

INTRODUCCIÓN AL DERECHO NUEVO

Jorge Adame Goddard

Sumario:

Introducción I. La Definición del Derecho: a) Lo que aprueban los Jueces; b) Los Servicios Personales; c) Servicios Socialmente Exigibles. II. El Derecho Propiamente Dicho: a) El Acto Jurídico; b) Preferencias Reales; c) Preferencias Personales. III. La Organización Social: a) Crisis del Estado y de la Democracia; b) La Organización Natural de los Grupos Humanos; c) La Organización Supranacional. IV. A Modo de Conclusión.

INTRODUCCIÓN

«Introducción al Derecho nuevo» me parece que sería la frase adecuada para indicar a rasgos generales el contenido del libro de Álvaro D'Ors, recientemente publicado en España por Civitas Ediciones, titulado *Nueva introducción al estudio del derecho*¹, que en mi opinión contiene los principios sobre los que puede construirse una teoría del Derecho que permita la renovación de la ciencia jurídica actual, en muchos aspectos necesitada de revisión.

El antecedente inmediato de este libro es la conocida obra del mismo autor titulada *Una introducción al estudio del derecho*, de la cual se hicieron ocho ediciones en España, una en México² y algunas

1 D'ORS, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, 188 págs., con un índice tópico.

2 D'ORS, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, 7ª ed. (1ª ed. mexicana), con notas de Jorge Adame Goddard, Escuela Libre de Derecho, México, 1989, 125 págs. e índice tópico.

traducciones. La nueva obra mantiene la misma estructura general que la anterior, dividida en tres capítulos titulados «Conceptos generales», «El derecho propiamente dicho» y «La organización social», pero el contenido de cada capítulo está completamente reelaborado por lo que se trata de una obra enteramente nueva.

El título *Nueva introducción al estudio del derecho*, que parece indicar que se trata solamente de un nuevo libro para iniciar a los estudiantes en el estudio del Derecho, de un breve manual universitario o de un libro complementario de los cursos de «Introducción al estudio del Derecho», no refleja con fidelidad su contenido que tiene mucho más alcance. En esta obra, Álvaro D'Ors, nos ofrece una reflexión profunda, amplia y muy sugerente, sobre lo que es el Derecho, su función social, y el papel que puede jugar en los momentos actuales en los que parece conformarse un nuevo orden político internacional, constituido a partir de «grandes espacios» o bloques de naciones, en sustitución del antiguo orden basado en Estados nacionales. Es una obra que puede describirse como un cimiento para el Derecho que habrá de resultar de este proceso de reordenación de las naciones y del mundo. De ahí que para presentar un esbozo de su contenido —una síntesis sería impracticable por la riqueza sustancial del texto y su misma concisión verbal— haya elegido como título de este trabajo el de «Introducción al derecho nuevo».

Para invitar a la lectura meditada de esta importante obra, ofrezco aquí una descripción, que pretende ser fiel, de lo que me ha parecido más esencial de cada uno de los tres capítulos de la obra: I) la definición del derecho, II) el derecho propiamente dicho y III) la organización social.

I. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

D'Ors mismo concluye el primer capítulo de su obra proponiendo una definición del Derecho, que dice: Derecho es «aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles» (pág. 85). De esta noción, pueden separarse dos partes: la primera dice que el Derecho es lo que «aprueban los jueces», y la

segunda precisa la materia a la que se refiere el juicio o aprobación de los jueces: los «servicios personales socialmente exigibles».

a) Lo que Aprueban los Jueces. La idea de que derecho es lo que aprueban los jueces, que ya se encontraba en la primera versión de esta obra ³, requiere ser explicada para evitar posibles malentendidos. Con esta noción, D'Ors no pretende dar una definición filosófica del Derecho que revele con claridad y precisión su esencia, sino más bien una descripción de cómo funciona o actúa, de modo que permita excluir todo aquello que no es derecho, por no ser materia que puedan juzgar jueces independientes.

El punto de partida es la observación de que el razonamiento jurídico concluye declarando cuál es la conducta debida (dar, hacer, indemnizar, respetar, etcétera) en una situación concreta o caso. Esto es lo que sucede tanto cuando los jueces emiten una sentencia para resolver un conflicto, como cuando los juristas dan un parecer sobre cómo evitar o prevenir un posible conflicto (redactar un contrato, solicitar un permiso, exigir una garantía, iniciar una negociación, etcétera); en ambos casos concluyen declarando cuál es, a su parecer, la conducta debida en el caso. Pero hay una diferencia importante entre la conclusión que emite el juez y la que da un jurista que no tenga esa función: la decisión del juez se considera, pasadas las instancias necesarias, como definitiva y vinculante; en cambio, la decisión del jurista no tiene ese carácter, por lo que él procurará ajustar su decisión a las decisiones de los jueces.

Para emitir su juicio, los jueces requieren, primero, conocer y analizar la situación concreta o caso. Esto lo hacen examinando y valorando las pruebas que les ofrecen las partes y las que ellos eventualmente puedan allegarse. Después analizan los criterios (reglas, precedentes, distinciones, etcétera) elaborados para juzgar ese tipo de conflictos, eligen el o los que les parezcan pertinentes o aplicables al caso y finalmente declaran cuál es la conducta debida.

³ *Una introducción al estudio del Derecho*, parágrafo 10.

Cuando se afirma que el derecho es lo que aprueban los jueces, queda comprendido entonces, no sólo sus juicios finales o sentencias, sino también todo lo relativo al conocimiento de los hechos, la admisión y valoración de pruebas, así como todos los documentos (libros, leyes, sentencias, contratos, costumbres, etcétera) en que consten los criterios para juzgar los casos.

Estudiar derecho es conocer los criterios para juzgar o, dicho de otro modo, conocer los libros o documentos donde aquéllos se encuentran. Esos criterios son originalmente elaborados por algún autor personal, aunque posteriormente pueden ser tenidos en una sociedad como necesarios y vinculantes para los jueces. Por eso, el estudio del derecho es un estudio humanista, un estudio de textos, y no un estudio de hechos como el de las ciencias sociales.

Actualmente, la mayor parte de los criterios de juicio se encuentran en las leyes y por eso se confunde el estudio del derecho con el estudio de las leyes, pero debe advertirse que no todo el contenido de las leyes es jurídico, y que no todos los criterios jurídicos están en las leyes. Esto también se pone de manifiesto con la noción de que derecho es lo que aprueban los jueces: hay muchas disposiciones de las leyes que no contienen criterios para juzgar, sino afirmaciones de orden técnico, organizativo o administrativo, y que los jueces no consideran relevantes para su juicio ni es previsible que en el futuro lo hagan ⁴, y hay muchos criterios de juicio que usan los jueces que no se encuentran en las leyes, sino en sentencias, libros u otros documentos.

