimiento filosófico, uno de sus términos necesariamente integrantes, ya sea el objeto o la realidad material como el sujeto o la realidad espiritual (68).

Este último problema señalado no tiene en Duguit solución posible, porque el positivismo filosófico, que implica la negación del *yo*, implicaría, también, en su proyección jurídica, la negación del sujeto o de la personalidad. De ahí que el sistema jurídico de Duguit, de formas objetivas simplísimas, disuelve o niega automáticamente todos los problemas referentes a la personalidad. Le ha bastado rechazar el ser racional, el yo interior para anular en absoluto la proyección subjetiva del derecho. La personalidad no existe porque el concepto máximo de solidaridad la excluye, así como se desentiende, con facilidad extraordinaria, de toda una serie de problemas de importancia. Para Duguit, no existe disparidad posible entre el individuo y el estado, entre la libertad y la autoridad, porque ni una ni otra existe en forma autónoma sino que están subordinadas a la regla objetiva de derecho. El problema de si la coacción es o no esencial al derecho, pierde, tam-

---

(68) Véase J. Del Vecchio: *Diritto e personalità umana nella storia del pensiero*, páginas 32 y 33.

bién, toda su importancia, porque no existe otra fuerza y poder que el que encierra la regla misma, que gobierna y manda en virtud de su fuerza orgánica emanada del hecho mismo de la solidaridad. Las relaciones o diferencias entre la moral y el derecho presentan también, un problema de escaso interés, ya que las diferentes normas sociales nacen de las distintas maneras de reaccionar del grupo frente a determinadas violaciones.

He aquí cómo toda una serie de cuestiones de la mayor importancia que plantea la vida misma del individuo, son resueltas, o mejor, negadas por el simple dato de la solidaridad. Pero, este desbordamiento de conceptos e ideas no sólo se advierte en el aspecto filosófico del derecho sino que también debe producirse, en consecuencia, en los aspectos científico y técnico: el sujeto de derecho, el derecho subjetivo, la personalidad colectiva, la soberanía política, el sentido individualista de la propiedad y la misma palabra derecho, desaparecen para transformar profundamente su sentido histórico. No existiendo más que la regla de derecho o el dato objetivo, el sujeto de derecho desaparece como esencia subjetiva para resurgir únicamente como condición o como medio de aquélla; en consecuencia los derechos subjetivos, vale decir según la escuela clásica, el derecho como facultad o atributo de la voluntad, se convierte en una simple función o en una situación subjetiva acordada por la regla. El estado, cuya personalidad y derechos constituye una proyección ampliada de la personalidad y derechos del individuo, está también sujeto como éste al imperio de la regla, reemplazándose los derechos subjetivos públicos por funciones o servicios públicos (69).

Estas últimas transformaciones que la concepción de Duguit ha operado en el derecho, son las que nos interesa analizar en adelante. Las transformaciones del derecho privado y público son en este sistema las consecuencias prácticas más típicas que han podido derivarse de su concepción positivista.

(69) Esta negación de los derechos del individuo y los de la colectividad, la formula Duguit categóricamente, cuando dice: "en parlant de droit social et de droit individuel, je n'ai point l'intention de proposer après mille autres, un nouveau système pour concilier les droits de la collectivité et les droits de l'individu, mais seulement de montrer que ni la collectivité ni l'individu n'ont de droits, qu'il n'y a ni droit social, ni droit individuel". — Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état, pág. 5.

La negación de la libertad o de la personalidad implica, como lo dijimos anteriormente, una serie de transformaciones en la técnica del derecho clásico; transforma en primer término, la noción del sujeto de derecho. Para Duguit, el sujeto es, también, una categoría, pero fundada no sobre premisas metafísicas sino en los datos de la realidad misma. La regla de derecho y sus imperativos se dirigen indiscutiblemente a la voluntad, puesto que se ha dicho que los fenómenos de orden social son actos conscientes, pero dicha voluntad no puede ser otra que la voluntad real y viviente del individuo. Por consiguiente, las entidades colectivas no constituyen sujetos de derecho por cuanto están fundadas no en la realidad sino en una simple ficción (70). Esta negación de las entidades morales es así una consecuencia lógica del método positivo que enseña que la realidad sólo presenta individuos, voluntades, cuyos actos se dirigen hacia ciertos fines. Por tanto, no pueden justificarse las construcciones puramente mentales o las ficciones jurídicas porque éstas rehacen la realidad de las cosas.

Ahora bien: esta voluntad real y viviente del individuo, ¿tiene por naturaleza derechos y facultades inalienables? El derecho subjetivo es una ficción, la voluntad natural del hombre no nace con poderes o facultades innatas ni los tiene por el hecho de ser tal, sino que dichos poderes son simples situaciones subjetivas acordadas por la regla de derecho. El derecho de propiedad así, no es un poder originario de la voluntad ni inherente a ella misma, es, en cambio, una situación, si bien de carácter subjetiva porque se dirige al sujeto o a la voluntad individual, pero de esen-

(70) "Il est d'évidence qu'une disposition impérative ne peut s'adresser et s'imposer qu'à des volontés conscientes d'elles-mêmes. Or les seuls êtres dans le monde, desquels on puisse affirmer qu'ils ont une volonté consciente d'elle-même, ce sont les êtres humains, parvenus à l'âge de raison et dont l'état mental est sain. Il est possible que les animaux aient une conscience; il est possible que nous soyons entourés d'une infinité d'êtres conscients que nous ne voyons pas, mais nous n'en savons rien. Par conséquent nous devons dire que seuls peuvent être sujets du droit objectif les individus humains ayant une volonté consciente et raisonnable. Il ne peut pas y en avoir d'autres; et les individus humains qui pour une raison quelconque n'ont pas une volonté consciente ne sont pas sujets du droit objectif et ne peuvent pas l'être. Ne peuvent pas non plus être sujets du droit objectif les collectivités, quelque forme qu'elles revêtent. Les associations, les corporations, les fondations, ne peuvent pas comme telles être sujets du droit objectif, parce qu'elles n'ont pas, parce que nous ne pouvons pas démontrer qu'elles aient une volonté consciente distincte de celle des individus qui les composent". — Leçons de droit public général, págs. 96 y 97.

cia objetiva porque nace de la norma misma. Se habla de este modo de una *situación subjetiva*, porque se reconoce que es una modalidad acordada a la voluntad viviente del hombre. La situación subjetiva surge del carácter mismo de la voluntad, pero sin reconocer a ésta ningún poder originario o natural. Si la solidaridad, o la regla de derecho que es su expresión, transforma o modifica su contenido histórico, si el sentimiento de justicia ha hecho variar la apreciación del grupo acerca del hecho de la solidaridad, es evidente, entonces, que para la voluntad deben también modificarse o variar los poderes, es decir, las situaciones subjetivas acordadas.

Sin embargo, no era posible desatender la realidad frente a ciertos casos en que una voluntad obra con otras voluntades de manera orgánica o relacionada, pues la voluntad no siempre actúa sola sino que, para satisfacer mejor determinadas necesidades, se asocia a otras voluntades. Para Duguit, es siempre la voluntad individual la que realmente actúa, acordándole, sin embargo, la regla de derecho una simple situación colectiva, como son aquellas que conocemos con los nombres de asociaciones, fundaciones y corporaciones (71).

Esta negación de la autonomía individual, autonomía para Duguit, fuente de dificultades sin número, da lugar, en cambio, a otra autonomía, la de la regla de derecho, que considerada desde un punto de vista teórico revela, sin embargo, fallas fundamentales, a pesar de que ellas saben disimularse bien a través de una fuerza mística que nos atrae y de ciertas situaciones románticas que nos conmueven. La autonomía de la regla de derecho, frente a la voluntad del individuo, implica precisamente una verdadera ficción, pues no se ha atendido a la única y verdadera realidad, a la autonomía del individuo, realidad más sensible y más imperiosa que la de la regla de derecho enunciada; Duguit ha olvidado que la regla de derecho existe únicamente en bien de los intereses de la personalidad, personalidad e intereses resumidos en la libre actividad del individuo (72). Duguit al negar los derechos subjetivos

(71) *Leçons de droit public général*, pág. 98 a 101.

