

## NOTA BIBLIOGRAFICA

### APOSTILLAS A UNA OBRA DE SCHREIER: CONCEPTO Y FORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO

#### ADVERTENCIA

Dos son las obras principales de Fritz Schreier: *La teoría de la interpretación jurídica*, publicada en 1927, y la obra cuyo título coincide con el epígrafe del presente trabajo. Fué ésta publicada en 1924. En ella, como el propio Schreier confiesa, se propone «fundar la teoría jurídica pura preconizada por Kelsen y sus discípulos, en la fenomenología de Husserl, a fin de examinar los problemas jurídicos desde un nuevo ángulo visual, y en la medida de lo posible, resolverlo» (1).

Para comentar esta obra hemos usado la versión española del mexicano García Maynez, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de México. Su traducción ha sido calificada como «perfecta» por Recaséns Siches en la introducción que éste hace de la mencionada obra editada en Buenos Aires en 1942 y presentada por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social.

El propio Recaséns Siches nos advierte que, bajo la denominación «teoría fundamental del Derecho» debe entenderse la teoría del *a priori* formal del Derecho. No obstante, no le parece censurable el propósito de Schreier; por el contrario, le parece plausible que el autor austriaco, consciente de la razón que Husserl ha tenido frente al neokantismo y subjetivismo, y asimismo consciente de los grandes aciertos de muchos pensamientos kelsenianos, haya querido buscar nuevo desarrollo y nuevo fundamento a la teoría pura del Derecho (2).

Y sigue advirtiéndolo Recaséns Siches: «Schreier acomete la determinación fenomenológica del *a priori* formal del Derecho. Y no sólo

---

(1) Vide: Ob. cit., pág. 17.

(2) Vide: Ob. cit., pág. 9.

se propone su reducción eidética, es decir, la obtención de su esencia como objeto ideal, sino que emprende lo que Husserl llama reducción fenomenológica en sentido estricto sobre el acto jurídico. «Schreier se propone analizar el acto puro en el cual el Derecho se constituye esencialmente. A este tema consagra la primera parte del libro.» «Desarrolla un profundo estudio —acaso el más sugerente y fértil que se ha producido hasta ahora— sobre el hecho jurídico y la relación jurídica. Y ofrece una doctrina sobre la relación entre el Derecho posible y el Derecho real o efectivo» (3). Ya observaremos después cómo esta relación no ha sido adecuadamente desenvuelta por Schreier. Digamos ahora que Recaséns Siches no ha captado exactamente el pensamiento del discípulo de Kelsen sobre este punto, pues que su distinción es triple: Derecho posible, Derecho real y Derecho positivo.

Constituye el hecho jurídico el concepto fundamental y el punto de partida no tan sólo doctrinal, sino también metodológico en Fritz Schreier. Como él mismo nos confiesa: «El concepto para nosotros decisivo fué el de hecho jurídico. En relación con este punto nos vimos obligados a emprender una estricta reelaboración metodológica. Hasta el presente, únicamente el jurista Töhl ha tomado ese concepto como punto de partida de sus investigaciones. Nuestra doctrina se aparta de la suya porque el análisis fenomenológico, en relación con la teoría de Kelsen, nos condujo a la conclusión de que el deber jurídico debe subordinarse al hecho jurídico, mientras que el citado jurista subordina a éste el derecho subjetivo. Es indudable, sin embargo, que el derecho subjetivo puede ser concebido también como hecho jurídico, con lo cual la construcción total gana mucho en claridad, especialmente para las personas encargadas de la aplicación del Derecho, cuyo problema se refiere exclusivamente a la existencia del hecho jurídico» (4).

Dos últimas advertencias preliminares nos hace Schreier: es una, la de haber construido su teoría sobre material de Derecho privado, porque a pesar de la inconsistencia metodológica de éste, es la parte mejor elaborada del Derecho; y es la otra, su esperanza de que no se le haga el reproche de caer en el formalismo. «De formalismo sólo puede hablarse cuando lo material es tratado formalmente. Tratar formalmente lo formal es un deber que el método impone» (5). Em-

(3) Vide: Ob. cit., pág. 11.

(4) Vide: Ob. cit., pág. 17.

(5) Vide: Ob. cit., pág. 18.

peñarse —añadimos nosotros— en tratar exclusivamente desde el ángulo formal lo que —como el Derecho— es algo también con contenido, es miopía metodológica en orden a su conocimiento, tanto más cuanto en su propia obra —como el lector tendrá ocasiones de advertir— se aprecia la insuficiencia del punto de vista formal.

A la última advertencia de Schreier se refiere también Recaséns Siches cuando escribe: «Para delimitar con toda precisión y para aquilatar en su debido alcance el trabajo de Schreier, es necesario insistir en que su investigación fenomenológica se limita exclusivamente al estudio de algunos temas del *a priori* formal del Derecho; y que no ha tratado de hacer fenomenología material del Derecho; es decir, que no se ha ocupado de emprender una fenomenología de conceptos jurídicos con contenido particular. Es pertinente esta advertencia para evitar toda confusión entre el tema fenomenológico desarrollado por Schreier (así como también por Félix Kaufman) y la tarea de una fenomenología material del Derecho, que ha sido acometida por otros, principalmente por Adolfo Reinach y por Guillermo Schapp» (6).

¿Hasta qué punto ha conseguido el discípulo de Kelsen su propósito? Es lo que nos proponemos ver en este trabajo por medio de apostillas al texto del citado autor. No pretendemos seguirle capítulo por capítulo, sino entresacar de éstos su pensamiento sobre el Derecho y sus conceptos fundamentales: el método, el acto jurídico, el Derecho y el portador del Derecho son los temas que abordamos en una primera parte. El hecho jurídico, la persona y el derecho subjetivo, la prestación, y la sanción, y el Estado son los temas que tratamos en la segunda parte. Finalmente, el comentario al epílogo de su obra y una consideración general sobre los puntos capitales de ésta constituyen la última y tercera parte del presente trabajo.

## I

### M É T O D O

Schreier pretende deducir de principios axiomáticos toda su doctrina a través de recio rigorismo lógico. Tarea de la Filosofía del Derecho —dice— es la solución del problema sobre la esencia del Derecho (7).

(6) Vide: Ob. cit., pág. 12.

(7) Vide: Ob. cit., pág. 25.

Debiera plantearse en primer lugar qué puede ser tal esencia y, tras esto, investigar el mejor método para llegar a ella; pero no lo hace. Se limita a rechazar el positivismo y el jusnaturalismo. En su opinión, este último ha sido rebatido «de manera completamente satisfactoria por Stammler». Y, además, recházalo porque «pretende captar una esencia partiendo del estudio de un devenir, lo que es irrealizable» (8). Sospechamos que el desenvolvimiento de lo que es el Derecho natural lleva a Schreier a esta afirmación y a aquel rechazo.

Rechaza el positivismo por considerarlo simple inducción. «Tal inducción representa un círculo vicioso, ya que da por conocido lo que hay que conocer; pues sólo prejuzgando puede seleccionarse el material de la inducción» (9).

Fiel a su maestro Kelsen, considera la Filosofía como una ciencia, y a continuación se pregunta: ¿en qué forma se determina el objeto de una ciencia?

Según la lógica tradicional —dice el jurista austriaco—, ello ocurre en virtud de una definición, es decir, por indicación del *genus proximum* y de la *differentia specifica*. «Como la definición —añade— en el sentido de la lógica tradicional es el *pendant* de la división, el *genus proximum* no puede desprender de sí mismo la *differentia specifica*. De este modo, cada nuevo paso que se da en el camino de la división exige la aplicación de conceptos nuevos que queden fuera de lo científicamente dado» (10).

Contra lo que pudiera suponerse, Schreier no nos ofrece dato alguno acerca de las fuentes en que ha bebido su conocimiento de la lógica tradicional.

Continúa planteando su posición metodológica con estas palabras:

«El fin supremo de todo conocimiento científico es la «axiomatización». Y añade: «no se pretende definir el objeto de la ciencia, sino formular los axiomas de los cuales puede inferirse la totalidad de los conocimientos de cada territorio científico, por medio de simples operaciones de lógica formal. La definición del concepto supre-

(8) Vide: Ob. cit., págs. 25-6.

(9) Vide: Ob. cit., pág. 26.

(10) Vide: Ob. cit., pág. 27. Es de advertir que, no obstante esta afirmación suya, el propio autor emplea la distinción género y especie en la página 248 de su obra.

mo o del objeto de la ciencia constituiría un regreso a una noción vacía de contenido» (11).