Si se diera primacía a los criterios para juzgar, se puede afirmar que el Derecho consiste en el conjunto de criterios de juicio, sistemáticamente ordenado, que comprende un cuerpo de doctrina. Esto es lo que suele entenderse cuando se afirma que el derecho es un «conjunto de normas». Pero esta noción es parcial, pues hace ver el derecho como una ciencia especulativa cuyo objeto es simplemente conocer una doctrina. Ésta es,

⁴ Si bien, de toda disposición legal se puede juzgar si fue o no rectamente aplicada, esto no es porque la disposición legal sea de contenido jurídico, sino porque su aplicación se hace objeto (o «caso») de un juicio conforme a criterios jurídicos.

desgraciadamente, la visión que predomina en México en los planes de estudios de la carrera de Derecho cuyo objetivo primordial es la enseñanza del «conjunto de normas» más que la formación de la capacidad de juicio. En cambio, al enfatizarse que el derecho consiste en juicios, se resalta su carácter de ciencia práctica orientada a la determinación de las conductas que han de seguirse para resolver los conflictos.

b) Los Servicios Personales. D'Ors propone utilizar la palabra «servicio», desligada de toda connotación peyorativa relacionada con el adjetivo servil, para designar la conducta personal jurídicamente debida o simplemente el deber jurídico. Todos los deberes jurídicos, afirma (pág. 72) consisten en servicios que una persona debe prestar a otra en una situación concreta, que pueden consistir en conductas de hacer o dar, de respetar, permitir o tolerar algo, etcétera.

En este enfoque, el derecho consiste primordialmente en los servicios debidos por una persona a otra y secundariamente en los «derechos» o, como el autor prefiere llamarlas «preferencias» (reales o personales), que permiten exigir coactivamente los servicios debidos. Por eso afirma (pág. 73) que «todo el derecho consiste en la obligación de conducirse de un modo correcto, que es lo que llamamos servicios» y que consistiendo el derecho en deberes de servicio «no se puede desconectar de las virtudes».

Si el derecho consiste primordialmente en servicios (deberes respecto de otra persona), los llamados «derechos subjetivos» no tienen una sustantividad propia independiente de esos servicios. No existen los derechos subjetivos como facultades del individuo de obrar de determinada manera o de exigir a otros determinadas conductas, ni está la dignidad del ser humano en tener derechos, aunque se les llame «derechos naturales». El dato primario y fundamental es que una persona tiene, por alguna causa, el deber de prestar un servicio a otra, y por esa razón, ésta puede tener un medio para exigirlo. La existencia del servicio debido es la razón de ser de la posibilidad de exigir su cumplimiento ⁵.

⁵ Textualmente dice: «Los pretendidos derechos subjetivos no se pueden concebir como poderes personales constituidos por la ley, pues implican siempre deberes respecto de otras personas» (p. 27).

Por eso D'Ors prefiere hablar de «preferencias», en lugar de derechos, para designar la posibilidad de reclamar el cumplimiento de una conducta determinada o servicio. Tanto los llamados derechos reales como los derechos personales son «preferencias relativas para exigir una determinada conducta ajena en relación con una cosa que interesa» (p. 28), que presuponen la existencia de una conducta debida o servicio.

Los mismos titulares de las preferencias reales o personales por las que pueden exigir a otra persona el cumplimiento del servicio debido, tienen, por su parte, el deber de servicio al bien común en el ejercicio de ellas. De aquí que toda preferencia suponga, por una parte, un servicio debido por otra persona al titular de la preferencia, pero implique también un servicio o deber del titular de la preferencia respecto del bien común; incluso a veces, el mismo ejercicio de la preferencia es un servicio al bien común en cuanto contribuye a la preservación del orden social. Por esta referencia implícita de las preferencias a los deberes o servicios, se entiende que cuando el ejercicio de esas preferencias no se ajusta al bien común, se diga que hay un «abuso del derecho»⁶.

En esta perspectiva, el fundamento de toda preferencia o «derecho» es la existencia de una conducta debida o servicio. En otras palabras, el fundamento del derecho es el deber. Esto lleva a la afirmación de que el derecho se funda en la Ética, que es precisamente la ciencia que declara y sistematiza los deberes de la persona.

Las conductas debidas, o simplemente deberes o servicios están determinadas, en principio, por la ley natural. El deber de amor al prójimo como a uno mismo es el fundamento de todos los servicios, y por eso también es el fundamento del derecho. El deber de dar a cada quien lo suyo, que es el servicio jurídico por excelencia, es una concreción del deber de amor al prójimo como a uno mismo. Estos

⁶ Considerando como primordial el concepto de derecho, en vez del deber, la expresión «abuso de derecho» es absurda, pues o se tiene la facultad de hacer una cosa y entonces el titular tiene el «derecho» de hacerla, o no se tiene y entonces no tiene «derecho» de hacerla.

dos preceptos mencionados, y los demás preceptos primarios de la ley natural, constituyen el derecho natural y son, en opinión de D'Ors, «un criterio de derecho genuino y permanente, propio de la inalterable naturaleza humana» (p. 29) cuyo reconocimiento es de «sentido común». Esto último se hace más palpable cuando se advierte que varios principios jurídicos son evidentes, como el de que las promesas deben ser cumplidas o que los préstamos han de ser devueltos o que los daños deben ser resarcidos, de modo que resulta forzado (insensato) negarlos.

El fundamento del Derecho es entonces la ley natural, que prescribe deberes que obligan personalmente, en conciencia, a todos los hombres. Los deberes jurídicos o servicios son, en esencia, deberes morales, con su misma obligatoriedad y con su misma fuente o fundamento, que simplemente se distinguen por el modo judicial en que pueden ser exigidos.

Se aclara esta afirmación con las consideraciones que hace D'Ors respecto de la exigibilidad de las leyes positivas. Las leyes positivas son imperativas por su forma verbal que ordena realizar determinadas conductas, pero no por ordenar obligan la conciencia personal de los ciudadanos; por eso, el autor distingue (pág. 69 y ss.) entre la imperatividad o forma imperativa de la ley (que puede requerir el cumplimiento de un proceso legislativo con ciertas formalidades y requisitos) y la obligatoriedad moral de las leyes. Él afirma (pág. 70) que «la voluntad de un legislador no puede obligar moralmente las conciencias individuales, sino que a éstas sólo puede obligar la regla moral personalmente aceptada. En consecuencia, la ley, por sí misma, no obliga moralmente, aunque se aplique independientemente de su aceptación o no por la conciencia del afectado por ella». Las leyes obligan moralmente por la regla moral de obedecer la potestad constituida, pero esta regla no obliga en conciencia a obedecer todas las órdenes de la potestad, pues una cosa es reconocer que la potestad tiene el deber y facultad de ordenar la vida social, y otra cosa es que lo efectivamente ordenado sea adecuado a la recta convivencia social. Ciertamente que las leyes, aunque para la conciencia de alguien no resulten vinculantes, son imperativas y por lo tanto se aplican, salvo el caso en que se reconozca la posible objeción de conciencia, que permite al objetor no quedar sometido al cumplimiento de la ley.