(72) "Pero la muerte del individualismo racionalista no representa la muerte de la individualidad humana esencial, — dice el profesor Martínez Paz, — no será preciso aprestarse para el renunciamento de todos los atributos específicos indivi-

vos, creemos no llegó, sin embargo, a satisfacer ampliamente sus propósitos que eran el de anular la personalidad misma, negar la existencia del individuo como entidad espiritual, como sujeto de fines e intereses diversos, sujeto que, en la realidad, el positivismo, más que nadie, tiene el deber de confesar. ¿Hay o no hay un derecho subjetivo? “Dejémonos — dice León Ullman — que lo discutan entre sí los que gustan de esta terminología. Lo que nos preguntamos es ésto exclusivamente: ¿hay o no en el derecho, al lado del punto de vista social un punto de vista individual? Si lo hay, la lógica ordena que se tenga en cuenta”. (73)

Según Duguit, la regla de derecho impone a los miembros de un grupo ciertos actos, y ciertas abstenciones, porque toda norma de conducta debe traducirse siempre en un imperativo positivo o negativo. Los actos del individuo quedan de esta suerte reglados en relación a los demás, o de acuerdo a los intereses del mismo grupo, y, cada vez que la violación de ellas se produce, sobreviene la reacción social más o menos organizada, según el tiempo y lugar. Que los individuos tengan esta o aquella creencia, se hayan formado este o aquel juicio particular sobre ciertas normas, todo ésto no interesa a la vida social misma, sino únicamente mantener y asegurar la solidaridad del grupo. Las obligaciones impuestas al individuo por la regla de derecho, no afectan en manera alguna a su voluntad, ni le quita ni le aumenta poderes, ella queda tal como es en sí misma (74). El derecho subjetivo, por tanto, no existe sino simplemente un cierto carácter subjetivo, determinado por la regla de derecho. Si el carácter o la modalidad de la obligación impuesta, cambia, no habrá variado para nada la esencia

---

duales en obsequio de la solidaridad social, esta quimera anárquica ha podido elevar las mentes que ardían en la revolución, pero de sus escombros hemos de ver todavía surgir más fuerte la individualidad humana principio y fin del derecho”. — El espíritu de la legislación civil, pág. 8. — El profesor Mario Sáenz, dice: en cuanto a la esencia de la doctrina, Duguit pretende sobreponer la sociedad a los individuos, alegando que el derecho sólo tiene una función social, en cuyo nombre, y para ventaja colectiva, se pueden imponer todas las restricciones que sea menester a los derechos de los hombres. Los individuos no tendrían, pues, derechos subjetivos. Esto es olvidar que la conservación y perfeccionamiento de la sociedad no es un fin, sino un medio cuyo progreso se busca para favorecer la libertad individual, única realidad viviente de todo problema filosófico”. — Filosofía del derecho, págs. 138 y 139.

(73) La definición del derecho, pág. 124.

(74) Traité, tomo I, pág. 123 a 125.

de la voluntad, pues ésta es una simple condición del sujeto de derecho. No se habla, entonces, de una obligación subjetiva, que implicaría afirmar la existencia metafísica de una voluntad superior, o según la expresión kantiana, la subordinación al imperativo categórico; la regla de derecho no crea una modalidad nueva al ser, ni una subordinación ni una inferioridad, en este sentido la regla de derecho nada crea <sup>(75)</sup>.

Desde este punto de vista objetivo, no se comprende cómo una voluntad por sí pueda subordinar a otra. Los individuos que componen un grupo social están así en una situación objetiva con respecto a sus poderes, en una situación de dependencia absoluta a la regla; en cambio, el derecho subjetivo involucra la dependencia de una voluntad a otra, un verdadero poder de un individuo sobre otro. Sólo podemos concebir, dice Duguit, un verdadero derecho subjetivo suponiendo la existencia de una voluntad sobrenatural de la cual derive todo poder, vale decir, suponiendo un poder de origen divino, lo que en el estado positivo actual no tiene razón de ser. Si la regla de derecho, surge en el momento en que la masa de individuos cree legítima la fuerza organizada para reprimir la violación de las normas, no se explica la existencia de un derecho subjetivo anterior a la fuerza, a no ser que él nazca de la fuerza misma o al menos de la conciencia de que ella debe ser empleada para sancionar cierta regla. Pero ésto sería contradictorio, pues si el derecho subjetivo existe, él es contrario por naturaleza a la existencia de la fuerza <sup>(76)</sup>.

La situación jurídica subjetiva, por otra parte, se distingue de la situación jurídica *objetiva*. Esta última nace directamente de la ley y, mientras la ley subsiste, la situación objetiva es como ella general y permanente. La ley electoral, por ejemplo, crea pa-

(75) "Quand la règle de morale ou la règle économique devient une règle de droit, elle ne change pas, à vrai dire, de caractère; il y a seulement de plus, on l'a montré au chapitre I, ceci que la conscience de la masse des individus considère comme légitime l'intervention de la force pour assurer le respect de la règle. Si la règle sociale, en réalité, ne change pas de caractère, la situation qui en résulte pour l'individu ne peut pas non plus en changer. L'individu nous apparaît toujours comme étant simplement encadré dans les liens de la discipline sociale. La règle économique ou morale ne crée pas une modalité de son être, une subordination, une infériorité métaphysique de sa volonté; la règle juridique ne peut pas en créer non plus". — *Traité*, tomo I, pág. 126.

(76) *Traité*, tomo I, págs. 129 y 130.

ra los individuos como para los gobernantes situaciones que deben aplicarse a todos por igual y mientras dure su aplicación (77). La situación subjetiva adquiere, por el contrario, un carácter especial y relativo: es una situación que sólo se aplica a una o más personas determinadas, situación que además desaparece una vez cumplida la prestación, como si nunca hubiera existido. Esta segunda situación es la que se refiere al derecho privado y que en general surge en virtud del contrato o de actos unilaterales, mientras que la anterior se refiere al derecho público cuyo carácter general contrasta evidentemente con este otro de carácter específico y relativo (78).

El interés práctico que puede tener esta distinción es la misma que tiene la distinción técnica entre derecho privado y público, pero con señaladas ventajas sobre esta última, que derivan, según Duguit, de sus propios fundamentos. Por ejemplo, acerca del tan debatido problema de la cosa juzgada, la clave se encuentra, dice Duguit, en hacer la distinción entre una situación subjetiva y objetiva; muchos creen que la autoridad de la cosa juzga-

(77) "Ces situations socialement protégées ou situations juridique, comment nous apparaissent-elles? Les unes dérivent directement de la loi. Cell-ci est une disposition générale s'imposant à tous, et permanente, c'est-à-dire persistant après toutes les applications qui en sont faites, jusqu'au moment où elle est modifiée ou abrogée. Les situations qui naissent de la loi, qui sont une conséquence immédiate de l'application de la loi, sont comme elle et dans la même mesure, générales et permanentes. J'appelle ces situations des situations juridiques objectives, précisément parce qu'elles dérivent directement du droit objectif et qu'elles ont le même caractère de généralité et de permanence.

"A côté des situations juridiques objectives, situations générales et permanentes, il y a des situations spéciales et momentanées, des situations qui ne peuvent être opposées qu'à une ou plusieurs personnes individuellement déterminées et qui disparaissent après qu'une certaine prestation a été accomplie. Ce sont ces situations que j'oppose aux situations juridiques objectives et que j'appelle situations juridiques subjectives.

"Beaucoup de ces situations juridiques subjectives naissent d'un contrat, soit en droit privé, soit en droit public; mais il faut qu'il y ait un contrat au sens propre du mot, que je préciserai dans notre prochaine réunion. Deux personnes font un contrat à la suite duquel l'une d'elles est devenue débitrice d'une certaine prestation. Il y a là une situation juridique certaine puisque l'exécution de la prestation est garantie par la contrainte sociale. Mais cette situation ne touche que les deux contractants; pour tous les autres elle est comme si elle n'était pas. Elle est donc spéciale, individuelle. D'autre part, lorsque la prestation qu'elle implique aura été exécutée, soit volontairement, soit sous l'action de la contrainte, elle disparaît, les choses sont comme si jamais elle n'avait existé. Elle est donc, par définition même, momentanée, à la différence de la situation objective qui est permanente". — Leçons de droit public générale, págs. 64, 65, 66 y 67.

(78) Leçons de droit public général, págs. 67 y 68.

da es intangible, y que sólo puede oponerse contra los que han sido partes en un juicio determinado sin reparar los absurdos y contradicciones a que se llega con tal principio. Un individuo ha sido declarado en juicio hijo legítimo de otro; un tercero que no ha sido parte en el juicio inicia por su parte la misma acción a los fines de que la misma persona sea declarada hija legítima de otra. Se llega así, dice Duguit, a dos juicios contradictorios, pues ambos respectivamente tendrían autoridad de cosa juzgada sólo contra las partes que han intervenido en cada juicio y, en consecuencia, la misma persona quedaría declarada legalmente hija legítima de dos padres. Muchos creen que ésto es perfectamente lógico, sin embargo, quien llega a tales consecuencias, evidentemente contradictorias y absurdas, lo es en virtud de haber partido de la intangibilidad de la cosa juzgada. Duguit, con la distinción a que antes alude, cree resolver el caso precedente: si se afirma que el principio del cual se parte consagra una situación jurídica subjetiva, la resolución judicial tendría autoridad de cosa juzgada únicamente con respecto a las partes intervinientes en el juicio; pero en el ejemplo citado se ha querido declarar una situación de carácter objetiva, como es la situación o la calidad de hijo legítimo; por tanto, la resolución judicial adquiere autoridad de cosa juzgada que puede oponerse así contra las partes que intervinieron en el juicio como contra todos aquellos que no fueron partes en él.

Duguit trae otro ejemplo, y es el que se refiere a la cuestión de la irretroactividad de las leyes: una ley nueva se aplica, sin que pueda decirse que ella tiene un efecto retroactivo, a todas las situaciones legales u objetivas que existían antes de su promulgación. Estas situaciones son creaciones directas de la ley, ellas deben, entonces, sufrir la suerte y las transformaciones de la ley y variar con ella misma. Por el contrario, una nueva ley no puede tocar una situación jurídica subjetiva anterior a su promulgación. El contenido de estas situaciones subjetivas está determinado por el acto individual, es naturalmente regido por la ley en vigor en el momento en que el acto se realizó. La ley nueva no puede, entonces, modificar una situación jurídica subjetiva anterior, porque ella no podría modificar un acto individual que ha tenido lugar en el momento en que esta ley no existía; por tanto, la

ley nueva no sería verdaderamente retroactiva por cuanto el acto realizado ya no existe (79).