Pero, ¿es que los axiomas no hay que determinarlos de algún modo? Una cosa es que no puedan probarse y otra que no puedan definirse. Al menos cabe se tenga una noción de ellos, aunque esta noción no pertenezca a la ciencia de que se trate. Con Kelsen, Schreier considera la definición del Derecho como «metajurídica». «Nuestra tarea consistirá —afirma— en buscar los principios supremos del Derecho. Después podremos preguntar si tales principios son solamente casos especiales de otras leyes o si no toleran que se les refiera a leyes diferentes; o lo que es lo mismo, si son leyes que tienen carácter propio» (12).

Parece olvidar Schreier su lógica refutación del positivismo. Y cabe preguntarle: ¿Cómo buscar aquellos principios supremos del Derecho, sin previa noción de éste? ¿Cómo determinar sus cualidades —propias y diferenciales— sin una noción *a priori*? Schreier cree que esta noción es imposible. Por esto concluye: «Así como la Geometría no puede definir el espacio, la Ciencia jurídica no puede definir el Derecho» (13).

Antes de hacer esta comparación, el jurista austriaco debiera haber probado la afinidad de las dos ciencias. No lo hace. Seguramente se trata también de un punto de vista indefinible e indemostrable. Pero, es que, además, juega con la comparación, pues cuando así conviene advierte claramente la diferencia esencial de ambas ciencias. Por ejemplo, unas líneas más abajo nos advierte: «Los principios matemáticos o los de la Ciencia natural no pueden ser contradictorios entre sí, y en cambio, en el Derecho tal cosa es posible...» (14).

Lo que antecede es prueba más que elocuente de la falta de escrupulosidad metodológica que se advierte con la obra de Schreier. Pero continuemos exponiendo su pensamiento sobre este punto.

«Querer derivar de unos cuantos axiomas todos los preceptos jurídicos sería, como a primera vista se advierte, un puro intento jusnaturalista. En el orden total de los preceptos jurídicos hay soluciones de continuidad; lo que no se halla más allá de tales soluciones tendrá que ser un sistema derivado de unos cuantos principios

---

(11) Vide: Ob. cit., pág. 28.

(12) Vide: Ob. cit., pág. 29.

(13) Vide: Ob. cit., pág. 29.

(14) Vide: Ob. cit., págs. 30-1.

fundamentales que determinan la esencia del Derecho; bajo las mismas soluciones de continuidad se encuentran los principios del orden jurídico particular, en los cuales hay algo nuevo que ya no puede ser derivado de los postulados fundamentales» (15).

No repara Schreier que antes nos ha dicho que la ciencia trata de «formular los axiomas de los cuales puede inferirse *la totalidad* de los conocimientos de cada territorio científico por medio de simples operaciones de lógica formal». ¿Es que la ciencia jurídica es una ciencia distinta a las demás? No nos lo advierte.

Por otra parte, si la esencia del Derecho está determinada por unos cuantos principios fundamentales y éstos son conocidos en función de la noción *a priori* del Derecho, estamos en un círculo vicioso. De otro modo, ¿cómo calificar tales principios de fundamentales y jurídicos? Schreier no resuelve el problema.

Nada tenemos que oponer a la existencia en todo orden jurídico de «preceptos superiores» y de «preceptos subordinados» derivados de aquéllos en virtud de nexo lógico. Schreier califica la relación entre ellos con la expresión «subordinación formal». Esto explica por qué las teorías jurídicas generales se presentan como formales. «El procedimiento que consiste en elevarse de los preceptos jurídicos particulares a sus «principios» no puede conducir a la noción del Derecho si no se dejan a un lado ciertos elementos, es decir, si no se hace de lo material algo puramente formal.»

«Para separar los elementos formales «determinantes» de los materiales «determinados» tendremos que aplicar un nuevo procedimiento, a saber, el análisis fenomenológico» (16).

Sigue a Husserl en sus *Investigaciones lógicas* y en sus *Ideas*. «Partiremos de la afirmación de que el mundo sólo nos es dado en la conciencia, es decir, que ésta y aquél se encuentran referidos uno al otro y no pueden separarse.»

«El acto particular de conciencia, la conciencia de un determinado objeto especial (vivencia), recibe el nombre de acto. Cada vivencia, cada acto, tiene su objeto. Este no se halla comprendido en la conciencia, sino que el acto se refiere a su objeto en forma *sui generis*, no susceptible de ulterior descripción. La nota característica de los actos, y por tanto de la conciencia como tal, es su «intencionalidad»; ésta aparece de manera inconfundible en cualquier ejemplo;

(15) Vide: Ob. cit., pág. 32.

(16) Vide: Ob. cit., pág. 32.

en la percepción, algo se percibe; en la representación simbólica, algo es representado simbólicamente; en la afirmación, algo es afirmado; en el amor, algo es amado; en el deseo, algo es deseado.»

«Cada objeto o cada grupo de objetos, meta intencional del acto, tiene su especial modo de ser; objeto y acto encuéntrase referidos uno al otro; por ello, a la peculiaridad del objeto corresponde la del otro. Las formas en que el objeto se da no toleran modificación ninguna, así como no es posible "pintar ecuaciones diferenciales o tocarlas en el violín".»

«A esta forma especial en que el objeto se representa en el acto correspondiente le damos el nombre de constitución del objeto. En este punto encontramos determinadas leyes que se fundan en la esencia del objeto individual y tienen carácter apodíctico (leyes esenciales)» (17).

«En la actitud natural, dentro de la cual generalmente nos movemos, los objetos de los actos que realizamos son objetos de nuestro mundo circundante. Intencionalmente sólo nos referimos a ellos permaneciendo en tal actitud cuando formulamos juicios científicos. Esta situación se modifica, desde luego, si en vez de la actitud natural adoptamos la postura fenomenológica. Cuando nos hallamos colocados en esta última nos nos referimos a los objetos de nuestro mundo circundante, que pierden todo interés para nosotros, sino que volvemos sobre los actos en que aquéllos se encuentran significados. Los actos se convierten de este modo en objetos. «Cuando los objetos son percibidos, pensados, relacionados, considerados desde el punto de vista ideal de una ley, etc., no dirigimos nuestro interés teórico a ella, tal como aparecen o valen en la intención de esos actos que hasta entonces no habían tenido el carácter de objetos; ahora consideramos tales actos en nuevas percepciones y actitudes mentales; los analizamos, describimos y transformamos en objetos de un pensamiento comparativo y discriminador. Esta dirección mental pugna, sin embargo, en grado superlativo con las costumbres que desde el principio de nuestro desarrollo psíquico van arraigando paulatinamente en nosotros» (Husserl, *Investigaciones lógicas*, VII, pág. 10; edición alemana) (18).

«Para captar el modo de ser del objeto individual en el acto en que se da, es decir, para poder resolver el problema de la constitu-

---

(17) Vide: Ob. cit., pág. 33.

(18) Vide: Ob. cit., pág. 34.

ción del objeto, es indispensable adoptar la actitud fenomenológica y convertir los actos en objetos. En esta forma podemos descubrir los principios fundamentales que valen para determinados objetos».

«Separaremos en primer término el grupo de actos a que tendremos que limitarnos en lo sucesivo: los «actos de expresión», es decir, aquellos en los cuales mentamos determinados objetos, principalmente en la forma verbal» (19).

Schreier distingue en el acto de expresión cuatro elementos: 1.º, el aspecto físico de la expresión (signo sensible, articulación de sonidos, palabra escrita, etc.); 2.º, la significación o elemento intermedio entre la expresión y el objeto; 3.º, el objeto en sí mismo considerado, que es siempre el mismo elemento, aunque sea distinta la forma de expresión; 4.º, la intuición sensible ó el mundo de los hechos. Los conceptos pueden referirse a lo sensible, realizarse en lo sensible; mas en este caso los hechos correspondientes no son los conceptos, sino sus meros representantes o formas materiales.

Tras de establecer ejemplos de diferenciación de esos cuatro elementos y de referirse al «psicologismo» de Sigwart, que no distingue el contenido del juicio del juicio mismo, concluye: «mientras este último es una «vivencia efímera» que nace y se extingue, el «contenido» no nace, ni muere; lo que el juicio enuncia es siempre lo mismo, sea quien fuere el que lo exprese afirmativamente y sean cuales fueren las circunstancias y épocas en que lo haga. Y eso, que es siempre lo mismo, es, ni más ni menos, si volvemos al ejemplo, la verdad de que las tres perpendiculares a los lados de un triángulo se cortan necesariamente en un punto. En lo esencial se repite, pues, el mismo juicio; y se le repite precisamente porque no hay otro medio adecuado para expresar la identidad de significaciones. Ni el juicio ni la persona que juzga tienen nada que ver con esa significación idéntica que cada vez hacemos evidente ante nuestra conciencia al repetir el juicio» (20).