Para que el derecho tenga una efectividad o vigencia no forzada, que no derive únicamente de la imperatividad de la ley, debe coincidir con los deberes éticos reconocidos socialmente y por la conciencia moral del individuo. Si hay tal coincidencia, los servicios o deberes jurídicos no son tenidos como algo arbitrariamente impuesto por la potestad, sino como una garantía de los modos de ser propios y queridos por la nación. El orden jurídico viene a ser así el mínimo ético necesario para el bien común.

c) Servicios Socialmente Exigibles. Los servicios o deberes a que se refiere el derecho son, en la noción de D'Ors, exclusivamente aquellos que son «socialmente exigibles», esto es —aclara el mismo autor (p.28)—, los servicios exigibles «por la intervención de un juicio socialmente establecido, porque se consideran necesarios para la conveniente convivencia». Es decir, que de los diversos deberes que puede tener una persona respecto de otra, son deberes jurídicos únicamente aquellos que puedan ser exigidos judicialmente.

Esta referencia a lo judicialmente exigible permite distinguir empíricamente, en cada pueblo y momento, lo que es derecho de lo que no lo es. Quizá desde el punto de vista filosófico podría señalarse que la referencia a lo judicialmente exigible no precisa cuáles deberes o servicios por su materia son propiamente jurídicos y cuáles no, pues parece que todo depende de lo que en cada momento y lugar se tenga como judicialmente exigible, de modo que podrá haber deberes que en un momento o pueblo determinado sean jurídicos y en otro no lo sean. Ciertamente que dicha referencia es de carácter formal y permite afirmar que un deber o servicio que no es jurídico en un momento dado lo pueda ser en otro; esta imprecisión, sin embargo, no es por sí misma un defecto de la definición, pues puede reconocerse que está en la esencia misma del derecho el tener un contenido variable, en razón del tiempo y lugar.

Por otra parte, si se quisiera subrayar que el derecho tiene, por sí mismo, un contenido mínimo permanente, no obstante las múltiples variaciones por razón del tiempo y lugar, se podría pensar, siguiendo

la definición de D'Ors, en aquellos servicios o deberes que, por su propio contenido e importancia para la vida social, requieren de la exigibilidad judicial. Se podría entonces decir que el derecho se refiere primariamente a los deberes o servicios que son por sí mismos judiciales, es decir a aquellos que, de acuerdo con la naturaleza de la persona y de la sociedad humana, han de ser reconocidos y sancionados judicialmente en cualquier tiempo y en cualquier pueblo; se podría decir, por ejemplo, que el deber de pagar las promesas o el de cumplir los contratos o el de respetar la propiedad ajena o el de pagar impuestos, son por sí mismos servicios o deberes judiciales, es decir jurídicos; en tanto que el deber de cumplir determinados requisitos sanitarios para ingresar a un país, el de entregar las mercancías con un determinado empaque o el de pagar un impuesto por consumo de gasolina, por ejemplo, pueden ser o no deberes jurídicos según que exista o no la posibilidad efectiva de exigirlos judicialmente.

De este modo, la noción dorsiana del derecho como lo judicialmente exigible, no está reñida con la afirmación de un contenido permanente del derecho ni con el reconocimiento de la variabilidad de su contenido por razón de las circunstancias de tiempo y lugar.

De conformidad con esta noción, lo propiamente jurídico es lo relativo al juicio por jueces independientes para la solución de conflictos y comprende básicamente tres tipos de juicios: *i*) los juicios para resolver conflictos patrimoniales entre particulares, a los que se refieren el derecho civil y el derecho mercantil, y también el derecho laboral, en lo relativo a las relaciones laborales individuales; *ii*) los juicios de reclamaciones de personas contra los actos de la administración pública, a los que se refiere el derecho administrativo, y *iii*) los juicios relativos a la imposición de las penas a los delincuentes, de los que se ocupa el derecho penal. Considerando entonces como derecho, lo relativo a esos juicios en los que se define la posición justa de las personas, D'Ors distingue entre derecho privado y derecho público. El derecho privado es el que se refiere a los conflictos patrimoniales entre los particulares, y es un derecho que está a disposición de los particulares, en el sentido de que depende de ellos el crear las relaciones jurídicas y las

reglas que las rigen. El derecho público es el relativo a los conflictos entre la administración y los particulares y el relativo a la imposición de las penas a los delincuentes, que se orientan más al mantenimiento del orden social y se refieren, no a relaciones creadas por los particulares, sino a situaciones establecidas por el ordenamiento legal. Por eso, dice el autor: «que el derecho público es de “situaciones” y el privado es de “relaciones”» (pág. 47).

La noción del derecho como lo judicialmente exigible, implica también una discriminación muy importante de lo que no es derecho. No son materia propia del derecho aquellos deberes que no pueden ser objeto de un juicio por un juez independiente. Esto, por una parte, elimina del ámbito jurídico los deberes éticos (como los deberes familiares) que no tienen sanción judicial, pero también ciertos deberes propios de la convivencia en grupos determinados (empresas, asociaciones, universidades) que pueden estar reforzados por una sanción, prevista en los estatutos del grupo y aplicable por sus propios órganos de gobierno y otros deberes propios de la convivencia en la vida civil, que así mismo pueden tener una sanción prevista en las leyes y que imponen los órganos del gobierno nacional. Por eso D’Ors distingue entre lo que llama «derecho judicial», que es el derecho propiamente dicho, referido a los deberes exigibles ante jueces independientes, y el «derecho disciplinario» o derecho impropio que se refiere a los deberes exigibles por los órganos de gobierno de grupos intermedios o por los del gobierno nacional.

Conforme a esta discriminación, la mayor parte de los deberes de los ciudadanos respecto del gobierno —que hoy suelen comprenderse principalmente dentro del derecho administrativo— no son deberes jurídicos porque están sancionados por la propia administración. Esto no cambia porque los ciudadanos pueden impugnar ante jueces independientes los actos de la administración, pues en tales casos, los jueces se pronuncian sobre si la administración pública ha procedido conforme a la ley, de modo que lo que puede considerarse jurídico, exigible por los jueces, no son los deberes de los ciudadanos frente a la administración, sino el deber de ésta de comportarse con apego a la ley en vigor.

El fundamento de la idea de que el derecho se limita a lo judicial o judicialable es la distinción tradicional —una de las claves del pensamiento de Álvaro D’Ors— entre autoridad y potestad. Se trata de dos instancias diferentes, ambas necesarias, de la vida social. La autoridad es el saber socialmente reconocido. La potestad, el poder socialmente reconocido. Corresponde a los órganos de autoridad dar consejos o respuestas a las preguntas que se les formulan, como hace, por ejemplo, el médico cuando aconseja un tratamiento a su paciente, o un abogado que recomienda la celebración de un contrato de cierto tipo para encausar un negocio, o un intelectual prestigiado que propone una política de gobierno; los consejos emitidos por personas con autoridad suelen seguirse en consideración de la sabiduría que se reconoce a quienes los dan y de la racionalidad propia de los mismos, pero no son materia de obediencia. A los órganos de potestad les toca, en cambio, dar órdenes que deben ser obedecidas; es lo que hacen los gobernantes por medio de decretos (órdenes particulares) o por medio de leyes (órdenes generales), cuyo cumplimiento puede incluso exigirse con apoyo de la fuerza pública.

