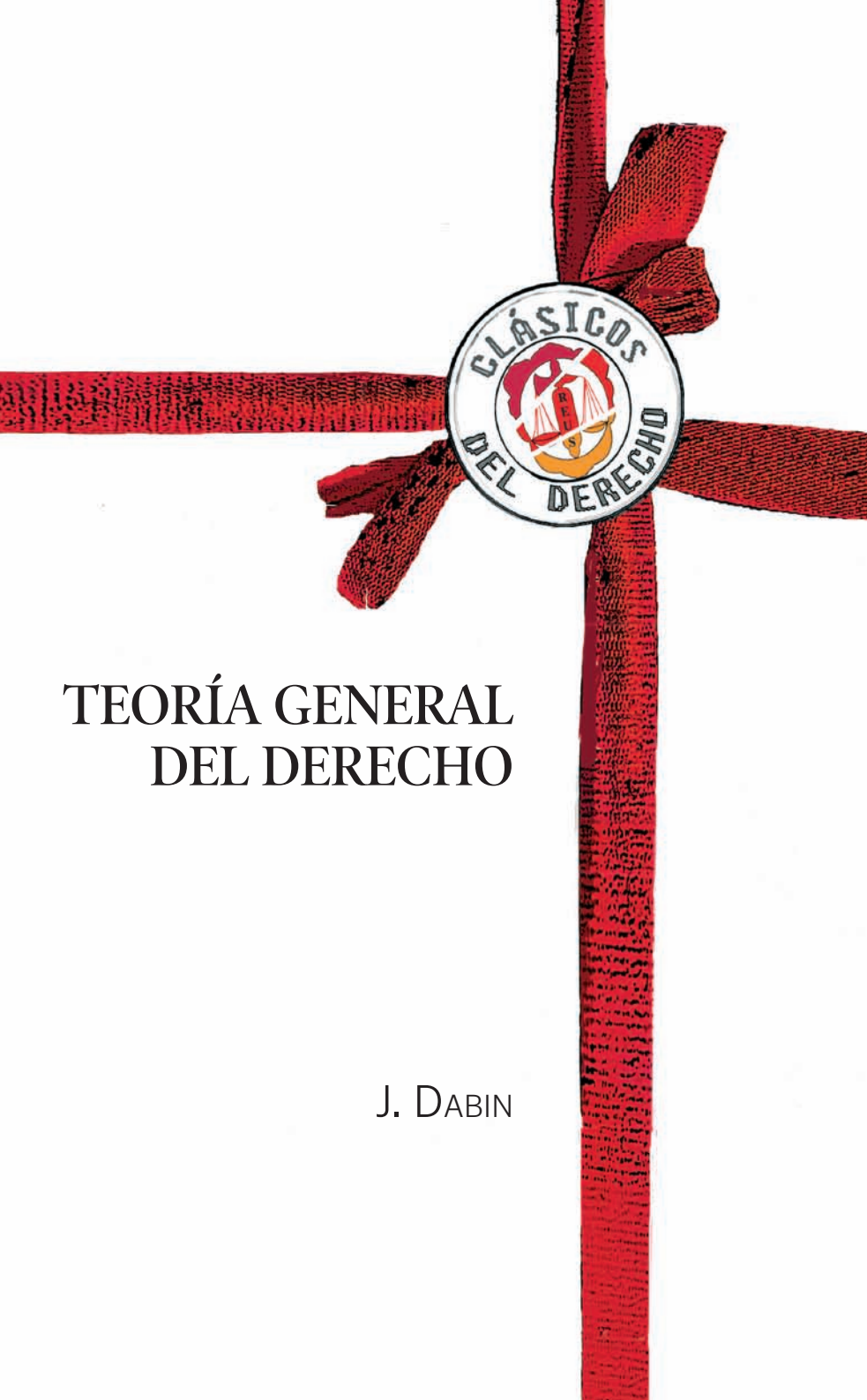

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

J. DABIN

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

Filosofía del Derecho, *Gustav Radbruch* (2007).

Tratado de filosofía del Derecho, *Rudolf Stammler* (2007).

Teoría General del delito, *Francesco Carnelutti* (2007).

La autonomía en la integración política. La autonomía en el estado moderno. El Estatuto de Cataluña. Textos parlamentarios y legales, *Eduardo L. Llorens* (2008).

El alma de la toga, *Ángel Ossorio y Gallardo* (2008).

La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado, *Karl Larenz* (2008).

Historia de las doctrinas políticas, *Gaetano Mosca* (2008).

El Estado en la teoría y en la práctica, *Harold J. Laski* (2008).

Derecho constitucional internacional, *B. Mirkine-Guetzévitch* (2008).

La situación presente de la Filosofía del Derecho, *José Medina Echavarría* (2008).

El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, *Hans Kelsen* (2009).

La ética protestante y el espíritu del capitalismo, *Max Weber* (2009).

De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada, *Pascuale Fiore* (2009).

Cartas a una señora sobre temas de Derecho político, *Ángel Ossorio* (2009).

Elogio de los Jueces escrito por un Abogado, *Piero Calamandrei* (2009).

Teoría general del derecho, *J. Dabin* (2009).

Enciclopedia jurídica, *Rodolfo Merkel* (2009).