El lector habrá observado la insistencia de Schreier sobre el acto de conciencia. Es lógico lo haga así, para explicar después la significación del acto jurídico basada en la constitución del acto de conciencia. Pretende así constatar fenomenológicamente el objeto del Derecho como cualquier objeto de conocimiento. Luego veremos hasta qué punto logra su propósito.

(19) Vide: Ob. cit., pág. 35.

(20) Vide: Ob. cit., pág. 38.

Sería deseable una mayor extensión acerca de la objetividad, tan propia del método fenomenológico. Asimismo hubiéramos querido observar cómo entiende la relación entre objeto y sujeto cognoscente; pero la construcción metodológica del discípulo de Kelsen y Husserl no da más de sí.

#### ACTO JURÍDICO

Para resolver el problema de la esencia del Derecho, Schreier intenta bucear fenomenológicamente en «ese acto en el que se constituye el Derecho».

«¿Son los jurídicos un grupo especial de actos, y constituyen las leyes esenciales del Derecho principios irreductibles a otras leyes?, o por el contrario, ¿pueden aquéllos referirse a actos de otra clase?, y en caso afirmativo, ¿a cuáles? (21).

Si nos hubiese explicado qué entiende por esencia del Derecho sabríamos a qué atenernos en orden a esas leyes esenciales y a su reductibilidad o irreductibilidad. Ya notamos este defecto metodológico en la construcción de Schreier. Es de observar su empleo constante de términos a los cuales no ha fijado su significación. Esto tampoco resulta digno de una posición metodológica.

«Acto jurídico es aquel en que el Derecho se constituye, es decir, un acto referido intencionalmente a éste; no podemos dar otra determinación del mismo» (22).

¿Y cómo podría hacerlo si se ha negado toda noción del Derecho? Es imposible referirnos intencionalmente a un acto y calificarlo de jurídico si no poseemos una noción *a priori* de lo que es el Derecho.

«En el acto jurídico concebimos el Derecho; el Derecho nos es dado; nos dirigimos a él intencionalmente. Ahora bien, el Derecho no es concebido solamente por el legislador y el juez, sino por cualquier sujeto que dirija su mirada hacia el mismo. Es claro que en el acto creador de Derecho se halla contenido siempre un acto de conocimiento. Pues la creación del Derecho no es una creación originaria, sino que, como veremos más tarde, se halla, en cierto sentido, determinada por lineamientos prefijados. Estos derivan de la

---

(21) Vide: Ob. cit., pág. 39.

(22) Vide: Ob. cit., pág. 39.

esencia del acto que sirve de base a la creación jurídica y por el cual concebimos el Derecho» (23).

Desde este punto de partida rechaza en primer lugar las posiciones de Reinach y de Hölder (24) y otras que le parecen igualmente erróneas (25).

En su análisis del acto jurídico, y tras de precavernos contra el psicologismo, nos dice: «El objeto de nuestra inquisición no es la aparición causal del acto en el mundo empírico, sino la pura esencia del mismo. No tratamos de saber en qué forma, desde el punto de vista psicológico, éste nace; su devenir causal queda fuera del marco de nuestro estudio. Lo tomamos en sí mismo, aislado de todos los miembros de la serie natural» (26).

«Nosotros tendremos que realizar, en relación con el Derecho, una investigación del mismo tipo que la emprendida por el filósofo de Königsberg. Saber cómo un acto jurídico concreto se produce y qué condiciones reales son necesarias para ello, es, pues, algo que no nos interesa. Pertenece este tema al territorio de la Psicología o de la Sociología del Derecho; investigación, por cierto, de gran valor, pero que ignora sus límites y, a menudo, cree captar la esencia de lo jurídico por medio de análisis psicológicos» (27).

No comprendemos la actitud exclusivista de Schreier en cuanto al método. Si le interesa verdaderamente la esencia del Derecho y reconoce el «gran valor» de la investigación psicológica y sociológica, ¿por qué ceñirse sólo al aspecto formal del Derecho? Es evidente que éste no agota la esencia del Derecho.

Schreier tiene una idea preconcebida y quiere desenvolverla como sea. Posee una noción previa, aunque no la confiese. Es la noción formalista del Derecho. No le interesa verdaderamente la esencia, toda la esencia jurídica, sino un aspecto de esa esencia. A él le interesa demostrar —luego lo veremos— su opinión —con aires de novedad— que el Derecho es una lógica y, como tal, forma parte de la lógica. Y toda su construcción gira en torno y sirve a esa idea preconcebida. ¿Es esto serio?

No se advierte en su obra una sistematización de conclusiones lógicas cuya hilación lleve a la demostración final. Por el contrario, más

(23) Vide: Ob. cit., pág. 40.

(24) Vide: Ob. cit., pág. 41.

(25) Vide: Ob. cit., pág. 42.

(26) Vide: Ob. cit., pág. 42.

(27) Vide: Ob. cit., pág. 42.

bien se advierten una serie de consideraciones poco profundas las más de las veces y, sobre todo, faltas de un verdadero rigor lógico, como hemos apuntado ya en distintas ocasiones; aunque él se esfuerza en lo contrario. Más aparentemente brillante aparece en la refutación de lo que él llama «análisis incorrectos del acto jurídico», que ocupan tres largos capítulos de la primera parte de su obra. No vamos a entrar en ellos, pues sólo interesa destacar su propia construcción. Por otra parte, admitida una posición a ultranza, siempre caben razones para rechazar las posiciones doctrinales de los demás.

Vamos sólo a destacar el pensamiento del jurista austriaco a través de sus críticas a otras posiciones para deducir mejor lo que entiende por acto jurídico.

El acto jurídico no es una representación. No es posible la representación del Derecho; y, por otra parte, esta opinión empírica confunde el objeto y su representación.

Tampoco es un acto de sentimiento. Según Schreier, este sentimiento presupone una noción (!! ) del Derecho. Y añade: «Quien considere únicamente como Derecho lo que está de acuerdo con su sentimiento jurídico, hállese colocado en una posición completamente jusnaturalista (28). Aquí prueba una vez más su desconocimiento del jusnaturalismo.

No se trata de un querer. El concepto de la voluntad —piensa Schreier—, más que cualquier otro, suele ser incorrecto. Distingue el acto de voluntad, «toma de posición», contactos de mi yo con el mundo objetivo, de la «aprehensión» (*Kenntnisnahmen*), vivencia cuyo contenido sólo en la esfera de los objetos podemos encontrar, ya que nuestro yo se halla vacío de él. Tanto en la «toma de posición» como en la «aprehensión» hemos de distinguir el objeto del acto. En la primera, el objeto se caracteriza por la necesidad de ser completado por su referencia a un sujeto; mientras en la segunda, el objeto puede expresarse independientemente del sujeto; y mientras aquí el acto es «fundante» (puede existir por sí mismo), allí el acto es «fundado» (necesita basarse en un «acto fundante»).

Recoge su distinción anterior entre «actos de creación» y «actos jurídicos», y aplicando lo que acabamos de resumir afirma que los actos de creación del Derecho son «tomas de posición» fundados en los actos jurídicos de «aprehensión» a los cuales se sumará un querer, una «toma de posición».

---

(28) Vide: Ob. cit., pág. 45.

«El acto jurídico es, pues, un acto que expresa una aprehensión, y la proposición jurídica es, en doble sentido, un juicio: como enunciación y como aprehensión expresada» (29).

Y puesto que un juicio es una afirmación caracterizada por su pretensión de verdad, y la verdad es la coincidencia del juicio con su objeto, un estudio del objeto jurídico aclarará lo anterior.

No es lo mismo objeto que significación. Hay posibilidad de significaciones equivalentes. La inteligencia de la significación no es todavía la del objeto, sino sólo la de una faceta de éste; es el «saber», la determinación de la situación objetiva de algo, de un modo puramente exterior, sin llegar al conocimiento de sus fundamentos frente a la «aprehensión», en la terminología de Hildebrand.

En la cuarta de sus *Investigaciones lógicas* ha estudiado Husserl la legalidad de las significaciones bajo el título de *La diferencia de las significaciones independientes y dependientes y la idea de la Gramática pura*. Las independientes tienen sentido por sí mismas; las dependientes requieren una complementación. La reunión de significaciones dependientes («expresiones sincategoremáticas») carece de sentido; pero no hay que confundirlas con las que implican un contrasentido. Forman los principios de una Gramática pura o apriorística las leyes de estas construcciones. El sin sentido es aquello que contradice tales leyes. Las significaciones independientes no son siempre expresión de objetos independientes, y viceversa, por ejemplo: la expresión color, independiente; mientras el objeto color es dependiente.