La decisión de un juez respecto de un caso, es fundamentalmente un acto de autoridad. El contenido de la decisión es precisamente la declaración de cuál es la conducta debida para solucionar el caso y en ese sentido es un acto de autoridad que recomienda como adecuada, una determinada conducta (ver pág. 38). Ciertamente, en la actualidad, como el juez se considera un funcionario público, miembro del poder judicial, su sentencia tiene el valor de una orden que ha de ser obedecida y, en caso contrario, ejecutada coactivamente con apoyo en la fuerza pública. Este valor de las sentencias es una peculiaridad de la organización política actual, que no suprime el contenido básico de la decisión judicial, que es siempre la declaración de la conducta justa en el caso concreto; el valor que pueda tener esa declaración varía de conformidad con la organización política, pero en todo caso la decisión del juez consiste primordialmente en esa declaración, y por eso es un acto de autoridad que puede o no estar revestido de potestad; una forma actual de decisión judicial meramente de autoridad es el laudo emitido por árbitros privados elegidos libremente por las partes. La tendencia

actual a favorecer el arbitraje privado, respecto de las instancias judiciales establecidas, tiene como fundamento la sospecha difundida de que los jueces miembros del poder judicial, tienden más a favorecer los intereses del Estado que a aplicar los criterios jurídicos, es decir, que actúan más como instancias de potestad que de autoridad.

Cuando un conflicto se resuelve, no por jueces independientes, sino por una instancia potestativa, la decisión está, en principio, determinada por los intereses y condicionamientos de la misma potestad, por lo que no puede tener la autoridad o racionalidad propia de una decisión independiente de tales condicionamientos. No quiere esto decir que la decisión por órganos administrativos no pueda ser justa, pero sí que, al faltar la imparcialidad propia del juez, no es un acto de autoridad.

Sobre esa distinción entre actos de autoridad y actos de potestad se basa la discriminación entre el derecho propiamente tal (el declarado por la autoridad de jueces independientes) y el derecho impropio (el declarado por órganos de potestad). Es una distinción, en principio formal, que atiende no al contenido sino al órgano que declara el derecho, pero que implica la existencia de contenidos diferentes en cuanto a los criterios para decidir las controversias.

II. EL DERECHO PROPIAMENTE DICHO

De los tres tipos de juicio que conforman el derecho propiamente dicho o derecho judicial, los juicios entre personas particulares (es decir, los de derecho privado) son los que permiten un más alto grado de racionalidad, pues en los juicios de derecho público (administrativos o penales), al intervenir como parte una instancia de potestad, los jueces son más fácilmente movidos por las presiones del poder que por las exigencias del derecho. De ahí que la reflexión que hace el autor sobre el derecho propiamente dicho se refiera al derecho privado ⁷.

⁷ Consecuente con esta posición, el autor afirma en otra parte (pág. 48), que la formación jurídica consiste principalmente en el estudio del derecho civil, el cual constituye un núcleo permanente y estable en el que deben formarse los juristas: *non est iurista qui non est civilista*.

El derecho se refiere siempre a personas, a cosas y a los actos por los que las personas constituyen sus relaciones respecto de las cosas. Personas, cosas y actos no son tres partes del derecho, sino más bien los tres elementos de los que se compone toda relación jurídica. Las personas son los sujetos de la relación de servicio, los actos su causa y las cosas el objeto. De estos elementos, el más importante es el acto, por el cual se constituye o crea la relación. Por eso, D'Ors puede afirmar que «todo el derecho consiste en actos jurídicos» (p. 89). En su exposición del derecho propiamente dicho, D'Ors, habiendo tratado previamente el de las personas, analiza aquí su capacidad jurídica, para luego concentrarse en el estudio de los actos jurídicos y sus efectos y, finalmente, en el de las cosas, objeto de ellos. Para exponer su pensamiento sobre esta parte, me parece que lo más adecuado es expresar lo que discurre acerca del acto jurídico, que considera la parte central del derecho, indicando sus concepciones acerca del acto jurídico y de las preferencias reales y personales

a) El Acto Jurídico. Los actos jurídicos son manifestaciones de la voluntad personal, que causan la responsabilidad de obrar conforme a lo declarado. Esta responsabilidad por las propias manifestaciones de la voluntad es, dice D'Ors, una «certeza ética», es decir una verdad ética evidente ⁸. «Todo el orden jurídico resulta de las distintas formas de manifestarse la voluntad» (pág. 95), tanto el orden político de la convivencia, definido en leyes y decretos, que son manifestaciones de la voluntad del legislador o de los gobernantes, como el orden civil, que se establece, salvos los límites necesarios para preservar el bien común, por la decisión y responsabilidad de las personas. Por esta relación entre el acto y la responsabilidad, afirma D'Ors que el discurrir jurídico «es también causal en el sentido de que toda conducta es causa de responsabilidad para la persona causante del acto» (pág. 36). Todo acto manifiesta una voluntad, pero el acto por el que se manifiesta una voluntad que produce efectos jurídicos, lo

⁸ Si se preguntara por el fundamento de tal responsabilidad, se responde que es la libertad o mejor dicho la naturaleza racional del ser humano, que le permite elegir los fines de su actividad y autodeterminarse hacia ellos.

llama «declaración» (pág. 96). Si la declaración se hace mediante palabras dichas o escritas, si no son claras por sí mismas, tienen que interpretarse. El recurso a la interpretación puede obviarse realizando un acto formal, que debe cumplir ciertos requisitos para su validez, de modo que cumplida la forma exigida, el acto produce sus efectos ordinarios y se entiende que esto es lo que las partes quisieron.

Los actos pueden ser inválidos cuando falta capacidad de obrar, cuando están prohibidos por la ley o no se ajustan a las exigencias legales, pero también por inhabilitación legal (por ejemplo, la prohibición al propietario de vender una cosa litigiosa), o por defectos de la misma declaración o «vicios de la voluntad», que son principalmente el «error, que impide la certeza de la declaración, [...] la simulación, que impide aceptarla como realmente voluntaria, y [...] la coacción que ha podido privar de libertad al declarante» (pág. 97).

La invalidez del acto tiene diversa intensidad. El acto puede ser nulo en forma absoluta, o en forma relativa respecto de ciertos efectos o ciertas personas. Puede ser anulable, es decir, que el acto es válido mientras no se impugne. También puede ser rescindible, cuando un acto en sí mismo válido causa una lesión patrimonial injusta.