Breviario de un hombre de estado. Instrucciones a un embajador y algunas obras inéditas hasta el día, *Nicolás Maquiavelo* (2010).

Cartas a una muchacha sobre temas de Derecho civil, *Ángel Ossorio* (2010).

COLECCIÓN CLÁSICOS DEL DERECHO

Directores:
JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES
GABRIEL GUILLÉN KALLE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

J. DABIN

TRADUCCIÓN DE
JAVIER OSSET

Revista de
Derecho Privado

Esta obra ha sido publicada con una subvención de la Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas del Ministerio de Cultura para su préstamo público en Bibliotecas Públicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Editorial Reus, S. A., para la presente edición
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno.:(34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
http://www.editorialreus.es

Es propiedad
Copyright by Editorial Revista de Derecho Privado

ISBN: 978-84-290-1579-9
Depósito Legal: Z. 4543-09
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

AL LECTOR

En este libro encontrará el lector la sustancia de las ideas desarrolladas en mis dos obras precedentes: La philosophie de l'ordre juridique positif, *París, Sirey, 1929, y* La technique de l'elaboration du droit positif, *Bruselas-París, Bruylant et Sirey, 1935. Sin embargo, en muchos puntos importantes la doctrina bien ha sido precisada, bien completada.*

Ha parecido imposible, en especial, trazar una distinción suficiente entre el Derecho y las otras reglas de conducta humana sin subrayar el lazo esencial que une las dos nociones de derecho y *de* sociedad: *el derecho es una* regla social. *Esto no quiere decir que no podría haber derecho fuera del Estado, y* a fortiori *fuera de la ley. El Estado, en el sentido de sociedad civil, no es la única sociedad. Pero en la esfera temporal es la sociedad suprema, y su regla es la regla suprema. Tampoco quiere decir esto que se niegue el concepto de un derecho internacional; pero debe pensarse que no habrá un derecho internacional, en el verdadero y pleno significado de la palabra «derecho», en tanto que no exista una sociedad internacional, más o menos universal, orgánicamente constituida.*

Por otra parte, se ha querido examinar con más detenimiento —a fin de eliminar equívocos que renacen sin cesar— las relaciones entre la noción de de-

recho y las nociones de derecho natural y *de justicia. Demasiado a menudo se confunden los planos y los puntos de vista. Y se comete un error al colocar el orden jurídico positivo, o la ley civil (como se designa aquí el derecho) como prolongación directa y exclusiva del derecho natural* y *de la justicia.*

En fin, como lo atestiguan las notas a pie de página, se ha procedido a un despojo sistemático de la Summa Theologica *de Santo Tomás, con el objeto de señalar las convergencias, y eventualmente las divergencias, que aparecen entre la doctrina de la ley civil formulada por el gran filósofo y teólogo de la Edad Media y la que puede proponer un jurista técnico del derecho moderno. La teoría que aquí se expone se limita a un estudio del sistema general del derecho, con exclusión del problema de las fuentes formales y del método de interpretación. Por esta razón constituye su Primera Parte, la principal, un curso de Enciclopedia del derecho. El fin primero de este curso introductivo al derecho es, en efecto, definir el sentido* y *la función de la disciplina jurídica en su conjunto* y *en sus diversas ramas. ¿Es preciso añadir que la teoría del derecho no sólo es útil a quienes frecuentan las aulas, sino también a todos aquellos que de un modo u otro ejercen el derecho? Porque la teoría del derecho no es otra cosa que el estudio razonado de ese ejercicio.*

Lovaina, 15 de marzo de 1943

ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Esta segunda edición aparece con igual título, las mismas divisiones y la misma numeración de los parágrafos que tenía la primera edición de esta obra[1].

No obstante, no se *trata de una simple reimpresión. Si no se han modificado el plan, el método* y *las líneas esenciales del sistema ha sido porque después de haber reflexionado* y *leído mucho, se ha creído que debía perseverar en la concepción inicial, experimentada ya previamente durante largos años de investigación. Sin embargo, el texto ha sido rehecho, corregido* y *aclarado en numerosos puntos; y las notas dan referencias sobre los trabajos más recientes* y *señalan la atención al «diálogo» con el pensamiento ajeno, antiguo o moderno.*

Lovaina, 10 de enero de 1953

---

(1) Ha sido traducida por K. Wilk, con una Introducción del profesor Edwin W. Patterson, de la Columbia University, en *The Legal Philosophies of Lask, Radbruck and Dabin*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1950, vol. IV de la «20th. Century Legal Philosophy Series», editada por la *Association of American Law Schools*.

PRIMERA PARTE

NOCIÓN DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN

1. «Noción del derecho»: indiscutiblemente la expresión es ambigua. Se habría podido decir: derecho positivo. Pero este método no sería correcto. Por una parte, cualquiera que sea el significado que se dé al término «positivo», importa definir previamente el «derecho», tanto más cuanto que la palabra «positivo» sirve para calificar otros fenómenos o realidades que no son el derecho: ¿No se habla acaso de «religión positiva», de «moral positiva»?[2]. Por otra parte, hablar de «derecho positivo» es plantear la cuestión del «derecho natural», ya que, tradicionalmente, el derecho llamado «positivo» se contrapone al derecho denominado «natural»[3]. Ahora bien, antes de pronunciarse sobre la

---

(2) Sobre la expresión «positivo», aplicada al derecho y a la religión. Véanse las indicaciones y referencias dadas por L. Husson: *Les transformations de la responsabilité*. Estudio sobre el pensamiento jurídico. —París, 1947, pp. 68 a 71, en especial la nota 1 en p. 68.