Pues bien, «a la significación que expresa un objeto independiente con todas las determinaciones que le corresponden, le damos el nombre de significación plena» (30).

En la ciencia jurídica es punto inicial el que el Derecho se compone de proposiciones jurídicas, las cuales, para Schreier son «la expresión independiente y plena de una norma de Derecho» (31), siendo independientes —al igual que las normas jurídicas como objeto— y plenas. Y por otra parte, «las normas de Derecho son los objetos del acto jurídico, y las proposiciones jurídicas, las significaciones en que aquéllas son aprehendidas» (32).

La verdad de la proposición jurídica —concluye Scheier— radica

(29) Vide: Ob. cit., pág. 57.

(30) Vide: Ob. cit., pág. 75.

(31) Vide: Ob. cit., pág. 75.

(32) Vide: Ob. cit., pág. 77.

en la coincidencia de ésta con la norma que expresa. Y llega a esta conclusión basándose en la distinción entre «proposición jurídica y norma de Derecho», como caso especial de la oposición entre significación y objeto.

## EL DERECHO

Hemos advertido ya el propósito de Schreier de comparar el Derecho a las Matemáticas, aunque también advertimos antes la inconsecuencia en que incurre al hacer esta comparación. Sin embargo, para él las normas jurídicas son leyes exactas situadas en el mismo plano que corresponde a las matemáticas, no conocen excepciones, ni pueden ser destruidas por observaciones experimentales (33).

Se olvida aquí que —como nos ha dicho el mismo Schreier en páginas anteriores— a diferencia de las Matemáticas, los principios jurídicos fundamentales pueden contradecirse.

¿Ha querido decir que al igual que las Matemáticas, el Derecho es un objeto ideal? Si es así, ¿por qué no seguir explicando su carácter? Habría advertido pronto otras diferencias con las Matemáticas.

La norma jurídica es atemporal e ideal (34). Nada tiene que ver con la causalidad ni con la finalidad. Rechaza la concepción teleológica del Derecho, pues éste resulta un medio si se le inserta en un proceso causal. La teleología es la inversión de la causalidad.

El Derecho, como objeto es algo «irreal», o lo que es lo mismo, algo que no pertenece al reino de la naturaleza. Y añade: «No debemos temer el reproche de que no nos ocupemos de la «realidad» (35).

Schreier confunde realidad con materialidad; empero, lo ideal puede ser tan real como lo material si damos a la palabra «real» el valor ontológico que debe tener. Y confunde también lo natural con lo material, como si no cupiesen las realidades espirituales dentro de aquél primer término. Por otra parte, el término «irreal», aplicado al Derecho, no expresa adecuadamente una característica que el propio Schreier destaca a lo largo de su obra: la existencia objetiva. El mismo nos lo dice: las normas jurídicas «*existen* independientemente de que un legislador las declare válidas para un determinado ámbito». Para Schreier, la realidad se halla representada en el he-

(33) Vide: Ob. cit., págs. 63-4.

(34) Vide: Ob. cit., págs. 63-71.

(35) Vide: Ob. cit., pág. 79.

cho, esto es, «en la encarnación del concepto en la temporalidad» (36).

Ciertos hechos son jurídicos por materializaciones de conceptos jurídicos, y las leyes que los rigen son leyes propias del Derecho y no leyes naturales. Sin embargo, muchos autores —piensa el jurista austriaco— consideran los hechos de la vida jurídica como sujetos a leyes de la Sociología. El concepto deja de ser lo primario y el hecho ocupa su lugar entonces. El hecho no se concibe como realidad sujeta al concepto. Aquí se encuentra el origen de las llamadas «ficciones jurídicas aparentes» de las cuales hablan Somló, Ihering y Bierling; pero tales ficciones no son significaciones nuevas, sino nuevos objetos (37).

Cita a Eltzbacher y cree con él que la ciencia jurídica no tiene dos objetos, el Derecho y las relaciones jurídicas. Este dualismo corriente debe ser sustituido por un monismo: «la ciencia jurídica no tiene dos objetos (el Derecho y las relaciones jurídicas); el primero es su único objeto» (38).

Si nos explicase en este momento qué entiende por relación jurídica, comprenderíamos mejor su posición monista, pero no lo hace hasta el capítulo IV de la segunda parte de su obra. Dejamos para entonces toda posible crítica.

No obstante, se preocupa del Derecho como relación. He aquí sus palabras: «Cuando se habla de un hecho jurídicamente regulado, se alude a un hecho que da nacimiento a ciertas consecuencias de Derecho, o bien a estas mismas consecuencias que, por su parte, también tienen el carácter de hechos... Desde el punto de vista gramatical, la norma jurídica puede formularse de este modo: Si entonces... x. La norma jurídica así expresada aparece, pues, como un juicio hipotético.

Sólo que no podemos quedar satisfechos con esta determinación relativa a la esfera de las significaciones; tendremos más bien que investigar qué es lo que se oculta lógicamente y conceptualmente bajo la formulación gramatical. El término lógico para el enlace entre el supuesto y la consecuencia es el de relación» (39).

La relación es término relativo porque su definición sólo es posible por su referencia a otros conceptos. Por eso Schreier distingue

---

(36) Vide: Ob. cit., pág. 82.

(37) Vide: Ob. cit., pág. 83.

(38) Vide: Ob. cit., pág. 84.

(39) Vide: Ob. cit., pág. 89.

los «conceptos de cosas» (absolutos) y los «conceptos relacionales». Estos últimos se caracterizan por su necesidad de «complementación».

La relación nunca puede obtenerse partiendo de los hechos. Es nuestro pensamiento el que la inserta en ellos; por tanto, el concepto relativo aparece solamente como unión de hechos y se transforma en absoluto. Este proceso de absolutización desempeña un papel en la Filosofía general. No se pueden confundir —piensa Schreier— las nociones de relación y coexistencia. Esto es origen de confusiones (40). Aquí vuelve a olvidar su pureza metódica y su aversión a la Filosofía, pues a ella se refiere.

«Tenemos que demostrar ahora cómo también la norma jurídica constituye una relación. Por medio de la relación jurídica son postulados, como conceptos relativos, el supuesto jurídico, primer juicio hipotético; y la consecuencia de Derecho, segundo juicio hipotético. Pero en el acto jurídico unitario, aunque fraccionado y polifacético, ambos se constituyen con el mismo rango lógico, sin que a ninguno de ellos corresponda la preeminencia. Sólo por la aprehensión de la norma jurídica como relación resulta inteligible el nexo jurídico, la obligatoriedad del mismo».

«El problema culmina en una cuestión aparente, quizás más violentamente discutida en la ciencia jurídica que cualquier otra: la posibilidad de fundamentar el principio *pacta sunt servanda* (41). Por eso analiza a continuación las posiciones doctrinales que han intentado fundamentar tal principio.

Debemos observar que si la ciencia jurídica, como nos ha dicho antes Schreier, no tiene dos objetos (Derecho y relación), sino sólo uno, el Derecho, y por otra parte la norma jurídica constituye una relación y ésta es medio de postular el primero y el segundo juicio hipotético, y hay entre éstos un nexo lógico de antecedente y consecuente, ¿por qué ha dicho antes que el Derecho nada tiene que ver con la causalidad?

Sigamos con su pensamiento. «La determinación general del Derecho como una relación no puede satisfacernos; tendremos que buscar —piensa el discípulo de Kelsen— un criterio que nos permita distinguir de otras la relación jurídica. Para este efecto examinaremos, en primer término, el enlace entre el supuesto y la consecuencia jurídica.»

---

(40) Vide: Ob. cit., págs. 89-94.

(41) Vide: Ob. cit., pág. 94.

«El puente entre supuesto y consecuencia está constituido por un deber ser» (42). ¿Qué es un deber ser? «El concepto del deber ser es para nosotros el denominador jurídico común y creemos que en la actualidad tal concepción no encontrará una oposición muy grande. Las relaciones, en apariencia independientes del poder hacer y el estar facultado tendrán que ser referidas al deber ser, siendo imposible, en cambio, una reducción en sentido inverso» (43).

«El concepto del deber que utilizamos no debe ser referido a otras significaciones de este vocablo tan equívoco; sobre todo no hay que atribuirle la importante significación de la palabra en sentido ético, ni orientarlo en modo alguno hacia la misma significación.» Es cierto que la ciencia jurídica ha tomado su idea del deber de la ética de Kant, lo que se explica que al aplicarlo en su propio campo no haya obtenido un resultado satisfactorio. El deber ser jurídico es un concepto puramente formal» (44).