La plena validez del acto puede requerir a veces una nueva declaración o ratificación. A veces un acto deficiente puede alcanzar validez plena por convalidación. Los efectos de un acto pueden ser abolidos por revocación o resolución. La revocación es una declaración que priva de efectos a otra previa, sin que nadie pueda impedirlo; el caso más típico es el de la revocación del testamento. La resolución es una declaración por la que cesan los efectos de un acto jurídico, hecha en los términos en que las partes lo hubieran convenido previamente; la resolución se distingue de la rescisión, en que ésta se funda en la ley y aquélla en el consentimiento de las partes.

Los efectos ordinarios (necesarios o habituales) de un acto jurídico pueden modificarse mediante declaraciones complementarias en las que se define un término, que modifica los efectos en previsión de un

hecho futuro de realización cierta, o una condición que los altera en previsión de un hecho futuro de realización incierta; o por las que se introduce una carga o medida que limita el lucro que una de las partes podía obtener.

Toda declaración es causa de responsabilidad, por lo que puede afirmarse que el efecto general de cualquier acto jurídico es definir servicios o conductas debidas, que son siempre conductas personales que una persona ha de realizar en favor de otra; como el servicio causado por el acto jurídico puede ser exigido judicialmente por la persona a quien beneficia, también puede afirmarse que el acto jurídico produce secundariamente una preferencia (o posición privilegiada) de una persona respecto de otra.

Los actos jurídicos pueden generar preferencias reales o preferencias personales. Si bien toda preferencia consiste en la posibilidad de exigir ciertas conductas personales, aun en el caso de los «derechos reales» que implican conductas como abstenerse o respetar, se puede hablar de actos que producen efectos reales en tanto que alteran la posición jurídica de las cosas, por ejemplo, la venta de un terreno, al cambiar el propietario, altera su posición jurídica.

b) Preferencias Reales. La preferencia real consiste en poder tener una cosa para usar de ella o para disponer de ella, y supone el deber general de no impedir su ejercicio; por eso se dice que producen efectos contra todos (*erga omnes*), si bien sólo podrá ser demandada aquella persona que perturbe el ejercicio de la preferencia.

El orden de las preferencias privadas sobre los bienes, es una materia de interés público, principalmente porque la nación tiene una preferencia originaria o dominio eminente sobre el suelo, a partir del cual se estructura todo el sistema de preferencias reales. En concreto, este interés se manifiesta en el régimen de las preferencias reales privadas principalmente en dos aspectos: la publicidad de los actos de efectos reales y la protección de la apariencia de preferencia real.

Los actos de efectos reales, como afectan a las cosas y no sólo a las personas, suelen requerir una constancia pública, de modo que se pueda conocer en todo momento quiénes son los propietarios de las cosas económicamente importantes, y principalmente del suelo.

La apariencia de una preferencia real es la posesión (pág. 103). Esta apariencia justifica una presunción de plena pertenencia, porque la seguridad exige que las apariencias se respeten en tanto no se demuestre judicialmente que son infundadas. La protección de la posesión (de la apariencia de preferencia real) es un principio de ley natural (derivado del «no hurtarás») y una necesidad para la pacífica convivencia social, y de ahí que se considere materia de interés público.

c) Preferencias Personales. Los actos jurídicos también pueden generar preferencias personales o de obligación; éstas suponen la existencia de un deudor determinado obligado a rendir un determinado servicio al acreedor titular de la preferencia. El ámbito de las preferencias personales permite mayor libertad a las personas que el de las preferencias reales, que sólo admite ciertos tipos determinados de preferencias condicionados por la naturaleza de las cosas. En cambio, las partes tienen una variedad más amplia de figuras en materia de obligaciones, la posibilidad de combinarlas y producir figuras mixtas y alterarlas por modalidades introducidas por pactos especiales. El servicio o conducta debida en las preferencias personales puede ser un dar (producir un aumento patrimonial) o un hacer.

Las preferencias personales son resultado de la voluntad de las partes que libremente las contraen; aun en un sistema de derecho legislado, la ley relativa a las preferencias personales no impone por sí obligaciones, sino que simplemente reconoce las que libremente contraen las partes; por eso la fuente de estas obligaciones es convencional y no legal, salvo algunas obligaciones en determinadas situaciones para preservar intereses de la administración, como por ejemplo la de registrar ciertos contratos.

Los actos que causan (o son fuente de) las preferencias personales son convenios bilaterales, en el sentido de que supone el acuerdo entre

dos personas. Pero puede ser que por efecto del convenio, las dos personas resulten obligadas, o sólo una de ellas, o incluso que el convenio no produzca una nueva obligación sino que modifique o extinga una ya existente. El convenio que produce obligaciones a las dos partes es el contrato, el cual es un acto bilateral, no sólo en el sentido genético de requerir un acuerdo de dos voluntades, sino principalmente en el sentido funcional de generar obligaciones para las dos partes. Los convenios que generan obligaciones unilaterales, es decir a cargo de una sola parte, son los préstamos y las estipulaciones o promesas. Resulta así que, en concreto, las fuentes de las obligaciones son esas tres: contrato (de obligaciones bilaterales) y préstamos y estipulaciones (de obligaciones unilaterales).

Los contratos, por generar obligaciones a cargo de cada parte, presuponen cierta reciprocidad, que puede ser más o menos perfecta. Los contratos bilaterales (o sinalagmáticos) perfectos son aquéllos en que las obligaciones a cargo de cada parte son igualmente importantes, como sucede en los contratos onerosos, por ejemplo en la compraventa; son sinalagmáticos imperfectos aquéllos en que la obligación de una parte es secundaria y eventual respecto de la otra, como sucede en los contratos gratuitos, por ejemplo en el mandato, en que el interés del mandatario en cobrar los gastos que eventualmente haya causado el mandato, es ordinariamente inferior al interés del mandante en que se realice la gestión encomendada.

Todo contrato implica un acuerdo personal de conseguir cierta cooperación entre las partes, pero la posición de las partes es distinta en cada tipo de contrato. De las posibles posiciones de las partes en la relación bilateral, se generan los tres tipos principales de contratos. Si la posición de las partes es de cooperación respecto de un fin común, se tiene el contrato de sociedad; si es de intercambio de servicios (entiéndase conductas debidas que incluyen el dar) contrapuestos, hay un contrato de permuta; y si es que una parte gestiona en interés de la otra, se da el mandato. De estos tres arquetipos contractuales, sociedad, permuta y mandato, derivan los demás tipos contractuales (especialmente de la permuta), pero en la práctica no se dan siempre en forma pura, sino con variantes y estructuras combinadas.

Las obligaciones derivadas de préstamos se fundan en el principio de que nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro. Quien recibe una cosa sin contraprestación y no la devuelve, es semejante a un ladrón. Los préstamos suelen tener como objeto cantidades de cosas fungibles, especialmente cantidades de dinero; la obligación que resulta del préstamo es devolver la cantidad prestada y nada más. Por eso, originalmente el préstamo de dinero era un acto de solidaridad que no reportaba beneficio alguno al prestamista. La práctica actual de considerar que el dinero prestado (y aun el dinero debido por otra causa) genera naturalmente intereses, depende de la economía capitalista y es, como acertadamente dice D'Ors (pág. 123), «una modalidad abusiva del préstamo, que, por sí mismo, es gratuito y no lucrativo».