(3) Conviene destacar, sin embargo (y este es un nuevo motivo para desechar por el momento la expresión), que el término «derecho positivo» es entendido hoy frecuentemente en el sentido de derecho *vigente,* efectivo, y, por tanto, real, en oposición a un derecho ideal, simplemente pensado (Así, por ejemplo, F. Gény: *Science et technique en droit privé positif,* T. I., París, 1914, núm. 17, pp. 52-54. —Compárese G. del Vecchio: *Philosophie du droit,* trad. del it. por D'Aynac, París, 1953, pp. 302-303). —Yendo más lejos, algunos autores lo entienden incluso como derecho eficaz, es decir, no sólo promulgado, sino efectivamente aplicado (Así, por ej: R. Capitant: *L'illicité,* T. I, *L'impératif juridique;* París, 1928,

existencia de un «derecho natural», es decir, no positivo[4], conviene saber lo que es el derecho, o lo que se entiende por tal. Siempre surge el mismo problema inicial: natural o positivo, ¿cuál es el sentido del sustantivo «derecho»? Por eso, y no obstante su carácter neutro, en razón misma de esa neutralidad, se mantiene la fórmula de «noción del derecho», dejando a salvo explorar de modo progresivo la idea que en ella se encierra.

2. Una segunda dificultad —más grave que esa de la titulación— se levanta desde el primer momento del análisis: ¿cuál será nuestro punto de partida? Porque la palabra «derecho» se emplea en muchos sentidos que no carecen de relación entre sí, pero que se distinguen unos de otros y corresponden a realidades diferentes. Y es preciso elegir entre esos diversos sentidos aunque sólo sea para determinar el sentido con que se emplea y evitar toda incomprensión en esto. Pero esa misma determinación no carece de riesgos: con el pretexto de definir la palabra se abordan y zanjan problemas relativos a la cosa significada con ella. Por ejemplo, la mayoría de los autores parten de la idea de la justicia para definir el derecho. Pero, una de dos: o bien se toma la justicia como sinónima del derecho, y entonces la ex-

---

pp. 114 y «El derecho positivo es el derecho obedecido generalmente», p. 115. —Para su refutación, véase más adelante el núm. 23 de esta obra). Y para otros autores, el derecho positivo es aquel que de un modo otro resulta *de los hechos*. Pero con esta concepción nos alejamos deliberadamente de lo acostumbrado, y la positividad del derecho sirve para enmascarar una concepción *positivista* del derecho, encaminada a una cien esa puramente positiva. —Sobre todos esos equívocos, ver Husson: *ob. cit.,* pp. 71-74.

(4) Sobre la cuestión del derecho natural, véase más adelante, números 200 y ss. de esta obra.

plicación no ha dado ni un paso adelante, pues queda por definir la justicia, o bien se toma la justicia (que siempre habrá de ser definida) como sinónima del *contenido* del derecho, y entonces se prejuzga la solución de un problema que no debería ser debatido más que después de definir el derecho en sentido formal.[5]

3. El único método al abrigo de la crítica es el que comienza por colocar en el punto de partida la idea de disciplina, de norma, de regla de conducta. Cualquiera que sea el concepto que se tenga de la idea de regla —simple representación mental[6] o realidad objetiva, de naturaleza fenoménica, o no— es indudable que el derecho se presenta como una cierta regla de conducta que impone una acción, una omisión o una actitud *(Rechtsordnung)*[7].

---

(5) Sobre la diversidad de puntos de vista en la definición del derecho y la cuestión del método, véase Cl. Du Pasquier: *Introduction à la théorie général et à la philosophie du droit,* 3.ª ed. *Neuchâtel,* 1948, núms. 305 y siguientes, 253 y 340. — Véase: E. M. Meijers: *Algemene leer van het Burgerlijk Recht,* T. I; *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht,* Leiden, 1948, pp. 7-8. — J. Haesaert: *Théorie général du droit,* Bruselas, 1948, pp. 69-111. — G. del Vecchio: *ob. cit.,* pp. 245-56. G. Radbruch *Rechtsphilosophie,* 4.ª ed. por E. Wolf., Stuttgart, 1950. § 4, pp. 127-30.

(6) Véase por ej., H. Rolin: *Prolégoménes à la science du droit. Esquisse d'une sociologie juridique*. París-Bruselas, 1911, pp. 2 y 73. — Compárese A. Stoop: *Analyse de la notion du droit,* Haarlem, 1927, pp. 80, 184 y ss. que habla de contenido de conciencia e incluso de subconciencia. Haesaert: *ob. cit.,* pp. 407-10.