La inspiración kelseniana es demasiado evidente para no captarla; pero el sentido del deber ser en Kelsen nos parece más sólido que en el discípulo. Por otra parte, nada extraña considere el deber como algo puramente formal dado su punto de vista metodológico. Pero el deber —aparte sus características jurídicas propias formales y no formales— tiene un indudable contenido ético.

Fiel a su exclusivo punto de vista formal, conceptúa formalmente a la obligación, sin señalar sus diferencias con el deber. Ambas se caracterizan por estos cuatro conceptos fundamentales: hecho jurídico, persona, prestación y sanción. «La forma de la proposición jurídica tiene este enunciado: al darse el hecho jurídico (H). La persona (A) debe realizar la prestación (P) si no quiere incurrir en la sanción (S).» Y así resultan expresados estos conceptos de este modo: H... A. P. S.

«Introducimos esta forma de designación, no porque nos dejemos llevar de una caprichosa analogía con la Matemática, sino primordialmente porque queremos mantenernos alejados de todo pensamiento material, pues la misma palabra «alguien» induce fácilmente a entender por ella solamente el hombre» (45).

Ya nos referimos al grado de «capricho» de tal analogía. En cuanto a los cuatro conceptos fundamentales, Schreier no ofrece una no-

(42) Vide: Ob. cit., pág. 107.

(43) Vide: Ob. cit., pág. 108.

(44) Vide: Ob. cit., págs. 108-9.

(45) Vide: Ob. cit., págs. 112-3.

ción, aunque de ellos trata en la segunda parte. Y por lo que respecta a su alejamiento de todo pensamiento material, no justifica que la palabra «alguien» sólo se refiera al hombre como sujeto de la relación. Cabe que lo sea cualquier ente con personalidad.

Ahora bien, tales conceptos están relacionados lógicamente en relación de causa a efecto. ¿Por qué, pues, su anterior afirmación de que el Derecho nada tiene que ver con la causalidad? Solamente —nos dice— existe obligación y deber jurídico si el incumplimiento tiene, a su vez, una consecuencia de Derecho (46).

Lo construido hasta aquí le lleva a esta conclusión: la teoría jurídica pura resulta ser sólo una parte de la Lógica. «Queremos, sin embargo, defender nuestra conclusión en dos formas distintas: primeramente desde el punto de vista jurídico, y en segundo lugar, insertando aquel pensamiento en un complejo de ideas mucho más amplio, de orden filosófico» (47).

La teoría jurídica pura no se refiere a los actos de creación, sino de aprehensión del Derecho. La labor del legislador consiste en coordinar consecuencias de Derecho a supuestos jurídicos; esta coordinación —advierte Schreier—, como todas, se halla sujeta a las reglas de la Lógica formal. Disolver en la Lógica la teoría jurídica pura no implica una actitud revolucionaria, sino «la sencilla expresión de los hechos» (48). Sólo que olvida su posición metodológica contraria a la «realidad» y a la observación de los hechos.

Aclara nuestro autor que no se trata de la Lógica aristotélica, sino de la Lógica comprensiva en el sentido de la teoría de la ciencia —la *scientia universalis* de Leibniz, y la teoría pura de la multiplicidad de Husserl— o ciencia de las ciencias, la cual investiga apriorísticamente las teorías posibles (49). No olvidemos, sin embargo, que no nos dió una noción *a priori* del Derecho.

«La teoría jurídica pura es una de las partes de la meta de toda ciencia, de la *mathesis universalis*. Colocados en este ángulo visual, debemos buscar el lazo de unión entre la nuestra y muchas otras importantes disciplinas que, como la axiología y la práctica formales, se encuentran todavía en sus comienzos» (50).

Por último, y para acabar de perfilar su pensamiento sobre el De-

(46) Vide: Ob. cit., pág. 117.

(47) Vide: Ob. cit., pág. 127.

(48) Vide: Ob. cit., pág. 128.

(49) Vide: Ob. cit., págs. 129-132.

(50) Vide: Ob. cit., pág. 132.

recho, vamos a referirnos a su distinción entre Derecho posible y Derecho real.

«Los principios de la teoría jurídica pura han sido caracterizados como principios *a priori* y formales. Tales principios son apriorísticos, como los que valen para las esencias; de aquí que hablemos de la esencia del Derecho, o del Derecho en un sentido absoluto» (51).

También «las categorías del entendimiento puro son, al mismo tiempo, *a priori* y formales, por lo cual, tomando en cuenta todo aquello que concuerda con las condiciones formales de la experiencia, es posible, con todo derecho, podamos considerar a la teoría jurídica pura como la doctrina del Derecho posible. Así, pues, todas las proposiciones que reúnan tales caracteres serán proposiciones jurídicas en cuanto satisfagan las condiciones de la teoría jurídica formal. Estas condiciones representan puras formas vacías que habrán de llenar las distintas proposiciones para convertirse en Derecho; tales formas separan lo jurídico de lo no jurídico.»

En este punto, Schreier sigue a Kant. Las proposiciones de la teoría jurídica pura no se hallan históricamente determinadas ni han sido establecidas por inducción. Se trata de proposiciones inmutables. No es fácil relacionar lo material y lo formal. La operación por la cual lo formal es desprendido de lo material se llama formalización. Precisamente por no tener esto en cuenta son incorrectas las posiciones de Eltzbacher y Thon (52).

Sin embargo, Schreier no quiere aparecer jusnaturalista, pues no es lo mismo —nos dice— las formas vacías que no son normas jurídicas completas, que el Derecho natural que ofrece proposiciones jurídicas completas, y hablar de Derecho natural formal sería una *contradictio in adiecto* (53).

Aquí demuestra una vez más su desconocimiento del Derecho natural, que confunde con las construcciones teóricas de la llamada Escuela del Derecho natural. Si la concepción clásica del Derecho natural considerase a éste como conjunto de proposiciones completas, ¿para qué postular la existencia del Derecho positivo? ¿Qué razón habría para estudiar la relación entre ambos Derechos?

«El Derecho real existe cuando las formas vacías de la teoría jurídica pura son llamadas con determinados hechos» (54). Y añade:

(51) Vide: Ob. cit., págs. 132-3.

(52) Vide: Ob. cit., pág. 133.

(53) Vide: Ob. cit., pág. 135.

(54) Vide: Ob. cit., pág. 137.

«El Derecho es irreal si el supuesto jurídico y la consecuencia de Derecho contienen objetos imposibles» (55). Advirtamos que el jurista austriaco relaciona la expresión «objeto imposible» con la «ausencia de significación».

El Derecho real tiene una extensión mayor que el positivo, si por éste «no se entiende una especie de Derecho en general, sino cualquiera manifestación de la actividad del legislador». «Derecho positivo, Derecho posible y Derecho real se cruzan entre sí» (56). Así se explica la posibilidad de una «ley en sentido formal» que no sea, al propio tiempo, ley en sentido material, es decir, proposición jurídica; o como ha dicho Eisele: «un contenido legal no obligatorio».

Es lástima que Schreier no desenvuelva más profunda y extensamente sus conceptos; así como que no aplique su teoría sobre casos concretos que sirvieran de ejemplo. Creemos, por ello, que su teoría queda más bien en los confines de lo imaginado. Y no hablemos de la imprecisión o de la nebulosidad de sus construcciones. El lector podrá observar esta nuestra apostilla en este ejemplo puesto en el texto por el propio autor y que a continuación transcribimos:

«Si el legislador se propone aceptar en su ordenamiento jurídico la cesión de deudas, la teoría pura del Derecho le indica que en tal institución se dan dos obligaciones en una conexión por regular, a saber: la obligación del cesionario y la del cedente. La misma teoría le revela, entre otras posibilidades, la de que, verbigracia, el cedente responda, mientras el cesionario no cumpla, o como tendríamos que expresarlo si empleásemos la terminología que adaptaremos más tarde: aquella teoría le revela que el cumplimiento de la norma que tiene como sujeto obligado al cesionario es un hecho jurídico incompatible con la obligación del cedente. O bien esta otra posibilidad: el cedente no responde por la obligación cedida. Entre estos casos extremos hay, naturalmente, una serie de posibilidades distintas. Todas ellas son puramente formales y no deben confundirse con las consideraciones relativas a las relaciones reales que de hecho puedan ocurrir» (57).

El ejemplo es bien elocuente. Aun suponiendo que la primera posibilidad esté bien expresada, no lo está la segunda, pues si el cedente no responde, el legislador ha de verse en la necesidad de ga-

---

(55) Vide: Ob. cit., pág. 138.