Sin embargo, no creemos que esta distinción entre la situación subjetiva y la objetiva sea más feliz en la práctica que aquella que hace el tecnicismo clásico entre derecho público y privado. La clasificación propuesta por Duguit, como la consagrada por el derecho clásico, son distinciones puramente teóricas, sin un alcance y contenido definitivos. La situación subjetiva corresponde a nuestro derecho privado y la objetiva a nuestro derecho público. Ambas clasificaciones tienen, desde el punto de vista técnico, el mismo fundamento, si bien la distinción de Duguit, desde el punto de vista filosófico, adquiere una significación propia. Además, la situación subjetiva no se diferencia fundamentalmente de la objetiva, porque ambas situaciones son imposiciones objetivas, determinadas por la regla de derecho: en primer término, el individuo no tiene derechos por el hecho de ser tal, sino simples situaciones subjetivas acordadas por la norma. Resulta, entonces, que la sola existencia de la voluntad, no crea el sujeto del derecho sino sólo cuando a esa voluntad, la regla le acuerda poderes. Bien entendido que la voluntad es una simple condición del sujeto y no su esencia. Puede existir la voluntad y no constituir por este solo hecho un sujeto de derecho, pero, también es cierto que el imperativo jurídico cuando funciona, funciona sólo con la voluntad, con la voluntad real y viviente del individuo. Por otro lado, la situación objetiva es, también, un poder que emana de la norma y *ejercitado por la voluntad*, pero su objeto principal no es modificar situaciones particulares, sino regir el interés de todos, velar por el orden público.

El derecho objetivo, así concebido, transforma la concepción clásica del sujeto de derecho. En esta última la individualidad se halla identificada al sujeto de derecho, el individuo por el sólo hecho de ser tal nacia con poderes que la sociedad debía forzosamente reconocer y respetar. Para Duguit esta esencia subjetiva desaparece, la individualidad no es ni siquiera un término integrante del sujeto sino una simple condición que se agrega cada vez que la regla de derecho necesita funcionar: el sujeto de

(79) Leçons de droit public général, págs. 66 y 70.

derecho no existe, sólo funcionan los imperativos jurídicos, el derecho objetivo que se dirige a la voluntad como el medio o condición necesarios para satisfacer los intereses colectivos, en una palabra, para asegurar el hecho de la solidaridad. He aquí una concepción histórica, que ha transformado, o mejor, que ha hecho caducar otra concepción no menos relativa y transitoria. A nadie escapa el predominio actual del elemento social sobre el individual, pero, también, es evidente que como término histórico es insuficiente para fundar el análisis filosófico del derecho.

Por diferentes caminos, el idealismo crítico de Stammler, por ejemplo, se ha hecho cargo también del elemento social, pero llegando felizmente a depurarlo de sus contingencias históricas para analizar únicamente su *forma*. No se trata, entonces, de si el interés social debe predominar al interés individual, sino que la consideración filosófica del derecho debe partir del análisis de la conciencia misma, de sus elementos necesarios y universales. La concepción jurídica de la solidaridad muy lejos de partir de este análisis interno, ha ido a la realidad misma de las cosas, no para proyectarla con fidelidad y exactitud, sino precisamente para rehacerla, desfigurarla a través de una concepción puramente romántica. El individuo que para un positivista sería la primera impresión de la realidad, se resuelve en algo accesorio frente a la regla de derecho y frente a la solidaridad del grupo. Esta solidaridad, como ya hemos dicho, resulta imposible de fijar y precisar; por eso, partir de ella es fantasear y producir lo inverosímil. El predominio de lo social no puede llegar jamás a exterminar la individualidad, verdadero abstracto de lo colectivo. El individuo en función exclusiva de la comunidad es algo así que excede los límites de lo real, es una concepción mística de lo objetivo, un pseudo-positivismo que ha mutilado lo sensible, lo real en aras de una bella utopía.

---

4. — La obra de Duguit es, quizás, más que nada una extensa exposición de las nuevas bases en que se asienta el poder público; es, a la vez, una exposición crítica de la doctrina clásica de la autoridad, crítica ésta para nosotros de más enseñanza y ven-

tajas que las que fluyen de su propia construcción sistemática del estado. No ha conseguido armonizar los términos clásicos, individuo y estado, puesto que niega los derechos de ambos, pero ha colaborado, no obstante, con su doctrina negativa a proyectar la profunda crisis de ~~la~~ clásica apreciación de la autoridad, cuyo sistema se creyera por mucho tiempo radical y definitivo y que hoy el hombre parece abandonar frente a nuevas perspectivas. La democracia, cuyos dogmas declaró la Revolución Francesa, con el tiempo vino a ser para pueblos jóvenes e inexpertos, un nefasto espejismo, una desconsoladora realidad. Sólo la fantasía y el romanticismo pudieron idear las líneas principales de este sistema saturado de individualismo, que ha ocasionado precisamente los más grandes males al individuo. El poder de las mayorías pierde día a día la confianza y la fe que antes le tenían los hombres, desaparece su prestigio frente a una nueva conciencia que ha nacido abonada por la experiencia, por el desengaño y la miseria que supieron producir la soberanía del individuo y la soberanía del estado. La práctica de la democracia ha demostrado así con claridad meridiana que la demagogía no es un peligro circunstancial, no es la corrupción de la democracia, según la señalara Montesquieu, sino que desgraciadamente parece haber sido su única virtud, la práctica de la democracia misma <sup>(80)</sup>. Todo ideal es teóricamente cierto y prácticamente irrealizable; pero una quimera es tan inaplicable desde el punto de vista práctico, como absurdo desde el punto de vista teórico. El ideal es sólo una orientación, una guía y no algo que podamos agotar plenamente en la realidad <sup>(81)</sup>. Desde este punto de vista, la democracia no ha sido en verdad una quimera, sus dogmas han servido durante muchos años para inter-

-----  
 (80) "Buscábase en el estado constitucional un organismo que condensara las voluntades individuales de cada ciudadano en un sumando común, fiel reflejo de ella (el Derecho), y encontróse encumbrada la tiranía de unas cuantas personas particulares (representantes del Poder Legislativo), que se hicieron fuertes escudados en el absoluto poder soberano del pueblo, cuyo título de representación aprovecharon más para dar arraigo e impulsos a su querer, que efectividad a las orientaciones de aquél. Y, por otra parte, dada la posibilidad de llevar a rigurosa aplicación el utópico principio de la soberanía popular ¿cómo salvar la técnica con tanto exceso de democracia?". — José Escobedo González Alberú. — Las nuevas orientaciones del derecho, pág. 13.

(81) "El ideal es una verdad teórica que sirve para compararse con la realidad, aunque nunca pueda imponerse a ella; la quimera es tan falsa en la teoría como inaplicable en la práctica". — E. Caro. — El derecho y la fuerza, págs. 9 y 10.

pretar la vida política y orientarla de acuerdo a su constitución ideal, que era el reflejo de las necesidades y aspiraciones reinantes; pero dicho ideal, en presencia de nuevas creencias, de nuevos sentimientos y necesidades, frente a la actual composición teleológica de la vida social, se ha transformado en una ilusión para sus creyentes y en una vieja mentira para sus detractores; la creencia en la igualdad absoluta de los hombres, nos resulta hoy una químera desde el punto de vista social en que hoy acostumbramos a apreciar la libertad y la igualdad (82). La vida moderna exige nuevos ideales que la orienten, pero exige también que ellos estén en consonancia con las exigencias presentes, y, particularmente, de acuerdo a las modalidades específicas del temperamento actual, menos dogmático y menos rígido.

Muchos creen que Duguit ha alcanzado a condensar la aspiración actual y el ideal de nuestra época en una nueva fórmula concordante así con los sentimientos y creencias predominantes. Sin embargo, creemos que su pensamiento constituye en esencia una teoría absurda, que involucra por definición el caos político, toda vez que anula la libertad y la autoridad. Duguit no cree que éstas sean categorías necesarias para llegar a la verdadera solución del eterno conflicto entre el estado y el individuo. Pero sus ideas políticas no constituyen teóricamente un ideal que pueda actualizarse; únicamente, volvemos a repetir, registran la inquietud de la hora presente que marca el comienzo de una larga crisis política; nadie, sin embargo, podría asegurarnos por el momento en qué ha de terminar esta crisis y cuál ha de ser la fórmula definitiva de un porvenir remoto.

Como lo hiciera al tratar las cuestiones referentes al derecho privado, Duguit consigue delinear su sistema político a expensas de una fuerte embestida contra la concepción humanista del estado, nuevo sistema que para distinguirlo de otro muy conocido en la actualidad, no lo llama socialista sino *solidarista* (83).

---

(82) "No puede ya sostenerse la creencia en la completa igualdad y unidad de los hombres, que la democracia del pasado predicó con ardiente fanatismo; hay que aceptar las diferencias nacionales y sociales. Pero diferencia físico-psíquica no significa sumisión o superioridad social. Significa únicamente muchas veces una diferente aptitud para diversas tareas sociales". — M. J. Bonn. — La crisis de la democracia europea, pág. 174.

(83) Souveraineté et liberté, pág. 164.