(7) Este es el punto de partida admitido generalmente, al menos entre los juristas. V., por ej., Gúny: *ob. cit.,* T. I, núms. 13 a 16. —Meijers: *ob. cit.*,7 y 20.—P. Roubier: *Théorie général du droit,* 2.ª ed. París, 1951, num.1. —Julliot de la Morandiere, P. Esmein, H. Levy-Bruhl, y G. Scelle: *Introduction à l'étude du droit,* París, 1951, pp. 1, 4, 7 a 9, 110, 254. —H. Coing: *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* Berlín, 1950, p. 16. —Comp. G. Burdeau: *Traité de science politique*. T. I. París, 1949, números 68-71, 144-46, que, distinguiendo entre «idea de derecho» y «re-

Tal es la indicación que sugiere la etimología de la palabra «derecho». Esa palabra, derivada del bajo latín *directum,* y que se encuentra bajo una forma idéntica en muchas lenguas indoeuropeas *(diritto, derecho, recht, right)*[8], evoca simplemente la idea de rectitud. Es derecho lo que es correcto, es decir, conforme, adecuado, ajustado a la regla: en el orden físico y matemático en primer lugar (línea recta, ángulo recto, camino recto); en el orden moral y psicológico después (acción recta, carácter recto, intención recta), sin que, por lo demás, la rectitud evocada deba limitarse a la sola rectitud de la justicia, en el sentido estricto de respeto al derecho ajeno[9].

La misma raíz alumbra en el latín *regere* (gobernar), *rex* (rey), *regnuni* (reino), *regula* (regla) —sin restricción alguna a sólo la justicia del contenido de la *regula*— con el matiz especial de un mandamiento impuesto por un poder superior: la regla no sólo es obli-

---

gla de derecho», considera, no obstante, la idea de derecho como inseparable de una «disciplina» (núm. 124), de una «dirección de actividad» (núm. 135) —De igual modo, cuando Haesaert *(ob. cit.,* pág. 195) define lo jurídico «como una organización de las synergias humanas (= fondo de lo jurídico) según una actitud mental de las partes (= forma de lo jurídico) que le prestan carácter incondicionalmente obligatorio, confirmado por la social interesada», es claro que la organización de las synergias sugiere la idea de regla (y no sólo la de comportamiento), tanto más que según el autor el comportamiento o la actitud mental jurídica se aplica al sistema social (pág. 151), es decir, a la norma, y que, en definitiva, lo jurídico encuentra su realización en la norma (Lib. III, pp. 395 y ss.).

(8) En inglés, *right* designa el derecho subjetivo, *law* el derecho objetivo, tanto si se trata de derecho legal *(statute law}* como de derecho consuetudinario o jurisprudencial *(common law).* Pero poco importa aquí.

(9) De igual modo, lo que no está conforme a la regla (lo no derecho) es lo *torcido,* vocablo conservado en inglés *(tort)* para designar el acto injusto, el delito.

gatoria por ser regla, sino que procede del exterior, de arriba, de una autoridad[10]. La palabra *ius,* que designa el derecho en la lengua romana clásica, es menos reveladora, porque su origen es más discutido. Pero tanto si se hace derivar, con algunos, de la idea de voluntad o de poderío divino (radical *yos, yaus, juos, jous,* que significan *santo, puro,* como en *jurare),* como con otros, de la idea de lazo (radical *yn, yug, yung,* como en *iugun, iungere)*[11], ambas nociones están muy próximas a la idea de regla: la «voluntad divina», igual que el «lazo», ¿no implican acaso el concepto de norma de conducta obligatoria?[12]. Añadamos que en la hipótesis de que los términos *iustus y iustitia* derivaran efectivamente de *ius,* las ideas de «justo» y de «justicia» también se relacionan indirectamente con la idea de regla (por intermedio de las ideas de voluntad divina o de lazo), mientras que esa relación es patente en el vocablo alemán de la justicia: *Gerechtigkeit,* derivado inmediato de la idea de derecho-regla *(Recht).*

4. Al definir el derecho por la idea de regla dicho se está que se le entiende —siguiendo una terminología bastante discutible pero que se ha hecho clásica— en el sentido de *derecho objetivo* y no en el de *dere-*

---

(10) El griego Λίχη que designa la justicia, también deriva de la idea de regla: del radical Dik, Dic, que expresa *dictamen*.

(11) Ver sobre estas discusiones, F. Senn: *De la justice et du droit*. París, 1927, pág. 25, not. 1.—Van Hove: *Conmentarium Lovaniensis in Codicem iuris canonicé,* vol. 1, tom. 1.º, *Prolegomena*. Malinas-Roma. 1928, número 1, pp. 3 y 4.

(12) Aparte estas consideraciones filológicas, se notará que, a menudo, entre los filósofos antiguos la palabra *ius* está tomada como equivalente a *lex:* así en las expresiones *ius naturale (= lex naturalis); ius positivum (= lex humanitatus posita); ius humanum (= lex humana)*. Véase, por ejemplo, Sto. Tomás: *Summa Teologica* I.ª, II.ª, q. 95, art. 2 y 4. —También en núm. 202 de esta obra.