Las otras obligaciones unilaterales de base convencional, son las estipulaciones. Son actos por los que una persona, mediante promesa o alguna otra declaración formal, se obliga a un servicio sin recibir a cambio una contraprestación. Es un acto abstracto, en el sentido de que no se requiere indicar en la promesa la causa por la cual se realiza y que produce su efecto por el sólo cumplimiento de la forma; es pues un acto necesariamente formal. Sirve ordinariamente para formalizar una deuda ya contraída o para reforzarla con una garantía.

Así, de acuerdo con la exposición de D'Ors, las fuentes de las obligaciones convencionales se reducen a tres: contratos, préstamos y estipulaciones, y los contratos a tres arquetipos: sociedad, permuta y mandato. Pero en la práctica se dan figuras mixtas en que se combinan elementos de diversos contratos (por ejemplo, quien consume en un restaurante compra los alimentos pero también hace uso de las instalaciones y recibe el servicio de los meseros, de modo que se combinan elementos de compraventa con otros de arrendamiento), o en que intervienen diversas causas de obligación (por ejemplo, un mandato en que el mandante da al mandatario una cantidad de dinero para pago de eventuales gastos, en donde puede verse además del contrato de mandato un préstamo de dinero), pero quedan asimiladas en el contrato principal. También sucede que ciertos negocios pueden plantearse desde la perspectiva de una u otra causa obligacional, como el acto de quien promete dar una cantidad de dinero a cambio de una cierta

actividad, que puede plantearse como estipulación o como contrato, pero si ya dio la cantidad, podría plantearse como préstamo.

III. LA POLÍTICA, EL DERECHO IMPROPIO O LA ORGANIZACIÓN SOCIAL

Del derecho propiamente dicho, que puede designarse con el nombre de derecho «civil», debe distinguirse la política. El derecho se refiere a la solución de conflictos por medio de jueces independientes, con base en la autoridad del derecho; la política se refiere al gobierno de los grupos humanos con base en la potestad política; la prudencia jurídica o jurisprudencia, que es la prudencia de los jueces independientes y que se expresa en la solución de casos concretos o sentencias, es distinta de la prudencia política o prudencia de los gobernantes que tiene su manifestación más importante en la formulación de ordenamientos generales o leyes.

Esta discriminación entre lo político y lo jurídico explica que D'Ors distingue también entre conflictos que pueden ser objeto de juicio jurídico y otros conflictos que han de ser resueltos por procedimientos políticos o incluso, por medios policíacos o militares. Los conflictos propiamente jurídicos son conflictos privados en que hay un interés patrimonial, sea en las relaciones entre particulares, sea en las relaciones de los particulares con la administración. Los conflictos públicos son los relacionados con el mantenimiento del orden y la paz pública y con el ejercicio de la potestad política; de estos, algunos son políticos, «que deben resolverse por la misma dialéctica de acceso al poder; por ejemplo, por el debate de comisiones parlamentarias» (pág. 39); otros son militares, como la represión del terrorismo, y otros policiales, como los relativos a la defensa inmediata del orden público.

El querer atribuir a los jueces la función de resolver los conflictos públicos, lo considera una exageración o abuso del «Estado de Derecho», que se funda en el error de pensar que los jueces pueden por sí mismos controlar la potestad, siendo que los jueces no pueden nada por sí mismos y todo su poder (no su autoridad) depende de que la potestad que intentan controlar les preste poder para ejecutar sus

sentencias Cuando se encarga a los jueces la solución de conflictos políticos, es inevitable la politización del poder judicial, de modo que en lugar de que los jueces sean una instancia independiente del poder (una instancia de autoridad), se vuelven una dependencia del mismo poder. Por eso dice este autor abiertamente que «sólo por el error del “Estado de Derecho” se ha pretendido juridificar conflictos que no son judiciales como el terrorismo, la corrupción política y el desorden que la Policía debe reprimir» (pág. 86).

Ciertamente que con esta distinción entre lo político y lo jurídico, este último campo resulta limitado en comparación con lo que actualmente se tiene como jurídico. Pero esta delimitación ayuda, por una parte, a que el derecho progrese como tal, desembarazándose de lo que no es jurídico, pero además, y esto no es menos importante, favorece una comprensión más profunda de lo político y menos dependiente del derecho.

La política comprende los principios fundamentales del orden social (principios directivos, de carácter ético y jurídico), así como todo lo relativo a la organización del grupo y de la potestad o poder político y los aspectos propiamente jurídicos (solución de conflictos) que se combinan con la organización del grupo y el ejercicio de la potestad. En este ancho campo, caben el Derecho Constitucional, relativo a la organización del Estado, el Derecho Político, relacionado con la organización del poder ejecutivo, y el Derecho Administrativo que se ocupa de la organización y el funcionamiento de la administración. También caben aquí el Derecho Procesal, que se refiere a la organización de la justicia administrada por el Estado, y el Derecho Penal, orientado principalmente al mantenimiento del orden público.

La exposición que hace D’Ors sobre lo político parece seguir tres líneas: Primero, describe el Estado como organización política en crisis, lo mismo que la democracia que suele acompañarlo. Seguidamente expone lo que considera la organización natural de los grupos humanos, desde la familia hasta la comunidad de pueblos o de naciones, y finalmente hace algunas reflexiones sobre el actual proceso de globalización.

a) Crisis del Estado y de la Democracia. Parte de la observación que el «Estado» es una forma accidental de organización política, que tuvo una génesis histórica determinada, apareció en el siglo XVI, y que ya está desapareciendo. Lo que es permanente, es la necesidad de toda nación de tener una organización política. Entiende que el Estado es «el establecimiento soberano de un orden social pleno y éticamente coactivo dentro de un territorio determinado». Es esencial al mismo, la independencia de cualquier otra potestad superior y por eso el orden estatal se entiende como una norma autónoma, éticamente coactiva. Congruente con esto, el Estado exige la reserva exclusiva del uso de las armas, de la administración de justicia, de la producción del derecho por las leyes y del control de la vida social. La coactividad del Estado requiere un territorio, en el cual pueda ejercerse la fuerza pública sin concurrencia de fuerzas de otros Estados.

La soberanía o supremacía del Estado, se manifiesta especialmente en la fuerza militar y en el control del dinero oficial, es decir, en la decisión autónoma o soberana acerca de la guerra y la economía. Actualmente dicha supremacía está amenazada o francamente superada, por organizaciones supranacionales a las que corresponde decidir acerca de la guerra y la economía. Por otra parte, los Estados actualmente también están amenazados por fuerzas disgregadoras internas, que hasta pretenden la separación territorial. Le parece que el resultado de estos procesos no podrá ser simplemente la formación de «superestados» o una organización de pequeños estados regionales, sino más bien una nueva forma de organización política (pág. 147).