La negación de la soberanía o del poder público es consecuencia de su negación anterior de la personalidad en el derecho, concepto sobre el que está totalmente fundada la teoría clásica del estado subjetivista. El estado, se dijo, constituye una personalidad soberana, o una voluntad omnímoda, proyección ampliada de la voluntad individual; mas, ¿qué es una voluntad? Duguit, basándose en el estado actual de los estudios psicológicos, dice que la voluntad es sólo una energía "ideomotriz". Esta palabra se emplea hoy en todas las lenguas para designar todo agente capaz, bajo la acción de cierta causa, de desarrollar cierta fuerza, la cual produce un desplazamiento de materia en el espacio o produce un movimiento. Mientras la energía no es provocada por alguna causa, no produce fuerza alguna y es, entonces, que se dice que está en potencia. Cuando interviene una causa exterior, la energía pasa al estado de acto, y el movimiento se realiza. Un automóvil, por ejemplo, dice Duguit, nos espera a la salida de la Universidad. Mientras está parado, el motor contiene en sí mismo un potencial de energía constituido por el magneto y la bencina del depósito. Si se le quiere poner en movimiento el chauffeur lo consigue por medio de una manivela o de un botón: salta en seguida la chispa eléctrica, la bencina entra en explosión, el motor gira y el automóvil parte. La energía, pues, del estado potencial ha pasado en estado de acto en virtud de una causa determinante. Así, también, toda voluntad es una energía en estado potencial; pero en un momento dado, esta energía puede pasar al estado de acto; se dice, entonces, que existe un acto de voluntad. ¿Qué es necesario para que la energía de la voluntad se actualice? ¿Sería necesaria, como en el ejemplo antes citado, la intervención de una causa material extraña al agente de energía en estado potencial? No. Es necesaria una causa interna, inherente al objeto o a la voluntad; es necesaria la idea consciente que se forma el agente, que obtendrá seguro resultado si suscita su energía, si ejercita un acto de voluntad, es decir, si hace pasar su energía volitiva del estado potencial en que se encuentra al estado de acto, manifestándose en el exterior. En el ejemplo del automóvil, lo que pone en juego la energía es lo que William James denomina la imagen-resorte, la imagen-muelle, es decir, la idea que el chauffeur se forma de ir de un punto a otro, la idea, en una palabra, de esperar cierto re-

sultado. He aquí cómo la voluntad es una energía ideomotriz, vale decir, una energía que permanece en potencia hasta el momento en que la idea de cierto fin que se espera determina al sujeto a pasar al acto, a verificar un acto de voluntad, a poner en movimiento su actividad. El acto voluntario, de este modo, está siempre determinado por un objeto: en todo acto voluntario, existe un fin que se aguarda, y, puede decirse, que no hay un solo acto de voluntad sin que la idea de esperar un fin haya impulsado al sujeto a querer el acto.

Aplicados estos antecedentes a la soberanía, se hace necesario determinar y definir los motivos por los que ella obra. Se advierte así que lo que caracteriza a esta voluntad llamada soberanía, es que no puede ser impulsada sino en virtud de motivos, o más exactamente, no puede ser impulsada más que en ciertas condiciones que le son propias, diferentes de las que determinan a las otras voluntades, lo que hace, entonces, que la soberanía sea una voluntad con caracteres tales, que no se encuentren en ninguna otra voluntad. Este carácter propio de la voluntad soberana, dice Duguit, ha sido definido mejor que nadie por los juristas alemanes: la soberanía es una voluntad que tiene en sí el carácter propio y exclusivo de no ser impulsada más que por sí misma. El único motivo que puede determinar a obrar a la voluntad soberana es un motivo que extrae de sí misma. Jamás una voluntad soberana puede ser impulsada a obrar porque otra voluntad quiera que obre en tal o cual sentido. El soberano no puede ser impulsado jamás a obrar porque existan hechos o actos extraños a su propia voluntad que le obliguen a ello. Tiene la gracia o el don de no ser impulsado a obrar en determinado sentido sino cuando él lo quiere y porque lo quiere. El es quien se ha creado a sí mismo los motivos determinantes de su acción; la soberanía es, pues, la voluntad que tiene la competencia de su competencia (84).

(84) Souveraineté et liberté, véase pág. 70 a 77. — "J'ai insisté à dessein sur cette analyse psychologique de la volonté, et vous allez voir que ce n'était pas inutile. Elle montre en effet que, comme je le disais plus haut, pour déterminer le caractère d'une volonté, il faut connaître et définir les motifs qui peuvent la déterminer à agir. Cela compris, on devine que ce qui caractérise cette volonté qu'on appelle la souveraineté, c'est qu'elle ne peut être déterminée que par certains motifs, ou plus exactement qu'elle ne peut être déterminée que dans de certaines conditions qui lui sont propres, qui sont tout à fait différentes pour les autres volontés, ce qui fait que la souveraineté est une vo-

Las definiciones, por ejemplo, de Burgess y de Esmein, como todas aquellas que parten de la existencia de una voluntad soberana, expresan, según Duguit, la misma idea y el mismo concepto. El primero de los nombrados, dice: la soberanía *es un poder original, absoluto, ilimitado, universal sobre los súbditos individuales y sobre todas las asociaciones de súbditos*. Esmein define la soberanía, diciendo: *es la autoridad que naturalmente no reconoce ningún otro poder superior ni siquiera concurrente en cuanto a las relaciones que ella rige* (85). El derecho subjetivo público viene a ser así, como en el derecho privado, una síntesis de poderes jurídicos, pero de poderes absolutos, omnímodos, doctrina que aunque parezca muy lógica está en pugna con la realidad positiva; constituye sólo una afirmación de carácter metafísico, ingeniosamente elaborada, pero extraña a la realidad concreta; doctrina que está hoy a punto de derrumbarse y desaparecer para siempre.

---

lonté ayant des caractères qui ne se retrouvent dans aucune autre volonté sur la terre.

“Le caractère propre de la volonté souveraine est exprimé dans une formule que j'emprunte aux juriconsultes allemands. Sans doute, on ne la trouve ni dans les écrits du XVIIIe. siècle, ni dans les constitutions françaises de l'époque révolutionnaire, ni dans les oeuvres des juristes français qui les ont commentées; mais j'estime cependant que, mieux que toute autre, elle exprime la conception de la souveraineté en 1789. Cette formule la voici: la souveraineté est une volonté qui a ce caractère à elle propre et à elle seulement de ne jamais se déterminer que par elle-même. Le motif qui seul peut déterminer la volonté souveraine à agir est, un motif qu'elle tire d'elle-même. Jamais une volonté souveraine ne peut être déterminée à agir par ce motif qu'une autre volonté veut qu'elle agisse en tel ou tel sens. Le souverain ne peut jamais être déterminée à agir parce qu'il y aurait des faits ou des actes étrangers à sa propre volonté qui l'y obligeraient. Il a ce pouvoir de n'être jamais obligé à agir ou à agir dans tel sens que s'il le veut et parce qu'il le veut. C'est lui et lui seul qui se crée à lui-même les motifs déterminants de son action. Tous les développements, toutes les définitions qu'on a donnés de la souveraineté se ramènent tous à cette formule. Elle est certainement la plus exacte, parce que la plus psychologique, puisqu'elle se rattache directement à l'analyse psychologique de la volonté.

“Ainsi, les auteurs allemands ont encore dit de la souveraineté: elle est une volonté qui a la compétence de sa compétence, c'est-à-dire une volonté qui détermine elle-même l'étendue de son action, ce qu'elle peut faire, ce qu'elle doit faire, ce qu'elle ne peut pas faire, ce qu'elle ne doit pas faire. Cela revient au même que de dire: la souveraineté est une volonté qui ne se détermine jamais que par elle-même. Puisqu'elle ne peut pas se voir imposer par une autre volonté une certaine action, elle a bien par là même le pouvoir de déterminer elle-même l'étendue et l'objet de son action”.

(85) Véase la definición de Burgess en su obra: *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, tomo I, pág. 71; la de Esmein, en *éléments de droit constitutionnel Français et comparé*, tomo I, pág. 1.

Ahora bien, ¿dónde nacen los poderes del estado? Una ley votada por aquellos que representan una mayoría, por ejemplo, de 10.000 ciudadanos, debe ser ciegamente acatada por otro contingente de 5.000 ciudadanos. Esta ley votada, trasunta así el poder originario del estado, que, como puede verse, no es sino la fuerza del número. El derecho subjetivo nace, entonces, de este juego aritmético, con el agravante particular que donde existe el voto universal y obligatorio, y en donde los partidos políticos pueden multiplicarse hasta el infinito, las mayorías constituyen una verdadera mistificación. Sin embargo, este hecho es insignificante si se le compara con el fenómeno demagógico, verdadera corrupción de la democracia, y que puede sintetizarse en las maniobras fraudulentas, falsas promesas y otras maquinaciones corrientes, a los que da margen la libertad e igualdad del sufragio para especular con las debilidades del instinto y del sentimiento <sup>(86)</sup>. Pero ésto no puede fundar un derecho subjetivo, puesto que no es más que un hecho. El poder público es el hecho de la mayor fuerza, pues siempre habrá en las sociedades, dice Duguit, un individuo, una clase, una mayoría que de hecho, y en virtud de circunstancias infinitamente diversas, concentrará la fuerza coactiva <sup>(87)</sup>. Hoy, sin embargo, marchamos hacia una forma política en que la mayor fuerza pertenecerá no a una clase, más o menos privilegiada, sino a una verdadera mayoría compuesta de los representantes de todas las clases de la Nación y de todos los partidos, pero siempre ha sido y será el poder público un hecho y no un derecho <sup>(88)</sup>.