(56) Vide: Ob. cit., pág. 139.

(57) Vide: Ob. cit., pág. 142.

rantizar de otro modo el cumplimiento de la primera obligación. Falta explicar, además, la conexión lógica entre los postulados posibles de la Teoría, en este caso de la cesión de deuda, y los axiomas jurídicos, cosa que no hace Schreier.

### EL PORTADOR DE DERECHO

Sabemos del carácter «irreal» que el Derecho tiene en el pensamiento de Schreier. Para adoptar su posición en el punto que nos ocupa ahora y que constituye el epígrafe de este apartado, el discípulo de Kelsen se plantea esta pregunta: ¿Concuerda la extensión de los conceptos irreales con los de determinados conceptos reales?

Hildebrant se lo planteó así en «la idea del acto moral», tratando de descubrir el «portador del acto moral», llegando a la conclusión, con Kant (véase su *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*), que tal portador es la voluntad.

«En las ciencias axiológicas —nos dice Schreier— se ha discutido intensamente nuestro problema. Un ejemplo: la reducción de lo bueno a aquello que asegura la conservación y el fomento de la especie, como lo afirma la teoría darwinista, es una equiparación de la extensión de un concepto de la ética, es decir, una disciplina axiológica, con la de otro de la ciencia natural. Es fácilmente explicable el hecho de que esta idea haya conducido después a una equiparación de los conceptos mismos, no sólo de su extensión. El bien fué identificado con lo útil, convirtiéndose la legalidad de la utilidad en legalidad de lo bueno. La inevitable consecuencia de esta actitud es el retorno al empirismo.

»La cuestión puede plantearse en forma más amplia todavía. Partamos de los valores. Relativamente a ellos se puede investigar no solamente qué hechos reales tienen un valor positivo, sino también en cuáles se realizan los valores aun cuando en determinados casos el hecho carezca de valor, ya sea porque realice un valor negativo, ya porque quede comprendido en una esfera de indiferencia axiológica.» (58). (Ob. cit., pág. 86).

Es lógico que Schreier rechace aquí, como lo hizo respecto del Derecho en general, el empirismo. Por la misma razón debiera rechazar la posición kantiana en cuanto queda limitado el Derecho

---

(58) Vide: Ob. cit., pág. 85.

al ámbito del libre albedrío y de la voluntad; pero no lo hace de un modo categórico al citar el pensamiento del filósofo de Königsberg. Podría desenvolver la idea apuntada sobre los valores y referirse a qué valores se realizan en el Derecho, y tampoco lo hace.

«En la terminología jurídica —nos dice—, nuestro problema ha sido formulado generalmente en estos términos: ¿qué realidades pueden ser jurídicamente reguladas? La respuesta que se ha dado a este interrogante ha sido casi siempre muy estrecha. Lo demuestran las conclusiones a que se ha llegado, cuyo carácter jusnaturalista es indudable. Bierling partiendo del principio de que el Derecho se encuentra limitado a la conducta humana, y Fischer ciñéndose a su doctrina, han concluido que no pueden ser objeto de la regulación jurídica: a), la relación del hombre aislado consigo mismo; b), la relación entre el hombre y Dios; c), la relación entre el hombre y los animales, y el hombre y las cosas inanimadas. Casi resulta superfluo citar, por vía de refutación, diversos ejemplos tomados del Derecho positivo. Piénsese, verbigracia, en los castigos aplicables a la tentativa de suicidio, sacrilegio y el tormento a los animales. Aquella afirmación resultaría incorrecta aun cuando se dijera que sólo el hombre puede adquirir derechos.

La limitación del Derecho a ciertos territorios claramente limitados es uno de los pensamientos jusnaturalistas más característicos. Recuérdese la tesis sobre la esfera de libertad del individuo. Estos argumentos de Derecho natural son frecuentemente utilizados para fundamentar postulados políticos. Si el Derecho conquista un nuevo territorio, los perjudicados declaran que ello constituye un «entuerto», porque ese territorio se hallaba cerrado a la regulación jurídica. La lucha contra los nuevos pensamientos jurídicos del socialismo se mueve, por diversos caminos, en la misma dirección» (59).

Es cierto que no pueden ser objeto de regulación jurídica las relaciones del hombre aislado consigo mismo. Este género de relaciones pertenece por completo a la Moral. Pero ya no es cierto que no puedan regularse jurídicamente las relaciones del hombre para con Dios, para con los animales, para con las cosas inanimadas. Sería largo explicar esta cuestión, y no es nuestro objeto. Quede hecha tan sólo la advertencia.

En cuanto a la limitación del Derecho a ciertos territorios claramente limitados que «es uno de los pensamientos jusnaturalistas más

---

(59) Vide: Ob. cit., pág. 87.

característicos», creíamos que Schreier aludiría a la clase de limitación a que se refiere, pero no lo hace.

El resto de su pensamiento sobre el Derecho natural no ofrece nada destacable dada su posición antijusnaturalista y su desconocimiento del auténtico jusnaturalismo. Su argumento sobre la función objetivamente informadora del Derecho positivo, propia del Derecho natural, no es nueva. Ya Kelsen se refiere a ella en parecidos términos y por parecidas razones también rechaza el Derecho natural. Es esa función precisamente la que advierte al legislador, o puede advertirle, que se ha sobrepasado, que no ha conjugado debidamente la justicia, la seguridad y los «datos» en la terminología de Geny en la norma jurídica positiva. Pero esto no puede comprenderse en el positivismo de Schreier o de su maestro Kelsen al confundir Derecho y Estado.

Concluye su pensamiento sobre el portador del Derecho con estas palabras: «Debemos, pues, rechazar todos los cuerpos tendentes a una determinación limitativa de los portadores del Derecho; lo único que podemos decir es que la función de éstos sólo corresponde a «hechos jurídicos», es decir, a acontecimientos reales, temporalmente localizados...»

«Dicho de otro modo: todos los acontecimientos naturales pueden llegar a ser relevantes para el Derecho; lo jurídicamente relevante para cada ordenamiento jurídico especial es un mundo de «horizontes abiertos» que, mientras no abarque la totalidad de los hechos de la naturaleza, tiene la posibilidad de extenderse hasta ese límite. Siempre cabrá aplicar la regulación jurídica a hechos nuevos para proveerlos de consecuencias de derecho o para hacerlos servir como tales» (60).

Creemos que, efectivamente, todos los acontecimientos naturales pueden llegar a ser relevantes para el Derecho, y que lo jurídicamente relevante sea un mundo de «horizonte abierto». Pero, ¿en qué condiciones? No lo especifica. Como no determina en qué condiciones se puede llegar a ser «portador de Derecho», sea o no sea el hombre. La negación del concepto tradicional de persona, y en consecuencia, la negación del concepto de derecho subjetivo, se advierte demasiado claramente, aunque no lo haga de un modo explícito. Sigue aquí la inspiración de Kelsen.

Por otro lado, ¿puede reducirse la función de los portadores del

---

(60) Vide: Ob. cit., pág. 88.

Derecho a sólo hechos jurídicos? Este es el problema; problema que Schreier no resuelve en esta parte de su obra. Mas como vuelve a tratar de este punto y, sobre todo, de los conceptos de persona y derecho subjetivo en la segunda parte de su obra, recogeremos luego su pensamiento.

## II

### HECHO JURÍDICO

Para Schreier «hecho jurídico» y «supuesto jurídico» son expresiones sinónimas. «La expresión «hecho jurídico» —nos dice— es indudablemente equívoca, ya que también se usa para designar un hecho real temporalmente localizado. No creemos, sin embargo, que estas dos significaciones puedan ser confundidas y, en consecuencia, preferimos emplear la expresión consagrada por la terminología tradicional, pero en el sentido de supuesto o hipótesis jurídica» (61).

El hecho jurídico debe contarse entre los conceptos fundamentales. Es jurídicamente relevante en tanto la transformación o extinción del hecho natural no ejerce influencia alguna en las consecuencias jurídicas.

Olvidando su afirmación de que la causalidad nada tiene que ver con el Derecho, acude ahora a la llamada ley de causalidad jurídica: «No hay consecuencias de Derecho sin supuesto jurídico», y al siguiente corolario: «Ninguna modificación de la consecuencia jurídica sin la correspondiente modificación del supuesto jurídico». Y no importa a éste contradecirse su aclaración de que «la citada ley no es un «analogón» de la causalidad natural, sino que deriva de la esencia de la relación; o expresado de otro modo: se trata de un simple juicio analítico» (62).