ÍNDICE

Al lector 5
Advertencia a la segunda edición 7

PRIMERA PARTE
NOCIÓN DEL DERECHO

Introducción 11
1. Justificación de la intitulación 11
2. Elección del punto de partida 12
3. Adopción de la idea de regla: consideraciones filosóficas 13
4. Se trata del derecho en sentido objetivo o normativo y no en sentido subjetivo 15
5. Según lo acostumbrado, la regla denominada «derecho» se refiere a las relaciones de los hombres entre sí 17
6. Definición de la regla de derecho..... 19
7. Plan de esta primera parte..... 19

CAPÍTULO I. Definición formal de la regla de derecho

§ 1. *El derecho, regla de la sociedad civil*

8. El derecho implica vida societaria 21
9. Por qué la regla societaria requiere el derecho .. 22
10. Las diversas especies de sociedades..... 24
11. Cada especie de sociedad tiene su sistema de derecho 26

12. Lugar aparte, eminente, del derecho de la sociedad civil 28
13. El derecho de la sociedad civil continúa siendo derecho societario 29
14. Las otras reglas de la vida social (moral, costumbres) no son societarias 31
15. El derecho consuetudinario tiene carácter societario 33

§ 2. *El poder, fuente de la regla de derecho*

16. Sólo el poder está facultado para establecer la regla de derecho 36
17. Los tribunales, creadores de jurisprudencia, son el poder 39
18. La costumbre tiene necesidad de ser reconocida por el poder 41
19. Diversidad y jerarquía de las reglas según el órgano creador 44
20. Las reglas establecidas por la voluntad privada no constituyen derecho 46
21. Transformación de la ley privada en derecho del Estado 48

§ 3. *El derecho* y *la coacción pública*

22. El derecho en su ejecución está garantizado por el Estado 50
23. El derecho no obedecido no pierde su valor de derecho 51
24. Caso de derogación de la ley por costumbre contraria 52
25. Caso especial del desuso 54
26. El derecho es obedecido en general 55
27. Sanción y coacción 56
28. Pena y coacción 58
29. Variedad de forma de la coacción 59
30. Caracteres específicos de la coacción jurídica 60

31. Casos especiales de las reglas jurídicas sin coacción 62
32. Insuficiencia de la fórmula «tendencia a la coacción» 63
33. La coacción jurídica monopolio del Estado 65
34. Casos especiales de coacción privada 66
35. El poder disciplinario de los grupos privados 67

§ 4. *Las objeciones contra esta definición*

36. Caso de las reglas de derecho público por las que son constituidos el Estado y la autoridad 68
37. Caso de las reglas de derecho público que regulan la actividad de los titulares de la autoridad .. 70
38. Caso del derecho internacional público: la falta de coacción... 72
39. La ausencia de sociedad pública internacional .. 73
40. La costumbre internacional pertenece a la categoría del derecho 75

CAPÍTULO II. CARACTERES DE LA REGLA JURÍDICA

41. Plan de este capítulo 79

§ 1. *El derecho, regla de conducta preceptiva y categórica*

42. Los dos elementos constitutivos de toda regla: hipótesis y solución 79
43. La solución jurídica es norma..... 81
44. Crítica de la opinión contraria (Zitelmann) 82
45. La regla jurídica siempre es norma de conducta 84
46. Crítica de las opiniones contrarias (Jèze, Burckhardt, R. Capitant) 85
47. La regla de derecho impone un precepto, no es un consejo 86
48. Las reglas dispositivas, las reglas permisivas cubren un precepto 89
49. Caso de las leyes supletorias 91
50. Caso de las «directivas» o «standards» 92

51. El carácter imperativo del derecho no excluye toda facultad de renuncia 93
52. El imperativo del derecho es categórico, no condicional o técnico..... 94
53. La sanción no transforma lo categórico en hipotético 98
54. El imperativo sigue siendo categórico también en el caso de «legislación-riesgo» 99
55. El imperativo categórico del derecho liga en el fuero externo y en el interno 101

§ 2. *El derecho, regla general*

56. Exposición de la tesis de los partidarios de la regla de derecho individual 105
57. Crítica de esta tesis 108
58. La objeción del contrato con fuerza de ley 110

§ 3. *El derecho, regla sistemática: las instituciones jurídicas*

59. Institución-regla e institución-Estado 111
60. Definición de la institución jurídica 112
61. Jerarquización de las reglas agrupadas en la institución 114
62. Reagrupación de las instituciones en síntesis superiores 116
63. Las instituciones jurídicas y la lógica 117

CAPÍTULO III. MATERIA REGIDA POR EL DERECHO

64. Perspectiva general 121

§ 1. *Exclusión de los actos interiores: los deberes para con Dios* y *para consigo mismo*

65. Los actos interiores están sometidos a la moral 122
66. No están sometidos al derecho, disciplina social 123
67. Aplicaciones de esta idea, salvo la «función pedagógica» de la ley 125

68. En qué sentido se interesa el derecho por las intenciones 127
69. De la prudencia requerida en la investigación de la intención 128
70. Las relaciones del hombre con Dios escapan de suyo a la competencia del derecho 130
71. ...salvo las incidencias ¿e lo espiritual sobre lo temporal 131
72. El derecho tampoco conoce sobre los deberes del hombre para consigo mismo 133
73. ...salvo el principio de la incidencia *ad alterum* 134

§ 2. *Las relaciones sociales* y *la noción de relación de derecho*

74. Recuerdo del carácter societario-estatal de la regla de derecho 136
75. Competencia universal de la regla de derecho en el campo de las relaciones humanas de orden temporal 138
76. ... con excepción en todo caso de las relaciones de naturaleza espiritual 139
77. De qué manera se interesa el derecho por la amistad 141
78. Necesidad de precisar el sentido del concepto de «relaciones sociales» 144
79. Cuadro resumido de las diversas especies de relaciones sociales 145
80. Ensayo de clasificación de estas relaciones 146
81. Actitud y papel del derecho respecto a las relaciones sociales voluntarias 148
82. y respecto a otras categorías de relaciones 151
83. Las dos interpretaciones, objetiva y subjetiva, de la «relación de derecho» 153
84. Crítica de la interpretación subjetiva 154
85. El mundo del derecho no se limita a una red de lazos entre personas determinadas 158