De que ciertos hombres puedan legítimamente imponerse a otros, no es ello en virtud de un poder superior actuando sobre

---

(86) La transformación del estado, pág. 77 a 86.

(87) "M. Duguit niega en redondo la existencia del poder público como concepto jurídico. Claro está que reconoce la existencia de individuos que mandan por el hecho de que son más poderosos que los otros, pero el hecho de que exista una fuerza gobernante no necesita ser explicado con la creencia en la existencia de una sustancia soberana, como la personalidad de la Nación, o la del individuo o la del estado. Nadie tiene derecho a mandar porque sea superior a los demás. Manda porque ejercita más poder, o en cumplimiento de la misión que la ley le confía." — Ramiro de Maeztu. — La crisis del humanismo, pág. 274.

(88) La transformación del estado, pág. 98 a 103 — *Traité*, tomo I, pág. 507 a 512 — Véase acerca de esta nueva concepción del estado un interesante trabajo de Adolfo Posada, "la nueva orientación del derecho político", estudio seguido al de la transformación del estado por Duguit, pág. 332 a 363.

otra voluntad, pues ya se ha visto que los poderes que una voluntad tiene para actuar sobre otra, lo es en virtud de una simple situación subjetiva acordada por la regla de derecho. Si la soberanía funda su existencia en un derecho subjetivo, éste será un poder originario, desde que se ha demostrado ya no existir ningún poder sobrenatural. Pero, también se ha dicho que no existiendo una voluntad sobrenatural no tiene sentido la afirmación de un poder soberano originario; y si, a pesar de todo, se insiste en que la soberanía constituye una voluntad originaria, superior a la del individuo, se sigue que sólo el estado puede crear los poderes del individuo (89).

Por otra parte, esta conclusión sobre el poder público originario y absoluto, exime al estado de toda responsabilidad, consecuencia absurda que se sigue al fundar el poder público en algo distinto de la realidad y de los hechos. El poder del estado no es así un hecho real, sino una noción metafísica y, por tanto, como el problema del libre albedrío, una cuestión insoluble. Rousseau, Kant y Hegel, decididos partidarios del estado individualista, han debido recurrir, para resolver ciertos problemas que planteara la soberanía, a verdaderos sofismas, como aquél que trata de esclarecer y justificar la absorción del individuo por el estado: para poder mantener incólume la autonomía individual, que de hecho se encuentra absorbida por el poder absoluto del estado, dichos filósofos han desenvuelto de diferentes maneras un mismo sofisma, aquél que dice que el individuo no encuentra la plenitud de su ser más que en el estado (90). El sistema imperialista necesitó más que

---

(89) "Si la souveraineté existe comme droit subjectif, elle est un droit originaire, non concédé par une puissance supérieure, puisqu'il n'y a pas de puissance supérieure à la souveraineté. De même qu'on ne peut démontrer que l'autonomie de l'individu soit un droit, de même, on ne peut davantage démontrer que la souveraineté de l'Etat soit un droit. Le droit ne peut s'expliquer que par l'intervention d'une volonté supérieure. Si la souveraineté est une volonté supérieure à l'individu, elle peut lui conférer un droit; mais il faut une volonté supérieure à la souveraineté pour que celle-ci soit un droit; or, par définition même, il n'y a pas sur la terre de volonté supérieure à la souveraineté. Celle-ci ne peut donc être un droit que par la décision d'une volonté supraterrrestre. C'est revenir aux conceptions théocratiques tout à fait étrangères à toute recherche scientifique. Voilà pourquoi se sont élevées d'innombrables controverses depuis des siècles sur le problème de l'origine de la souveraineté, problème insoluble parce qu'il ne se pose pas en science positive." — *Traité*, tomo I, págs. 403 y 404.

(90) *Traité*, tomo I, pag. 480.

nadie de este concepto de la personalidad del estado, de su soberanía, de este sujeto soberano del derecho. Sin embargo, se necesitó, también, limitar su poder incurriéndose en cierto dualismo contradictorio, que en la actualidad constituye la causa principal de su descrédito y de su transformación. Si los gobernantes son los que detentan la mayor fuerza, ¿pueden, acaso, existir leyes superiores que los limiten, o que les impongan obligaciones negativas o positivas? Si su acción está limitada por estas obligaciones ¿por qué detentan aún la fuerza mayor de la comunidad? La conciencia moderna protesta enérgicamente, dice Duguit, contra este poder o fuerza invencible del estado, cuando todo está diciendo que, como el individuo, él tiene, también, obligaciones que cumplir y deberes que observar.

Por otra parte: el derecho, el imperativo jurídico es sólo una creación social de naturaleza psicológica, producto de un juego de deseos y de fines materiales, intelectuales y morales. No puede afirmarse, entonces, un derecho superior que se asiente sobre una personalidad o sobre una conciencia social distinta de las conciencias individuales. El poder público es sólo un hecho, una simple correspondencia entre poderes y obligaciones, entre facultades y ciertos servicios a los cuales está obligado a atender <sup>(91)</sup>. Los servicios públicos, he aquí una expresión moderna que viene marcando la transformación aludida del estado: el poder, la fuerza del estado no tiene otro fundamento que la regla de derecho, la que impone a los que detentan la mayor fuerza a prestar una serie de servicios a la comunidad. Ya no es, entonces, un problema a resolver el de la relación que puede existir entre el poder del estado y el del individuo, pues, tanto el primero como el segundo están sometidos a la regla de derecho, expresión de la solidaridad del grupo y último fundamento de todo poder jurídico. Desaparece en consecuencia, como en el derecho privado, el derecho subjetivo, y, como aquél, queda transformado en una función, la de la gestión de los servicios públicos <sup>(92)</sup>.

(91) Les transformations de droit public, pág. 44 a 46.

(92) "On comprend bien maintenant le sens et la portée de la transformation profonde qui s'accomplit dans le droit public. Il n'est plus un ensemble de règles s'appliquant à une personne souveraine, c'est-à-dire investie du droit subjectif de commander, déterminant les rapports de cette personne avec les indi-

El estado no es, como se ha dicho, un poder que manda, una soberanía, sino una cooperación de servicios públicos, organizado y controlado por los gobernantes. Importa, pues, precisar la noción de servicio público, porque se habrá dado así la verdadera noción del estado moderno.

Los gobernantes, como los individuos, están sometidos, también, a la interdependencia del grupo; por tanto, están obligados, también, a mantenerla y asegurarla: la solidaridad obliga a los gobernantes a no hacer aquello que atente contra ella, bajo sus dos formas conocidas. No podrían así hacer nada en favor de una clase o de un solo individuo, tal que pudiera trabar en alguna manera la libre satisfacción de los deseos comunes de todos los hombres; no podrían contrariar el desenvolvimiento natural de la división del trabajo disponiendo aquello que trabe o dificulte el libre desenvolvimiento de las actividades individuales. Como los particulares, los gobernantes tienen también deberes objetivos o positivos que reposan sobre los mismos principios, están obligados así a emplear sus aptitudes propias para la realización de la solidaridad social, contando para ello con el monopolio de la fuerza. Se concluye, entonces, que la noción de servicio público, es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y desenvolvimiento de la so-

---

vidus et les collectivités se trouvant sur un territoire donné, rapports entre personnes inégales, entre un souverain et ses sujets. Le droit public moderne devient un ensemble des règles déterminant l'organisation des services publics et assurant leur fonctionnement régulier et ininterrompu. De rapport de souverain à sujets, il n'en apparaît plus. De droit subjectif de souveraineté, de puissance, pas davantage. Mais une règle fondamentale de laquelle dérivent toutes les autres, la règle qui impose aux gouvernants l'obligation d'organiser les services publics, d'en contrôler le fonctionnement, d'en éviter toute interruption.

“Le fondement du droit public, ce n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics. Le droit public est le droit objectif des services publics. De même que le droit privé cesse d'être fondé sur le droit subjectif de l'individu, sur l'autonomie de la personne même et repose maintenant sur la notion d'une fonction sociale s'imposant à chaque individu, de même le droit public n'est plus fondé sur le droit subjectif de l'Etat, sur la souveraineté, mais repose sur la notion d'une fonction sociale des gouvernants, ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des services publics.” — Les transformations de droit public, págs. 52 y 53.

lidaridad del grupo, cumplimiento que, por otra parte, sólo puede asegurarse con la intervención de la fuerza.

Esta noción de servicio público resultaría extremadamente vaga si no permitiera indicar cuáles son dichos servicios. Ella está fundada en la obligación de mantener y asegurar la interdependencia social, implicando así dos elementos: primero, la actividad necesaria para realizarla y segundo, el monopolio de la fuerza como único medio para asegurarla. Los gobernantes intervendrían, entonces, para reglamentar, para organizar, para controlar y para reprimir todos los actos contrarios a su realización, al mismo tiempo que para sancionar todos aquellos actos conformes a su fin. Simultáneamente el monopolio de la fuerza estaría limitado por aquella actividad, no teniendo valor alguno todo acto del gobernante que no se inspire en el concepto de servicio público. El servicio público, por tanto, es el fundamento y el límite del poder del estado.