¿Cómo se enlazan estos hechos jurídicos? A esta pregunta contesta con estas palabras: «La ordenación que nos proponemos establecer no es una ordenación de los hechos jurídicos existentes, sino de las formas posibles y, consecuentemente, varias, que los supuestos jurídicos pueden asumir» (63).

«Si el hecho jurídico —nos dice— es un supuesto y, por ende, la

(61) Vide: Ob. cit., pág. 145.

(62) Vide: Ob. cit., pág. 146.

(63) Vide: Ob. cit., pág. 147.

condición necesaria y suficiente de la consecuencia de Derecho, en él pueden hallarse comprendidas diversas condiciones insuficientes por sí mismas, cuyo número no se encuentra en modo alguno limitado. A estas últimas les damos la denominación de hechos jurídicos dependientes o parciales, en contraposición al hecho jurídico independiente o total» (64).

«Los hechos jurídicos aislados no tienen entre sí relación íntima, simplemente forman una suma, razón por la cual las consecuencias jurídicas de los mismos no son otra cosa que una adición de sus efectos. Cada hecho jurídico aislado puede extinguirse sin perjudicar las consecuencias jurídicas de los demás; esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando dos personas celebran entre sí diversos negocios jurídicos completamente independientes unos de otros» (65).

«La dependencia puede ser de dos especies: absoluta y relativa. Absolutamente dependientes son los hechos jurídicos que por sí mismos no engendran ninguna consecuencia, es decir, aquellos que sólo producen consecuencias de Derecho cuando forman parte de un hecho jurídico total (Volltatbestand). Se asemejan a los verbos auxiliares del lenguaje, cuya función consiste únicamente en permitir la de los otros verbos.»

«Relativamente dependientes son los hechos jurídicos que pueden producir por sí determinadas consecuencias de Derecho, pero no otros, que solamente engendran cuando se hallan unidos a nuevos hechos jurídicos relativa o absolutamente dependientes. Hablamos de otras consecuencias jurídicas, de consecuencias jurídicas de distinta clase, porque cuando la unión de varios hechos produce una simple suma de consecuencias de Derecho, nos encontramos en presencia de un conjunto (Imbegriff) de hechos jurídicos» (66).

Ejemplo de hecho jurídico absolutamente dependiente es la mora. Relativamente dependiente en relación con la constitución del Derecho de prenda es la entrega de la cosa.

A través de sus anteriores distinciones llega Schreier al concepto de «fusión» —al que ya se refirió al tratar de los actos fundantes y fundados— definiéndola con estas palabras: «cuando algo sólo puede darse en una unidad comprensiva, enlazado a otra cosa, decimos que necesita, para existir, encontrarse fundido con ésta» (67).

(64) Vide: Ob. cit., pág. 147.

(65) Vide: Ob. cit., pág. 148.

(66) Vide: Ob. cit., págs. 149-150.

(67) Sigue la definición de Husserl.

Con el concepto de fusión se refiere a una nueva distinción importante: «la fusión puede ser recíproca o unilateral; recíproca cuando la legalidad relativa es reversible; unilateral, en el caso contrario. El color sin la extensión es algo tan imposible como la extensión sin el color, por lo que en este caso hay una legalidad reversible y, por tanto, fusión recíproca; por el contrario, un juicio puede fundarse en representaciones, las cuales no son necesariamente fundamento de un juicio. En este caso, hay, por ende, fusión unilateral.

Esto quiere decir que los hechos jurídicos se fusionan unilateral o recíprocamente. En el caso de la fusión unilateral, la consecuencia del hecho jurídico fundante puede producirse aun cuando el supuesto jurídico fundado no se realice. Recordemos el ejemplo de la mora. De acuerdo con un contrato, el deudor está obligado a realizar la prestación, pero la existencia de su deber jurídico nada tiene que ver con la mora; ésta, en cambio, se halla fundida en el contrato. Otro ejemplo: la transmisión de la propiedad no se halla determinada, de acuerdo con ciertos sistemas, por la realización de un negocio jurídico celebrado para tal efecto. En cambio, el contrato de mutuo no puede existir si no se realiza la transmisión de la propiedad del objeto prestado» (68).

Resulta difícil probar que la constricción del deudor de pagar su deuda no tenga relación con la mora, cuando la esencia de ésta descansa precisamente en una dilación temporal del cumplimiento de aquélla, y resulta difícil igualmente probar —a no ser por razones históricas como en el Derecho romano— que esos negocios a los cuales alude no exijan por su misma esencia la transmisión de la propiedad (casos de la compraventa y de la permuta). Estas razones pueden servir de piedra de toque que contraste el pensamiento de Schreier.

«Entre los hechos jurídicos recíprocamente fusionados —prosigue— se encuentran aquellos relativamente a los cuales la consecuencia del hecho jurídico fundante se halla condicionada por la realización del hecho jurídico fundado. La relación de fusión es, pues, reversible, porque cada hecho parcial (Teiltabbestand) es, al mismo tiempo, fundante y fundado. Ocurre esto en el caso de los hechos absolutamente dependientes.

«La dificultad es mayor tratándose de los hechos relativamente dependientes. Cuando uno de éstos se realiza produce consecuencias jurídicas propias. Para evitar que éstos se produzcan y mostrar que

---

(68) Vide: Ob. cit., págs. 151-2.

el hecho se encuentra, en el caso especial, en una relación de fusión recíproca o, lo que es lo mismo, para determinar si se halla comprendido en el hecho jurídico total, tiene que ser calificado en una forma específica. Esta calificación está constituida, a su vez, por un mero hecho jurídico» (69).

Como ejemplo de este último cita el recurso contra una sentencia si produce efectos dilatorios. Las consecuencias de la sentencia sólo se producen como consecuencia de un nuevo hecho jurídico fundado en el primero: la confirmación en instancia superior.

Todas estas estructuras de hechos jurídicos llenan totalmente el ámbito del Derecho según cree Schreier. Es posible que las consecuencias jurídicas desempeñen, a su vez, la función de hecho jurídico, produciendo, asimismo, consecuencias de Derecho, ya sean como supuesto dependiente o independiente (70).

A propósito del hecho jurídico, páginas adelante, olvidando una vez más su afirmación de que la causalidad nada tiene que ver con el Derecho, Schreier formula claramente la ley de la causalidad jurídica. «Si el hecho jurídico fundado —nos dice— se enlaza a un hecho jurídico fundante, ello influye necesariamente en la consecuencia de Derecho» (71). Y como la consecuencia jurídica la ha escindido en tres partes, a una de éstas ha de referirse necesariamente la modificación del supuesto de Derecho. Analiza así los casos de modificación de la prestación, modificación en la persona del obligado y, por último, la modificación de la sanción.

Respecto a los primeros nos dice: «Algunas veces el hecho jurídico fundado exige una prestación que refunde en sí a la que está subordinada al hecho jurídico fundante, sin perjudicarla». Ejemplo: la mora, en el caso de deuda sin plazo.

Respecto a la modificación en la persona del obligado dice: «Aquí existe también la doble posibilidad de que, tanto el primitivo como el nuevo deudor tengan obligaciones; o de que el nuevo deudor libere al antiguo.»

Por último, también puede cambiar la sanción y resultar aplicable una nueva norma sancionadora en lugar o al lado de la anterior. Corresponde a ello el concepto formal del Derecho de prenda. Por-

---

(69) Vide: Ob. cit., págs. 152-3.

(70) Vide: Ob. cit., págs. 153-4.

(71) Vide: Ob. cit., pág. 168

que la esencia de éste estriba en que constituye una garantía para el caso de incumplimiento de una obligación» (72).

«Todas estas posibilidades —añade— existen tanto en relación con hechos unilateralmente fundados como en relación con hechos jurídicos bilateralmente fundados» (73).

Y a continuación explica todas estas posibilidades valiéndose de expresiones matemáticas. Así, por ejemplo, cuando un heredero se halla obligado a entregar varios legados, tratase de un mismo hecho jurídico productor de diversas obligaciones, cuyo tipo de coordinación es expresado por Schreier de esta forma:

H ... A 01 S 1; A 02 S 2.

Prosigamos exponiendo su pensamiento sobre el hecho jurídico.

«La doctrina de los hechos jurídicos dependientes nos ha revelado cómo los hechos jurídicos pueden fundirse en un todo superior que los comprenda. Ahora tenemos que mostrar en qué forma es posible que al encontrarse diversos hechos jurídicos se aniquilen, de tal manera que dejen de ser hechos jurídicos relevantes y, por tanto, de producir consecuencias de Derecho. Algunos hechos jurídicos no sólo no se funden en un todo productor de nuevas consecuencias jurídicas, sino que se destruyen recíprocamente» (74). Ejemplo: la condición resolutoria. Su realización produce el efecto de aniquilar el hecho jurídico sujeto a tal condición.