§ 3. *Las diferentes clases de relaciones* sociales y *las respectivas ramas del derecho*
86. El principio fundamental de la división está dado por la existencia del Estado 159
87. Relaciones públicas y derecho público 160
88. Por qué la expresión «político» es preferible a la de «público»..... 161
89. Relaciones internacionales y derecho internacional 163
90. El derecho penal y los procesales sólo son derechos de acompañamiento 163
91. Relaciones privadas y derecho privado 164
92. El máximo esfuerzo realizado por el derecho en esta materia se produce en la esfera de las relaciones económicas 166
93. Esfuerzo menor en la esfera de los valores personales 168
94. ... así como en la de la familia 170
95. Causa de la relativa impotencia del derecho en la esfera de las relaciones políticas..... 172
96. Pretendida irreductibilidad de la nación a la regla de derecho 173
97. La ilusión de la suficiencia del orden jurídico .. 175

SEGUNDA PARTE
EL MÉTODO JURÍDICO

CAPÍTULO I. EL DERECHO ¿ES «DADO» O «CONSTRUIDO»; OBJETO DE «CIENCIA» O DE «TÉCNICA»?
§ 1. *Enunciado del problema y tesis enfrentadas* 181
98. Explicación de los términos «dado» y «construido» 181
99. Extensión de aplicación de la idea de «contruido» 183
100. Enunciado de la cuestión 185
101. En su existencia histórica el derecho es «dado» 185
102. Pero, ¿y en su esencia? 187

103. Actitud del positivismo jurídico; crítica 188
104. Todo el mundo reconoce que, por una parte, el derecho es «construido» 189
105. Parte directa de lo «construido»: las fuentes formales, los mecanismos, las precisiones cifradas 191
106. Divergencias de opiniones en cuanto a la naturaleza y el origen de lo dado 192
107. Exposición de la opinión de Duguit 194
108. Las doctrinas que buscan lo «dado» del derecho en el sentimiento popular 195
109. Lo «dado» del derecho, producto de la fuerza 197
110. Lo «dado» del derecho, brotado de la naturaleza (doctrinas del derecho natural) 199

§ 2. *Examen de las tesis de lo «dado» (Duguit, Gény...)*

111. Vuelta al problema: ¿hay un «dado» jurídico? 201
112. Crítica de las doctrinas de lo «dado» popular .. 202
113. Crítica de las doctrinas de la fuerza 206
114. En cuanto al derecho natural, la cuestión no se plantea más que en relación con el derecho natural *jurídico* 207
115. La naturaleza no proporciona al jurista ningún «dado» jurídico, ninguna regla necesaria 209
116. Extensiones indebidas e ilógicas de la idea de lo «dado» jurídico natural 212
117. Diferencia entre el pretendido «dado» jurídico y el «dado revelado» de los teólogos 214
118. Elección de ejemplos concretos 215
119. El respeto de la propiedad como «dado» jurídico 216
120. La propiedad está lejos de beneficiarse siempre con la protección del derecho 219
121. La libertad de los pactos, como «dado» jurídico 221
122. La reparación de los daños culposos, como «dado» jurídico 224

§ 3. El *derecho* es *«prudencia»* y, *por consiguiente, «construido»*

123. Conclusiones sobre lo «dado» jurídico 227
124. La operación del jurista corresponde a la razón práctica, especialmente a la prudencia 229
125. Quien dice prudencia no dice arbitrario 232
126. Lo que se impone al jurista: los hechos previos a su regla 233
127. ... hechos de *sein,* pero también hecho de *regla,* preceptos morales o técnicos, incluso derecho existente 236
128. Los «dados» enumerados por Gény son «dados» previos 238
129. Lo que se impone sobre todo al jurista: lo «dado» del método de elaboración del derecho 240
130. Lo «dado» de los hechos y del método de elaboración no suprime la idea de «construido» .. 241

CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ELABORACIÓN DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN 245
131. Camino a seguir: consideración del fin del derecho y de sus procedimientos de realización .. 245
132. El carácter instrumental de la regla de derecho la diferencia de la regla moral 246
133. La regla moral tampoco tiene que preocuparse de los procedimientos de realización 248

SECCIÓN I. *El fin del ordenamiento jurídico: el bien público temporal*

134. *Lex est ordinatio ad bonum commune:* en el caso del derecho, el bien público 250

§ 1. *Noción* y *caracteres del bien público temporal*

135. Definición del adjetivo «público»: lo que concierne al público 252
136. En qué consiste el bien del público desde el punto de vista formal 255
137. Los elementos constitutivos del bien público: orden, coordinación, servicio 256
138. El bien público cubre todos los valores humanos del orden temporal 258
139. Bien público interno y bien público internacional 261
140. Se rechaza la separación entre la política y los otros valores del orden temporal 262
141. Necesidad de una filosofía de los valores para juzgar las exigencias del bien público 264
142. Nuestra filosofía de los valores 266
143. Carácter principalmente moral de la noción de bien público 267
144. Relatividad de las aplicaciones de la idea de bien público 269