Actualmente, el Estado se halla ligado a la forma de gobierno democrática, que permite la elección de los gobernantes por sufragio popular, lo cual hace que los gobernantes sean temporales y su elección dependa de las preferencias, siempre fluctuantes, de los electores. Esto implica una inestabilidad de las políticas nacionales y la consiguiente necesidad de un marco estabilizador que viene determinado por los poderes económicos nacionales y supranacionales, más permanentes que el poder político. Por eso, afirma D'Ors, que es «una consecuencia inexorable de la democracia que la competencia

de decisiones superiores no sea la de los gobernantes aparentes y mudables, sino de aquellas personas o centros de influencia que pueden controlar, más efectivamente, el mundo en su totalidad» (pág. 167).

b) La Organización Natural de los Grupos Humanos. Ante la crisis del Estado, D'Ors propone una organización social que parta, no «de la instancia artificial del Estado, sino de los fundamentos asociativos naturales, empezando por la familia hasta llegar a la más alta agrupación de los “grandes espacios”» (pág. 148). Un orden social que se rija, fundamentalmente, por los principios de subsidiariedad y solidaridad. Según el primero, los grupos superiores sólo deben interferir en el régimen de los inferiores en la medida en que éstos no puedan realizar sus propios fines; este principio sirve, por una parte como defensa y garantía de la libertad y autonomía de los grupos inferiores, pero al mismo tiempo como estímulo de la responsabilidad primaria de éstos; por su parte, el principio de solidaridad indica el deber de los grupos inferiores y de las personas de contribuir al bien del grupo mayor, por encima de los intereses particulares.

Los grupos que constituyen preferentemente la sociedad son los grupos naturales o comunidades y no las simples asociaciones. La diferencia entre unos y otras es que las asociaciones se constituyen, se modifican, se rigen y se extinguen de acuerdo con la voluntad de los socios, mientras que las comunidades se forman naturalmente por efecto de la procreación y el crecimiento de las familias, y su existencia y los principios de gobierno son independientes de la voluntad de sus miembros. Estos grupos son: la familia, que es el grupo fundamental y que no está delimitado territorialmente sino por la «sangre», y los grupos suprafamiliares que requieren de un territorio propio, como son la ciudad o el pueblo (agrupación de familias), la comarca (agrupación de ciudades), la región (agrupación de comarcas) y la nación (agrupación de regiones).

Los grupos suprafamiliares requieren una preferencia estable sobre un espacio territorial y una personalidad jurídica. Las relaciones entre ellos se articulan conforme a los principios de subsidiariedad

y solidaridad, de modo que las ciudades tienen un gobierno propio, que es autónomo respecto de los gobiernos de los grupos superiores; el de las comarcas es autónomo respecto del gobierno regional, pero subsidiario respecto del gobierno de las ciudades, y el de las regiones es autónomo respecto del nacional y subsidiario respecto del gobierno comarcal.

La existencia de la nación tiene una razón de ser propia, ya que el gobierno nacional es el que da unidad a los grupos inferiores, promoviendo la cooperación entre ellos y el bien común de todos y representándolos en las relaciones internacionales; le corresponde también la defensa del grupo, mediante las fuerzas armadas, ante las agresiones internas y externas y el mantenimiento del orden constitucional.

La nación tiene una constitución propia que, en opinión de D'Ors, es «mucho más que una ley; es ante todo un acto de decisión sobre la propia identidad nacional, en virtud del cual se establece la recíproca posición de gobierno y acatamiento, con carácter definitivo» (pág. 160). Puede ser promulgada en forma de ley, y en tal caso es irrevocable, por lo que debe distinguirse de otras leyes fundamentales para cuyo cambio se pueden requerir más y mayores requisitos o formalidades. Puede ser también de origen consuetudinario. La constitución, como acto que conforma la nación, sólo puede revocarse por una revolución, por lo que su defensa le compete finalmente al Ejército.

Por otra parte, aclara que la constitución no es el fundamento del derecho ni una «norma de normas», puesto que la constitución es ante todo un acto de potestad, mientras que el derecho es obra de autoridad. De la constitución sí depende la forma de gobierno. Actualmente prevalece la democracia, pero ésta, advierte D'Ors, ha dejado de ser sólo una forma de gobierno y se ha convertido en una ideología que pretende incluso convertirse en una ética laica y común a todos los pueblos.

El deber primordial del gobierno nacional es la defensa de la identidad y la seguridad de la nación, y para ello se reserva la coacción con la fuerza armada. El principio que autoriza el uso de la fuerza pública, es el derecho natural de legítima defensa que puede ejercer

una persona para defenderse a sí o para defender a otro de una injusta agresión. La guerra y la pena de muerte son aplicaciones de ese principio.

D'Ors dedica varias páginas de su libro al tema de la guerra, que parece olvidado por los juristas. La defensa armada de la identidad y la seguridad nacional es un deber del gobernante, aunque la legitimidad de la guerra dependa de ciertos requisitos y de ciertos límites. Cumplidos estos requisitos y límites, la guerra misma es un deber del gobernante cuando no hay otro modo de defender la comunidad nacional. Señala que la guerra es siempre dual, entre dos partes beligerantes y si se presenta un nuevo beligerante, entra como aliado de alguna de ellas. Distintas de la guerra, son las intervenciones armadas con el objeto de pacificar a los beligerantes, que son en realidad acciones policiales ejercidas por las grandes potencias. La guerra es «civil» cuando no se da entre naciones sino entre grupos pertenecientes a una misma nación, y muchas veces por la voluntad independentista de algún grupo, o por motivos religiosos o de ideología política. En este tipo de guerras, cuando una de las partes no controla un territorio determinado, se ve forzado a hacer una guerra irregular e indiscriminada o «guerra sucia», a la que se descalifica como terrorismo. Es un error, opina D'Ors, considerar al terrorista, no como combatiente o enemigo, sino como criminal y tratar de combatirlo como se combate la delincuencia común.

En la segunda mitad del siglo XX no se han presentado, en el orden internacional, guerras regulares entre ejércitos nacionales, pero han proliferado las guerras sucias internas y las intervenciones policiales de las potencias armadas. «Esta desaparición de la guerra nacional, muestra también la evidente crisis del estado» (pág. 176).

La otra modalidad de legítima defensa es la pena de muerte. Ésta es la forma más grave de exclusión de la comunidad. Es algo natural, que una comunidad aparte al miembro que se vuelve enemigo de ella. Hay diversas formas de exclusión: la privación de ciertas preferencias jurídicas, la expulsión del territorio, el confinamiento en una prisión y, en casos de extrema gravedad, la muerte que es la forma de exclusión más radical. Actualmente, la pena más usada por delitos de

cierta gravedad es la privación de la libertad, pero señala D'Ors que tiene muchos inconvenientes: no sirve en realidad para la regeneración moral de los delincuentes, se carga el gasto público para mantenerlos, se tiende a reducir su duración, lo que limita su eficacia disuasoria. Propone que se utilicen penas que consistan en la privación temporal o definitiva de ciertas preferencias jurídicas (o derechos) (pág. 178).