Como se advierte, no se habla para nada de personalidad colectiva, de poder público, de soberanía, sino solamente de individuos en posesión de una fuerza, en un medio social dado, en una colectividad humana, fijada sobre un determinado territorio; sólo se habla de funciones que es necesario ejercer y cuyo cumplimiento está asegurado por los gobernantes porque son los únicos que pueden hacerlo, porque son ellos solamente los que tienen el monopolio de la fuerza; si allí existe una fuerza o un poder público, lo es simplemente porque allí existe un deber, una función y no un derecho <sup>(93)</sup>.

(93) "Cette notion de service public est bien vague, dira-t-on, et elle ne permet point d'indiquer quels sont les services publics. Je ne méconnais point que toutes les difficultés sont loin d'être écartées. Mais néanmoins j'estime que l'idée que j'exprime est fondamentale. Elle est tout entière dans la notion d'une obligation s'imposant aux gouvernants parce qu'ils son gouvernants. Cette idée, si l'on admet le point de départ, l'interdépendance sociale, ne saurait être contestée. Et si elle est admise, on est conduit nécessairement à cette conception du service public, c'est-à-dire à la conception d'une certaine activité telle que les gouvernants sont obligés d'intervenir, avec le monopole de la force qu'ils détiennent, pour en assurer l'accomplissement. Ils interviendront pour la régler, pour l'organiser, pour la contrôler, pour réprimer tous les actes contraires à sa réalisation, pour sanctionner tous les actes conformes à son but. En même temps, les pouvoirs des gouvernants son limités à cette activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de service public. Le service public est le

Esta palabra función, tiende a despejar dudas y cuestiones sin fin, como la de si el estado debe tener una intervención mínima o casi nula en las relaciones económicas, intelectuales o morales de un país, conforme a la célebre máxima *laissez faire, laissez passer*, o de si el estado tiene en dichas relaciones una intervención amplia conforme a los fines *culturales* que entraña su existencia. La función del estado, sin embargo, se concreta sólo a la realización de los servicios públicos, función que se agranda y se intensifica a medida que la civilización y el progreso de los pueblos aumentan (94). La noción de servicio público entraña de por sí la responsabilidad directa de los gobernantes, así también la de sus agentes, responsabilidad que emerge de sus propios actos y de acuerdo a las limitaciones y al concepto de servicio público que marca cada agrupación social. Los primeros y más importantes servicios en aparecer son los de guerra, de policía, de justicia, porque las primeras funciones a las que están obligados a cumplir los gobernantes, son asegurar la integridad del grupo contra el enemigo exterior, y asegurar la paz y tranquilidad exterior; en virtud de estos tres servicios señalados, se aseguran todas las demás funciones que determinan los intereses y necesidades generales del grupo (95).

El sistema político de Duguit es así por la simplicidad maravillosa de su lógica un sistema que conquista con facilidad opiniones, aún de las más opuestas, tanto más cuando se perciben las consoladoras conclusiones prácticas dentro del campo de la responsabilidad política, problema éste, por demás escabroso al pensamiento político contemporáneo (96). Sin embargo, como ya lo insinua-

fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'Etat se trouve achevée.

“De personnalité collective, je n'en ai trouvé nulle part; de puissance publique, de souveraineté, je n'en ai pas trouvé davantage; mais seulement des individus en possession d'une force dans un milieu social donné, dans une collectivité humaine fixée sur un certain territoire; des fonctions à exercer et dont l'accomplissement s'impose à eux parce que seuls ils peuvent, par leur plus grande force, assurer cet accomplissement. Ainsi, s'il y a une puissance publique, elle est un devoir, une fonction et non point un droit”. — Traité, tomo II, págs. 56 y 57.

(94) Traité, tomo II, págs. 132 y 133.

(95) Souveraineté et liberté, pag. 165 a 169.

(96) Sobre el particular puede consultarse un breve e interesante trabajo de Duguit, titulado: La question de la coexistence de la responsabilité de l'état et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

mos con anterioridad, esta superación en coordinaciones y deducciones, si bien presentan un vigoroso armazón intelectual, en la práctica resulta ser un espejismo encantador, que muy luego de analizar las cosas y los hechos, nos produce un gran desencanto. Se advierte, en cambio, en su noción del poder público como un hecho, en la de servicio público como fundamento y límite del mismo, en su aversión al arbitrario, en sus consideraciones acerca de la sujeción absoluta a la regla de derecho y en su negación rotunda a todo dogmatismo jurídico, se advierte, decimos, la proyección de la actual y profunda crisis de la democracia, ya como valor teórico o ya como solución práctica de gobierno, sistema que sólo ha podido vivir tanto tiempo merced a la teoría de los derechos subjetivos que en remotísimos tiempos crearon los juristas romanos, reforzándola con la doble armadura del *imperium* y del *dominium* (97). Aún antes de la gran guerra europea comenózase a sentir la crisis del parlamentarismo que Duguit ha reflejado desde la publicación de su primera obra en el año 1901, y que ha ahondado cada vez más en sus publicaciones posteriores: no ha cejado un instante en su ataque contra el jacobinismo jurídico, demostrándonos con los hechos su candidez de concepción y su ineficacia práctica. A través de esta crisis demostrada, Duguit ha esbozado las primeras líneas de un gran sistema, una nueva visión del estado y un nuevo sentido del poder público, líneas que parecen haberse agrandado y perfilado mejor, después que aquella crisis señalada ha tenido una suprema ratificación por parte de la humanidad durante los años de guerra y de exterminio. ¿Qué fué la guerra sino la resultante de un exceso de individualismo e imperialismo? ¿Qué fué, sino la conclusión de una lucha anterior entre un individuo soberano, llamado estado contra otro embargado también de individualismo y nacionalismo excluyentes con menoscabo casi absoluto del derecho de gentes que ellos mismos crearon en tren de conciliación? ¿Qué fué esta guerra sino el remate de las soberanías absolutas, del antropocentismo político que los filósofos del siglo XVIII elevaron a la dignidad de los altares? (98).

(97) Véase Ramiro de Maeztu; obra citada, págs. 273 y 274.

(98) "Estas manifestaciones del estado, especialmente aquellas en que éste se ofrece organizado como un régimen de fuerza, protector de intereses, o con tendencias agresivas y dominadoras, provocan fatalmente las reacciones históricas que

No obstante la revisión y crítica del individualismo que la guerra ha impuesto, confirmando así las ideas de solidaridad, de humanidad y de justicia social, parece, también, contradecir las conclusiones dogmáticas y absolutas de estos principios. La solidaridad, noción profundamente relativa, hecho sometido más que ninguno a la ley del cambio, noción elástica que en cuanto se trata de fijarla se la encuentra fundida en el ritmo histórico de apreciaciones y conjeturas, variando su contenido en cada instante y en cada pueblo, noción que implica la tiranía del todo sobre la parte, no puede dar base a ningún sistema político, porque la política condensa, también, ante todo y por todo, la noción de personalidad, de individualidad, no en el sentido histórico y dogmático del individualismo jacobino, sino en su sentido más profundo y filosófico, sentido que ha tenido desde que la filosofía es filosofía. Esta noción filosófica de la personalidad, la guerra no ha podido destruir por sí misma, porque negada, hemos dicho, se destruiría, también, el sentido filosófico que la libertad y la autoridad deben tener como categorías de toda política.

Es así cómo desde el punto de vista práctico, la doctrina de Duguit abre las puertas a la arbitrariedad o al despotismo, como, también, a la disolución o a la anarquía. El absolutismo de la regla de derecho, puede en la práctica ser un pretexto formidable para extender y multiplicar los servicios públicos en bien de una clase, de una minoría o de un individuo, exceso que el optimismo de Duguit ha creído salvar. La regla de derecho no asegura un límite para el legislador y los gobernantes; quien o quienes deben interpretar el contenido de la regla de derecho, pueden ser también los que se extralimiten impunemente en sus funciones ya que detentan la mayor fuerza de la comunidad. ¿Hasta qué límite se obra conforme a la regla de derecho y desde dónde comienza el reinado de la fuerza? ¿Quiénes, decimos, son los encargados de fijar tales limitaciones? Según Duguit, es la reacción misma de la masa quien legitima el empleo de la fuerza. He aquí nuevamente el punto de

---

suscitan las crisis de los estados, y, en general, del poder político. Todo estado parcial y dominador, agresivo, lleva en sí mismo el germen de su ruina, sobre todo si no cuida de reflejar en su estructura la potencialidad respectiva de las fuerzas que se producen como consecuencia de las espontáneas transformaciones de su sociedad o de las sociedades". — A. Posada. — Teoría social y jurídica del estado, págs 370 y 371.

partida: ¿quién asegura que los encargados de la fuerza, no cambien, modifiquen o desnaturalicen el verdadero sentido de la reacción social? ¿Quiénes podrán impedir que así lo hagan si ellos detentan la fuerza? ¿Será capaz la sola conciencia que todo individuo tiene de la solidaridad contrarrestar las fuerzas de un tirano o de una clase gobernante? Por otra parte, si el pueblo o la masa llega a disolver las fuerzas organizadas del estado por los medios comunes que se conocen ¿cómo ha de regirse ese pueblo si cada cual tiene con respecto a la solidaridad una manera diferente de apreciarla y sentirla? La solidaridad, como hemos dicho, es un principio vago y elástico cuya interpretación se hace de acuerdo al temperamento de los individuos, a sus conveniencias e intereses, ¿cómo es posible, en un momento dado, que la masa produzca invariablemente una reacción uniforme y constante? Y si en esta sola reacción debe fundarse un gobierno, ¿no es acaso inminente la anarquía y disolución cuando la reacción de la masa sea discontinua?