§ 2. *El bien público temporal, norma del contenido positivo del derecho*

145. Diferencia con la moral, ordenada al bien de la naturaleza humana e interferencias..... 271
146. La norma del bien público rige todas las ramas del derecho..... 273
147. ... incluso la rama del derecho privado 274
148. La concepción social del derecho privado y la preocupación por el derecho individual 276
149. El ejemplo de las «leyes sobre los alquileres» 278
150. La objeción de la «legislación de circunstancias» no es pertinente 280
151. Ejemplos sacados del derecho común de las instituciones privadas: la prescripción 281

152. ... muchas reglas del régimen de la propiedad según el Código Napoleón 282
153. ... igualmente en el derecho de familia, el de sucesiones e incluso en el contractual 285
154. El punto de vista del bien público interviene hasta en la materia de las pruebas y del procedimiento 287
155. El mismo punto de vista es determinante en derecho penal 289

§ 3. *El bien público temporal, norma del contenido negativo del derecho*

156. A menudo el bien público manda al jurista la abstención, incluso ante la justicia social 291
157. El dilema: ¿libertad o regla jurídica? 293
158. A veces debe ser preferida la libertad, pero no sin límites ni control 295
159. Beneficios de la libertad, incluso en la esfera del derecho público y administrativo 297
160. La psicología de los sujetos: hipótesis en que el bien público está satisfecho fuera de la intervención de la ley 298
161. …hipótesis en que la fijación del bien público chocaría con resistencias 300
162. La intervención de la regla jurídica no es la única política posible 302
163. El bien público deseable y el bien público realizable 306
164. Bien público y opinión pública como factores de la elaboración del derecho 306
165. El «problema del intervencionismo» no se plantea en moral, al menos en moral natural 309

SECCIÓN II. *Los medios: instrumental técnico del Derecho*

INTRODUCCIÓN 310
166. La «realizabilidad formal» o «practicabilidad» del derecho 310
167. El valor teórico de las reglas es distinto a su «practicabilidad» 311

§ 1. *La definición o el conceptualismo jurídico*

168. Inconvenientes de un derecho no definido suficientemente 313
169. Falta de definición por el lado de las fuentes formales del derecho 314
170. Indeterminación de la competencia del derecho en el tiempo o en el espacio 316
171. La imprecisión del derecho en su contenido formal 318
172. Ejemplos: la injusticia usuraria o especulación ilícita 320
173. ... la injuria grave, causa de divorcio 322
174. ... el agresor, en derecho internacional público 324
175. Dificultad especial de definición cuando se trata de valores cualitativos 325
176. Los sistemas de definiciones amplias: ventajas y peligros 327
177. Ejemplos: el orden público, el art. 1.382 del Cod. Napoleón 328
178. ... en la esfera del derecho público y administrativo 330
179. Pero no todas las materias se prestan a esas amplias definiciones: el derecho penal 331
180. Incluso en el marco de las definiciones amplias, el jurista no deja de buscar la definición estricta 333
181. Caso en que el derecho está obligado a renunciar a toda definición: la ciencia no está hecha todavía 334

182. Vistazo a los sistemas técnicos de definición: la simplificación 337
183. Algunos artificios de simplificación 339

§ 2. *La aptitud para la prueba de los hechos sometidos a regla*

184. La necesidad social de la prueba 341
185. Las dificultades inherentes a la prueba 342
186. A veces estas dificultades pueden conducir a una abstención total del derecho 344
187. Otras interviene el derecho, pero eliminando el elemento rebelde a la prueba 346

§ 3. *La concentración de la materia jurídica*

188. La reducción de la masa de reglas por el sistema de las clasificaciones 348
189. El sistema de las «construcciones jurídicas» 351
190. Necesidad de guardar la medida justa en la evaluación del elemento de «practicabilidad» 352

CONCLUSIÓN SOBRE EL MÉTODO JURÍDICO Y COROLARIOS

§ 1. *Dualidad de aspectos de la técnica* en *el derecho*

191. Para el fondo, técnica social y política; para la forma, técnica de naturaleza lógica 354
192. Es un error reducir la técnica en derecho únicamente a la idea de practicabilidad 355
193. El derecho no es únicamente ciencia social..... 357
194. En la medida en que el jurista deforma conscientemente la realidad, hace obra de técnica .. 360

§ 2. *Certidumbre relativa y variabilidad del derecho*

195. Producto de la prudencia, las soluciones del derecho sólo están dotadas de una certeza relativa 361
196. Las diferentes causas de variación del derecho 362

197. La pretendida «función conservadora» del derecho 365
198. Necesidad de la prudencia en el cambio 367

TERCERA PARTE
DERECHO NATURAL, JUSTICIA Y REGLA DE DERECHO

INTRODUCCIÓN 373
199. Enunciado del problema 373
200. Valor objetivo de las ideas de derecho natural y de justicia 374