El que la aplicación de cualquier pena tenga que ser resultado de una sentencia judicial, le parece una exageración del estado de derecho, pues resulta excesivo saturar a los jueces con el conocimiento de faltas menores que la misma policía podría reprimir directamente.

La ética democrática, que propone la igualdad como valor fundamental, oscurece la discriminación entre los delincuentes y sus víctimas, «con el resultado de una clara tendencia a la debilitación del poder punitivo de los que gobiernan la comunidad, es decir, en favor de la impunidad» (págs. 178-9). La idea de la pena como castigo por la injusticia cometida, parece haber desaparecido del derecho penal y ser sustituida por la idea de reparación del daño sufrido por la víctima. Bajo esta perspectiva, la delincuencia ya no aparece como algo en sí mismo injusto, sino solamente como una forma de «incorrección política».

c) La Organización Supranacional. El Estado no es, como a veces se presenta, la culminación del proceso de socialización, ya que los pueblos políticamente organizados, ahora bajo la forma de Estado, suelen asociarse entre sí de diferentes maneras. La forma más elemental de asociación entre pueblos es la alianza, que es la unión con el fin específico de defensa militar. También los pueblos suelen establecer relaciones societarias con motivo del comercio. En ambos tipos de asociaciones no se genera una comunidad superior, sino que simplemente los pueblos coordinan esfuerzos para un fin común.

La idea del Estado como suprema forma de organización social ha dado lugar a pensar en la posibilidad de un Superestado mundial único. Esta idea, D'Ors la descarta como impracticable y además contraria a la libertad. Analiza luego si la forma federativa es adecuada para la organización de agrupaciones de pueblos, reconoce que la tendencia de la Unión

Europea es hacia la forma federativa, de modo que de llevarse a término supondría «la concentración de la soberanía en un gobierno europeo de tipo democrático» (pág. 183). Para esto, sería necesario un derecho público común, no sólo administrativo sino también constitucional: la unificación del derecho administrativo le parece algo practicable, pero la unificación del derecho constitucional la considera una dificultad casi insuperable, porque «no siendo la constitución una mera ley, sino una decisión nacional irrevocable, parece imposible que las distintas constituciones nacionales de los estados miembros, de arraigo histórico, sean sustituidas por una constitución única sin arraigo histórico alguno» (pág. 184).

D'Ors prefiere la organización plurinacional de «grandes espacios». Esta organización supone la existencia de naciones políticamente autónomas, capaces de ordenar e imponer la paz dentro de sí mismas, pero que a su vez quedan ordenadas y sujetas al poder coactivo del gobierno del gran espacio, de modo que los conflictos entre partes de una nación, los resuelva el gobierno nacional y los conflictos entre naciones, partes del gran espacio, el gobierno del gran espacio. Esta organización no elimina la posibilidad de conflictos entre diferentes grandes espacios, pero reduce las posibilidades de conflicto militar entre ellos, porque si el conflicto surge entre una nación integrada en un gran espacio, con otra nación de otro gran espacio, es poco probable que los gobiernos del gran espacio hagan la guerra para defender los intereses de una de las naciones que los integran.

El gran espacio suele conformarse como una organización societaria (no comunitaria) de las diversas naciones que lo componen. Como cada nación tiene sus propios principios éticos, en los que se funda su derecho y su existencia, el gran espacio puede reducirse a una ética común mínima, aceptada por todos. Por esa misma característica societaria, puede ser que la incorporación de una nación a un gran espacio sea parcial, de modo que, por ejemplo, no acepte incorporarse a la moneda única del gran espacio o puede una nación incorporarse a diferentes grandes espacios ⁹. También es posible la conformación de grandes espacios con

⁹ Es, por ejemplo, la posición que México está procurando, al ser parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, ser parte de tratados semejantes con varios países de América Latina, y estar negociando un tratado de libre comercio con la Unión Europea y otro con Japón.

una ética común amplia, sobre todo cuando las diferentes naciones tienen una misma religión. «El futuro desarrollo de los grandes espacios —así concluye D’Ors su libro—, así como del factor religioso que en su formación puede ser decisivo, constituye uno de los enigmas de la organización social de nuestro tiempo» (pág. 188).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A manera de conclusión de esta visión panorámica que he pretendido dar del pensamiento de Álvaro D’Ors en su *Nueva introducción al estudio del derecho*, pueden resaltarse algunas ideas capitales, por sí mismas interesantes y novedosas, que me parece podrían ser puntos de partida de una nueva teoría del derecho:

- 1) La idea de que el derecho consiste primordialmente en juicios y no en «normas».
- 2) La definición de que el objeto de las relaciones jurídicas es una conducta humana debida o servicio, aun en aquellas relaciones en las que interviene una cosa, pues ésta por sí misma, no es el objeto de la relación sino la conducta consistente en darla, respetarla, usarla, repararla, etcétera.
- 3) La idea de que los deberes jurídicos o servicios son la materia propia del derecho y que por lo tanto puede prescindirse de la categoría de «derechos subjetivos».
- 4) La idea de que el fundamento de los deberes jurídicos o servicios es el mismo fundamento ético o ley natural, de modo que no hay separación entre derecho y ética.
- 5) La especificación de lo jurídico como lo judicialmente exigible.
- 6) La distinción entre el derecho propiamente dicho, lo exigible por jueces independientes, y la organización social y lo exigible por instancias administrativas o gubernamentales, lo cual no es propiamente derecho, sino política.

- 7) La teoría del acto jurídico que queda esbozada, a partir de la noción de declaración o manifestación de voluntad con pretensión de efectos jurídicos, con las consiguientes nociones de invalidez, anulabilidad, rescisión, resolución, revocación, confirmación, etcétera.
- 8) La consideración del contenido de las preferencias reales en estrecha relación con la naturaleza de las cosas objeto de esas preferencias.
- 9) El señalamiento de tres formas arquetípicas para producir preferencias personales u obligacionales: el contrato, el préstamo y la estipulación, así como de los tres contratos arquetípicos, permuta, sociedad y mandato, de los que derivan los demás.
- 10) La distinción entre conflictos privados, que deben resolver los jueces, y conflictos públicos, que deben ser resueltos por otro tipo de instancias políticas, militares o policiales, con el consiguiente señalamiento de los excesos del estado de derecho por los que se pretende judicializar conflictos que no son judiciales.
- 11) El señalamiento de que la constitución no es el fundamento del derecho, sino un acto de potestad en el que se funda la organización política.
- 12) La consideración de la guerra como una instancia inevitable para la solución de ciertos conflictos que debe estar sometida a reglas jurídicas.
- 13) La recuperación del sentido vindicativo de las penas impuestas por la comisión de delitos, considerados como acciones por sí mismas injustas.
- 14) La indicación de una forma de organización plurinacional, los grandes espacios, que no requiere de la formación de superestados.