Con todos estos interrogantes, no tenemos indudablemente la pretensión de destruir una doctrina sino el de despertar la inquietud, necesaria para poder intentar un estudio crítico más serio del pensamiento político de Duguit. Sólo han de servirnos para que otros mejor informados y con más experiencia que nosotros puedan esclarecernos mejor las dificultades que nuestras escasas fuerzas vacilen en resolver. No creemos que el pensamiento íntimo de Duguit esté congraciado a la anarquía o al despotismo político, casualmente sus mayores esfuerzos han sido encaminados hacia una fórmula de orden, sólo que la realidad de los hechos han defraudado sus legítimas esperanzas: su pensamiento necesitó, también, para fundar el orden social, del estado y del poder público, pero, no bien abocado a la realidad, los hechos han negado la autoridad, como han negado la libertad, la igualdad y la justicia.

---

5. — Desde el punto de vista filosófico, vano intento sería el fundar la política en un criterio dogmático, ya sea éste fruto de una comprensión sintética de la experiencia o ya sea la condensación de una fórmula puramente racional que trate de agotar toda

la realidad. El problema político no puede tener una solución dogmática o racionalista sino simplemente una solución crítica o formal, es decir, una conclusión sobre *las condiciones universales y permanentes* con las que la conciencia práctica avalúa toda situación histórica; no puede guiarse por un criterio dogmático, porque todo dogma determina *la universalidad y necesidad de la sustancia*. El problema filosófico del estado es, pues, la aspiración a fijar las condiciones críticas, y simplemente regulativas, de cualquier sistema que los hombres elaboran a través de los tiempos.

Si suponemos que la libertad y la autoridad son principios absolutos de la vida práctica, si las suponemos agotadas en cada individuo y en cada instante, es decir, si creemos que la libertad es absoluta en cada hombre por el hecho de ser tal y que la autoridad es también absoluta por origen sobrenatural, no habrá un ideal político absoluto que oriente y avalúe los sistemas, sino un ideal plenamente realizado, una *sustancia absoluta*, un programa de vida divino, perfecto y definitivo. Pero, si decimos que la libertad y la autoridad no se realizan plenamente, que la libertad y la autoridad viven sólo en la conciencia como principios directrices de la realidad, habremos definido simplemente las *condiciones éticas* por las que toda política histórica debe definirse como tal. No interesa así a la filosofía política qué soluciones o qué apreciaciones de la libertad y autoridad puedan darse en cada sociedad y en cada época, únicamente urge o determina que todo orden jurídico sea la resultante de una apreciación armónica o coordinada entre ellas, es decir, un sistema que contemple y concilie los derechos del individuo y los derechos de la colectividad (99).

Estos dos términos fluyen eternamente en el pensamiento a través de una doble experiencia: la realidad presenta siempre a los individuos en relaciones recíprocas; la conciencia necesita, entonces, evaluar, orientar cada relación en sí misma y, también, con respecto a los demás. Por una parte, el interés particular del individuo, sus derechos, su personalidad sólo tienen sentido bajo el presupuesto ético de la libertad; por otra parte, los intereses de la

---

(99) Puede consultarse acerca de esta doctrina filosófica del estado a R. Marín del Campo, *la política del porvenir*, pág. 25 a 27; E. Martínez Paz, *La filosofía de R. Stammler*, pág. 49; Marcelino Domingo, *Libertad y autoridad*, pág. 3.

colectividad, su integridad, su bienestar sólo tienen existencia por el principio de autoridad. Libertad y autoridad, he aquí dos principios, dos formas vacías de contenidos; la primera no se condensa en los derechos inalienables e imprescriptibles del hombre, tal como los definiera el pensamiento del siglo XVIII, la segunda no se agota en el estado teológico, ni en el estado maquiavélico, ni en el democrático porque estos sistemas políticos como aquél de los derechos del hombre, fueron las distintas apreciaciones sobre la libertad y la autoridad que en cada época se forjaban los pueblos.

Estos sistemas, por otra parte, han envejecido frente a las necesidades y aspiraciones de la actualidad; pero, en sí mismos la libertad y la autoridad no han variado, son principios de estructura metafísica, de estructura crítica o formal; sólo dan las bases eternas de toda política, de todo orden jurídico. Su naturaleza crítica se comprueba a través del proceso mismo de la historia política: cada vez que ellos han hecho crisis, el régimen de orden fué suplantado por un régimen de anarquía o tiranía. Donde la libertad reinó sin límites, sin el control de la autoridad, la disolución social fué su consecuencia lógica. Cuando la autoridad anuló por completo la individualidad, sus derechos y libertades, el régimen de la fuerza fué la amarga realidad. Tales han sido, por ejemplo, el significado histórico de nuestra anarquía y tiranía nacionales, tal el despotismo de una clase que aún soporta Rusia, y tales las dictaduras que rigen a Italia y España. Estas amargas experiencias han registrado así unas veces la crisis del individuo, de la libertad, otras veces, la crisis de la ley, de la actividad.

Analizando el pensamiento político de Duguit en él no se halla una afirmación de la libertad y de la autoridad de carácter dogmático, ni siquiera como condiciones permanentes de toda política, según acabamos de indicar. Como todo pensamiento de dirección positiva, niega las ideas tanto desde un punto de vista dogmático como crítico. Duguit, pues, no consagra *teóricamente* una fórmula anárquica o un sistema despótico del estado, puesto que estas aberraciones son el fruto de un sistema que hace predominar la libertad sobre la autoridad, o ésta sobre la primera, sino que su negación absoluta a ambos principios crea una verdadera utopía que en la práctica puede resolverse muy bien en una tiranía o en una dictadura. Desde el punto de vista teórico, el pensamiento de

Duguit condena ambas situaciones políticas, pero no es menos cierto que la práctica puede dar frutos jamás sospechados.

Hemos dicho que en la realidad se desenvuelven dos fuerzas: la individual y la colectiva, y que toda solución debe tender a armonizarlas y coordinarlas. Pero si se esquivo esta solución para negarlas simplemente frente a la afirmación de un derecho objetivo, independiente del individuo y del estado, es de suponer que aquellas dos actividades, aquellas dos fuerzas reales y axiomáticas están forzadas a encontrar la solución en ese derecho objetivo. Pero, como éste les niega teóricamente sus verdaderas condiciones de existencia, es decir niega la libertad al individuo y la autoridad al estado, se deduce que prácticamente la regla de derecho no pudiendo anular ambas fuerzas, a pesar de aquella negación, las deja libres y sin control: permite prácticamente la tiranía porque niega la autoridad y da lugar al despotismo porque niega la libertad <sup>(100)</sup>.

Hemos visto en capítulos anteriores que Duguit da como criterio de distinción, por ejemplo, entre una norma moral y jurídica la manera diferente con que el grupo reacciona frente a la violación de una y otra norma. La violación de la regla moral y la violación de la jurídica provocan de parte de la masa reacciones diferentes o específicas. Siendo la regla de derecho la expresión de la solidaridad, provoca así el máximo de reacción con una intensidad y amplitud que sólo la amenaza de la propia existencia pue-

(100) Interesante es la siguiente consideración acerca del estado político de España en el siglo XVI: "Universalidad e individualidad son dos extremos polares en la historia, de igual suerte que lo son autoridad y libertad, tradición y progreso; mas no es en la exclusividad de uno de esos términos donde es posible hallar seguridad para el hoy, y garantías para el desenvolvimiento orgánico de la conciencia histórica, sino en la integración de ambos; no es tampoco en la unilateral dación de todos los derechos al espíritu y la negación de los que le son de esencia a la razón individual donde puede hallarse una posible unificación de lo que en el XVI quedó escindido. En su afán polémico, Spengler coloca como adversarios irreductibles en el orden político a Prusia e Inglaterra por atribuir a cada una de ellas una posición sustancialmente antagónica: Estatista, universalista, autoritaria, socialista —añade Spengler, considerando que se equivalen en el alma prusiana estos conceptos— la de Prusia; liberal, individualista, la de Inglaterra; para Spengler la posición fecunda culturalmente es la de Prusia. Ahora bien, esa fué en cuanto Estado la actitud de España el siglo XVI ante la Reforma: a la individualidad de la razón opuso la autoridad del espíritu universal objetivado en la Religión, no en el Estado, como hace Spengler, sirviéndose como órgano del Estado-Iglesia; pero persistir en esta posición de cultivar los contrarios, es perdurar en la actitud de guerra que en el XVI estalla". — Fernando de los Ríos. — Religión y estado en la España del siglo XVI, pág. 72 a 74.

de producir. Este máximum de reacción se organiza y se sanciona por los que detentan la mayor fuerza. Ahora bien: la reacción de la masa, cualquiera sea el motivo que la produce, siempre en el fondo es un *sentimiento*, o según la expresión de Max Scheler, un *resentimiento* cuya contextura psíquica no es sino la del odio y la venganza <sup>(101)</sup>. Pero, fundar el derecho sólo en el sentimiento, significaría extirpar de raíz todo elemento lógico o racional y, por tanto, las ideas de libertad y autoridad. Casualmente, la anarquía se produce por un exceso de ese sentimiento, siendo ésta la forma de reaccionar de un grupo determinado por condiciones y circunstancias anormales de la vida social. Se podrá decir, sin embargo, que la reacción de la masa implica en sí misma la uniformidad de formas y motivos, y que la anarquía es precisamente la quiebra del sentimiento o de la unidad colectiva: ¿cómo podrían reaccionar los hombres frente a una determinada violación cuando los miembros que la componen no se sienten ligados por fines y sentimientos comunes, sino que cada cual es soberano y dueño de sí mismo?