CAPÍTULO I. LA NOCIÓN DE DERECHO NATURAL

§ 1. *La concepción tradicional*

201. El derecho natural, norma de conducta humana 377
202. «Derecho natural» y «ley natural» son términos sinónimos 377
203. Características del derecho natural: norma brotada de la naturaleza, universal e inmutable 380
204. Extensión de lo «dado» de la naturaleza: primeros principios y preceptos segundos 381
205. Materia del derecho natural: la totalidad de los deberes del hombre 383
206. Sin embargo, tiene tendencia a acentuar los deberes *ad alterum* 384

§ 2. *¿Hay un derecho natural jurídico?*

207. El equívoco que envuelve la noción de derecho natural..... 386
208. Históricamente, el derecho natural da normas de conducta *moral* 387
209. Derecho natural y moral especial 388
210. Relaciones entre el derecho natural, en el sentido de ley moral natural, y la regla jurídica 390
211. Sin embargo, esas relaciones no llevan consigo confusión en las disciplinas 392

212. Extensión del concepto de derecho natural en el sentido de una «jurisprudencia natural» 394
213. Pero esa extensión contradice la noción original del derecho natural 396
214. También contradice la noción de la regla jurídica 399
215. Existe un derecho natural *moral,* un derecho natural *político,* pero no un derecho natural *jurídico* 400
216. El binomio derecho natural-derecho positivo, debe ser sustituido por el de moral-derecho 402

CAPÍTULO II. LA NOCIÓN DE LA JUSTICIA

§ 1. Las *concepciones enfrentadas, y especialmente las de Aristóteles* y *de Santo Tomás*

217. La concepción moderna de la justicia, valor específicamente social y jurídico 405
218. Según la tradición, la justicia es primeramente virtud moral 407
219. La justicia en el amplio sentido de lo bueno y de lo justo 409
220. La justicia en sentido estricto de virtud que atribuye a cada uno su derecho 411
221. La interpretación amplia de deuda de justicia (los «estoicos»; Cicerón) 412
222. Distinción entre la virtud principal (justicia en sentido estricto) y las virtudes anexas (Aristóteles, Santo Tomás de Aquino) 414
223. Virtudes anexas de la justicia deficientes por el lado de la razón de igualdad 415
224. Virtudes anexas deficientes por el lado de la razón de deuda (deuda moral, y no legal) 417
225. La justicia en el sentido estricto debe definirse por la *aequelitas* más bien que por el *aequum* 419
226. En el caso de la justicia el «justo medio» constitutivo de toda virtud es real u objetivo 421

227. Confusión que debe evitarse en la interpretación de la noción de «justo medio» 422

§ 2. *Las clases de la justicia*

228. Enumeración y clasificación 425
229. La justicia conmutativa: sus sujetos posibles, personas físicas o personas morales 426
230. Objeto de la justicia conmutativa: el *suum* en sus diversas formas 428
231. En la justicia conmutativa la igualdad se determina de cosa a cosa..... 429
232. Con la justicia distributiva se llega al plano societario 430
233. Materia de la justicia distributiva, las diversas clases de distribución 431
234. Diferencia entre la justicia distributiva y la conmutativa 433
235. La justicia legal: noción general..... 435
236. Lo que el ciudadano debe al Estado, como organización 436
237. Lo que el individuo debe a la comunidad organizada en el Estado: generalidad de la justicia legal 437
238. En qué queda la justicia legal o general como especial, pudiendo incluso adquirir una materia propia 439
239. Sentido y alcance del adjetivo «legal» en la expresión «justicia legal» 441

§ 3. *Justo natural* y *justo positivo*

240. El derecho ajeno es unas veces natural y otras positivo: sentido de estas expresiones 442
241. La distinción se encuentra en todas las clases de la justicia..... 443
242. Sin embargo, la determinación positiva no es arbitraria 444

243. Margen de indeterminación mucho más considerable en la justicia legal que en las otras formas de justicia 446

CAPÍTULO III. Lo «dado» del derecho natural y de la justicia en la elaboración del derecho

244. Se recuerdan los términos del problema 449

§ 1. *Moral* y *bien público temporal*

245. No puede haber un bien público *contra* la moral 450
246. Ejemplos y casos de aplicación 452
247. Confusiones que deben evitarse en la apreciación del carácter inmoral de las leyes 454
248. El derecho no está obligado a consagrar toda regla de moral 455
249. La «disciplina de las leyes» y la virtud 456
250. El derecho y el tipo ideal de la familia 458
251. La «ordenabilidad al bien público», condición de la «subsunción» de la moral por el derecho 459

§ 2. *La justicia, materia normal de la regla jurídica*

252. Distinciones que deben realizarse entre los preceptos morales susceptibles de consagración por el derecho 460
253. La justicia, precepto el más indicado para la consagración: en razón de su relación con el bien público 462
254. Rectificación excepcional de las dos justicias particulares a título de justicia legal..... 463
255. La justicia, particularmente captable por la regla jurídica, en razón de su estructura 465
256. Como el deber jurídico, el deber de justicia está dotado de exigibilidad 467

257. El derecho y las virtudes anexas de la justicia, especialmente la fidelidad a las promesas 468
258. El derecho y los principios constitutivos de la familia 469
259. Sin embargo, el orden normal de consagración está sujeto a derogación 472
260. Caso en que el derecho se abstiene de consagrar la justicia... 472
261. Caso en que el derecho desborda el marco de la justicia 473
262. No hay sinonimia entre la «ley justa» y la ley que consagra la justicia 475