Nuestra modesta réplica a Duguit, parte, sin embargo, de la distinción que debemos hacer entre *nación* y *estado*: la anarquía es la negación del estado, la negación del orden jurídico, la negación de la ley y de la autoridad, la negación, en una palabra, de la coordinación ideal. La anarquía, en cambio, no niega las analogías o las condiciones naturales del grupo; el caos jurídico no implica necesariamente el caos nacional, la disociación de los elementos naturales, del idioma, de la religión, de la tradición y de ciertas costumbres; la anarquía es solamente la negación de las ideas sobre las que se asienta todo orden jurídico. Desde este punto de vista de las condiciones naturales de un pueblo, la reacción es siempre uniforme y, cuando ella es discontinua, los pueblos se fragmentan y se dispersan; pero, desde el punto de vista jurídico, que para nosotros constituye el *ideal jurídico*, la reacción no es uniforme porque los motivos ideales o éticos no son los mismos. Esta disociación ideal se produce por un exceso de sentimiento, y quien sabe si cuando los individuos están más sólidamente ligados por el sentimiento es cuando menos lo están por las ideas. Nuestra anarquía ¿qué fué sino la falta de concentración de ideales a través de una fuerte y

(101) Max Scheler. — El resentimiento en la moral, pág. 17 a 27.

bien cimentada nacionalidad? “La nacionalidad argentina se debe en gran parte — Dice L. V. Varela — al esfuerzo de los caudillos, que en ningún momento intentaron disolver la Nación”. (102)

No se puede, pues, fundar el orden jurídico, la regla de derecho en el sólo sentimiento, porque casualmente su exceso, su superabundancia resta ideas, hace más difícil el orden jurídico y, por tanto, engendra la anarquía. Duguit al negar en la política el elemento lógico, creemos, habría llegado a percibir su propia contradicción, y para salvarla nos habló del *sentimiento de justicia* que en el fondo contiene en realidad una economía ideológica.

Por otra parte, fundar el orden jurídico en el sentimiento o en la reacción del grupo es partir de una base de por sí extremadamente frágil, cuando no equívoca (103). Toda reacción colectiva tiene originariamente un proceso individual. Desde el punto de vista histórico, el individuo primitivo es de suponer que vivía más o menos aislado y que reaccionaba frente a aquél que invadía su vivienda o robaba su mujer. Esta reacción fué colectiva o simultánea entre varios individuos a medida que el hombre formaba grupos con otros, y la reacción se produjo entonces en nombre de la tranquilidad e interés de la colectividad. Desde el punto de vista psicológico, la reacción colectiva no encierra más realidad que reacciones individuales, si bien dentro de un proceso que las uniforma y las regula. Si en origen es el individuo quien reacciona, el proceso total de la reacción colectiva no podrá separarse ni abandonar jamás la verdadera fuente de su existencia. Los individuos son los que existen, los que sienten, los que piensan; las impresiones que por el contagio y la sugestión recibo por influjo de los demás, llevarán así el vicio o la virtud originaria: a las modalidades que unos individuos agregan o restan al sentimiento colectivo se añade a su vez las impresiones o modalidades que otros restarán o agregarán después, y así sucesivamente; y ¿quién sino la razón es

(102) Citado por Juan A. González Calderón. — Derecho Constitucional Argentino, tomo I, pág. 82.

(103) “El mismo Duguit — dice P. Cuche — afirma que la solidaridad no es una noción, sino un sentimiento, que para la mayor parte de los hombres no es sino una noción oscura y casi inconsciente. Luego, entonces, una noción más o menos vaga por un lado, una percepción oscura por otro, es el criterio sobre el cual el positivismo elabora el derecho positivo”. — Conférences de philosophie du droit, págs. 71 y 72.



la encargada de corregir y orientar la reacción colectiva en cuanto ésta se dirige hacia la formación del orden jurídico? Si los hombres, por meras circunstancias económicas y sociales, pretendiesen nuevamente la entronización de la esclavitud social, como un orden jurídico necesario, ¿podría acaso la razón justificar este orden jurídico? ¿Podríamos, alguna vez, cualesquiera sean las circunstancias, afirmar que la esclavitud social constituye una política justa? Si la regla de derecho es la expresión de la solidaridad, puede la solidaridad requerir en determinadas ocasiones y circunstancias la sanción de la esclavitud, pues la solidaridad se aprecia, casualmente, según los intereses y las necesidades de cada época.

Si la solidaridad puede llegar así a justificar la esclavitud ¿por qué no ha de poder justificar la anarquía cuando otras circunstancias históricas requieran la disolución de la fuerza y de la autoridad, en los casos en que esta fuerza y autoridad sean un agravio para los sentimientos del grupo?

Como a la anarquía, el sistema político de Duguit abre también las puertas a la autoridad absoluta, a la tiranía <sup>(104)</sup>. En efecto: el dictador surge cínicamente en nombre de la solidaridad del grupo, con el formidable pretexto de que el pueblo ha abusado de sus libertades y olvidado los límites de la coexistencia; la dictadura es el predominio de la autoridad para salvar, se dice, el exceso de libertad, es la fuerza de un solo hombre para poder contrarrestar las fuerzas disolventes de la masa. En nombre, pues, de la solidaridad se quiere justificar lo arbitrario, en nombre de ella se crean privilegios y se otorgan títulos con desconocimiento absoluto de la personalidad; en nombre de la solidaridad se crea la ley egoísta para favorecer ciertas situaciones y ciertas ambiciones personales, anulándose el verdadero instrumento de la justicia, destruyéndose la manifestación misma del derecho. ¿Qué es, pues, esta solidaridad que todos invocan y nombran sino un sentimiento variable y múltiple, criterio que cada cual maneja según sus gustos y temperamento, qué es sino un argumento más de la sofística del soberano con el que pretende justificar en cada instante sus ataques a la personalidad, qué es sino la suprema razón del pueblo para armar la revolución y producir tantos mártires? ¿Quién se resiste

(104) Véase A. Esmein. — *Eléments de Droit Constitutionnel Français et comparé*, tomo I, pág. 52.

frente a aquél que nos habla de salvar la solidaridad, los intereses y el bienestar de la colectividad, en cuyo nombre le otorgamos todo el poder y el máximo de facultades? Si la ley y el parlamento se derrumban por un simple decreto de un hombre ¿qué será el *servicio público* sino la simulación de un poder arbitrario, de un derecho subjetivo sin límites? Tal es la actual situación política de Rusia: el despotismo de la aristocracia ha sido reemplazado en nombre de todo lo que es solidaridad, por un despotismo más sanguinario y feroz, ¡el despotismo ejercido por los que ayer fueron esclavos y siervos! Esta nueva tiranía en Rusia fué erigida en nombre de la solidaridad, en nombre de la propiedad común; y así es cómo en Rusia se detenta la mayor fuerza, no para distribuir y organizar los servicios públicos, sino para crear y distribuir nuevos privilegios, nuevos derechos subjetivos, sólo para la clase que hasta hace poco fuera esclava del Zar <sup>(105)</sup>.

Creemos sinceramente que la doctrina política de Duguit ha tenido en Rusia su primera aplicación, precisamente por su negación, a la libertad y al derecho subjetivo privado. La solidaridad ha servido para disolver allí los derechos del individuo como mañana, por otros medios y por otras circunstancias, pudiera servir para destruir la autoridad. Si Duguit nos niega todo derecho subjetivo, el del individuo como el del estado, anula así los elementos espirituales esenciales a la política, quedando el hecho de la solidaridad como un arma de doble filo que, según las circunstancias y oportunidades que se presenten, ha de servir para la defensa de distintos soberanos, para que el pueblo pueda justificar su tiranía y el gobierno su dictadura.

ALFREDO FRAGUEIRO.

---

(105) Stouthcka se defiende contra los que sostienen la adaptación de las teorías de Duguit al derecho soviético, pero con resultado negativo; pues, creemos, que además de reafirmar nuestra tesis sobre la subjetividad de la *regla de derecho* y de las normas constructivas o técnicas, afirma del derecho soviético, algo que a nuestro entender es imposible: da a la ley sólo un valor *instrumental*, despojándola de todo valor subjetivo o burgués del cual Duguit no ha podido sustraerse: "refuta a Duguit su teoría "burguesa" y sustituye a la construcción del sabio francés la construcción soviética siguiente: el derecho objetivo es "el interés de clase" y "las normas o reglas que sirven para sostener y salvaguardar este sistema" son sólo "elementos subjetivos del derecho". En la concepción jurídica soviética, la ley tiene un carácter "instrumental" y es en esto que ella se diferencia del "fetichismo" burgués hacia la ley. Tal era la concepción de Lenín sobre la esencia de la ley". Citado por B. Mirkine-Guetzevitch. — La théorie générale de l'état soviétique, pág. 78.