¿Qué hecho jurídico es éste? No nos lo explica. Y es lástima, porque así sabríamos a qué atenernos sobre el valor y la extensión dada a la expresión «hecho jurídico» en este caso. ¿Es que se confunden los efectos jurídicos con los hechos? Porque es evidente que el hecho real constituyente de la condición resolutoria, lo que aniquila son los efectos jurídicos nacidos del hecho en el cual se constituyó la condición resolutoria.

Y sigue Schreier: «Para estos hechos jurídicos que se aniquilan hemos elegido el término de hechos incompatibles, siguiendo también en este punto la terminología de Husserl» (75).

De ahí su distinción en hechos jurídicos incompatibles y compatibles.

---

(72) Vide: Ob. cit., pág. 169.

(73) Vide: Ob. cit., pág. 170.

(74) Vide: Ob. cit., pág. 176.

(75) Vide: Ob. cit., pág. 176.

Pueden clasificarse los hechos jurídicos incompatibles de manera análoga a los hechos dependientes: absolutos (negativos), como el desistimiento, la revocación, la denuncia, la rescisión, que fundados en otros, destruyen a éstos, y relativos, como la muerte de un hombre, supuesto jurídico del derecho hereditario, y que a la vez destruye otros hechos jurídicos, como por ejemplo: el que la pena desaparecería con la muerte del condenado.

La distinción entre fusión unilateral y recíproca la aplica Schreier a los hechos jurídicos independientes y aplica sus conclusiones particularmente a la novación, con alusión a la doctrina de Enneccerus. Los hechos jurídicos incompatibles no han pasado inadvertidos en la literatura jurídica, confiesa Schreier, refiriéndose luego a los llamados «derechos negativos», «normas negativas» (Windscheid), «excepciones», e incluso, dice, «se habla de los hechos jurídicos incompatibles bajo las denominaciones de extinción o terminación de los derechos y relaciones jurídicas» (76).

Una última clasificación del hecho jurídico es de destacar en Schreier. La hace desde el punto de vista del tiempo, el cual representa un doble papel en la vida del Derecho: en primer lugar, cuando el transcurso del mismo se transforma en contenido jurídico (supuesto o consecuencia de Derecho); y en segundo lugar, cuando juega un papel respecto de la relación entre el hecho jurídico parcial y el hecho jurídico total. Este último es más interesante. «No se trata del tiempo natural u objetivo, sino de un tiempo jurídico peculiar, expresión de la legalidad propia del Derecho».

«El tiempo natural es una relación asimétrica. Esto quiere decir que si existe una relación de A con B, nunca podrá existir la misma relación de B y A, teniendo, por ende, dicha relación carácter irreversible. Si A es  $>$  que B, no puede ser B  $>$  que A. Si A es anterior a B, B no puede existir temporalmente antes que A» (77).

Aplicando esta relación a la que tienen entre sí los hechos jurídicos parciales, distingue y define los hechos jurídicos en «invertibles» (Wechselzeitiger), «antecedentes» (Vorzeitiger) y «subsecuentes» (Nachzeitiger).

«Hechos jurídicos invertibles son aquellos cuyo orden de colocación puede cambiarse, por lo que es posible decir, significando lo mismo: H 1 + H 2 ó H 2 + H 1. Ejemplo: el *corpus* y el *animus*

(76) Vide: Ob. cit., pág. 187.

(77) Vide: Ob. cit., pág. 194.

tratándose de la posesión. Desde el punto de vista jurídico es indiferente que haya existido primero la tenencia material y después el ánimo de poseer, o a la inversa; lo esencial es solamente que la consecuencia jurídica únicamente se actualiza cuando ambos supuestos existen, por lo que es igual hablar de *corpus* y *animus* o de *animus* y *corpus*» (78).

Henos aquí ante otro ejemplo de la superficialidad de la teoría y de los razonamientos de Schreier. Aun suponiendo —y es mucho suponer— que el *corpus* pueda ser considerado como un supuesto jurídico, es decir, en la terminología de Schreier, un hecho jurídico, no puede afirmarse sin más que sea invertible porque debe ser un *corpus* que corresponde al *animus*, y no todos son de la misma naturaleza. El *corpus* del arrendatario no puede invertirse con el *animus* del propietario. Y por otra parte, una posesión violenta y sin título justificado no puede relacionarse de ningún modo con un *animus*, y mucho menos invertirse.

«Hechos jurídicos antecedentes son aquellos cuyo orden de colocación es irreversible. Naturalmente, puede ocurrir que un hecho jurídico invertible en relación con otro sea, relativamente a un tercero, antecedente o subsecuente, lo que indica que, al aumentar el número de elementos del hecho jurídico total, es posible hallarse en presencia de estructuras más complicadas. Tres hechos jurídicos pueden, verbigracia, ser invertibles (es decir, tener un orden de sucesión que puede alterarse), o bien puede ocurrir que dos de ellos sean invertibles y el tercero antecedente o subsecuente relativamente a los otros. También puede suceder que los tres ocupen un determinado tiempo, de manera que H 1 sea antecedente de H 2, y H 2 antecedente o subsecuente relativamente a los otros. También puede suceder que los tres ocupen un determinado tiempo, de manera que H 1 sea antecedente de H 2, y H 2 antecedente de H 3. Ejemplo correspondiente a la tercera hipótesis: adquisición de la propiedad, ataque a la propiedad, acción. Si se cambiase el orden de colocación no habría ningún hecho jurídico, lo que ocurriría, por ejemplo, si el propietario presentase una demanda antes del ataque a la propiedad; si se quejase de un ataque a su propiedad antes de la adquisición del derecho respectivo; o si adquiriese la propiedad después de presentada la demanda. En cualquiera de estas hipótesis, la demanda tendría que

---

(78) Vide: Ob. cit., pág. 194.

ser rechazada. Por supuesto que el Derecho positivo puede establecer reglas distintas» (79).

Las últimas palabras citadas nos parecen sencillamente una perogrullada. No es sólo que no puedan revertirse propiedad, ataque a la propiedad y acción; es que, además, no pueden siquiera constituir hechos o supuestos distintos, porque la acción es inherente al derecho mismo de propiedad y, naturalmente, si no surge un hecho que la contradiga no cabe el empleo de la acción, sea reivindicatoria, negativa o de otra índole.

Finalmente debemos referirnos a la distinción entre hechos continuos y discontinuos. «Un ordenamiento jurídico puede exigir que en el momento en que la consecuencia jurídica se actualiza coincidan diversos hechos jurídicos parciales como elementos del hecho jurídico independiente o total; pero también puede ocurrir que algunos de los elementos del hecho jurídico total hayan existido previamente y hayan sido después aniquilados por otros hechos incompatibles. A los primeros los llamamos continuos y a los segundos discontinuos...»

«En el concepto de lo continuo queda comprendida la noción, un tanto descuidada por la doctrina dominante, de lo accesorio. Hay continuidad en el hecho jurídico determinante de los derechos de garantía. La accesoriedad es un simple caso especial de continuidad...»

«La distinción entre hechos jurídicos continuos y discontinuos coincide con la que anteriormente hicimos entre hechos jurídicos invertibles y antecedentes. Estos conceptos se cruzan entre sí. Son hechos jurídicos recíprocamente continuos el *corpus* y el *animus* en el caso de la posesión» (80).

El valor de esta última distinción, el propio lector lo habrá calibrado con la lectura de las últimas palabras que citamos. Por ello no insistimos.

#### PERSONA Y DERECHO SUBJETIVO

Estudia el concepto fundamental de persona desde el punto de vista del deber jurídico. Ya advertimos en la primera parte de este trabajo su falta de distinción entre el deber propiamente dicho y la obligación. Así, pues, para Schreier bien podemos decir que la per-

(79) Vide: Ob. cit., págs. 194-5.

(80) Vide: Ob. cit., págs. 202-3.

sona es sólo el sujeto de la constricción jurídica en general. He aquí sus propias palabras: «Cada obligación, cada deber ser, incluso en el sentido de una relación jurídica formal, exige un obligado, un sujeto del deber. El sujeto del deber es el concepto primario de persona, y pronto veremos cómo de él surge el sujeto de Derecho.»

«El concepto de sujeto del deber resulta plenamente determinado mediante la indicación de su situación en la relación jurídica; pero a la teoría jurídica pura no debe exigírsele que ofrezca los criterios materiales de acuerdo con los cuales el sujeto del deber puede determinarse. Tal actitud sería empirismo, y tendería además a la sustitución de los objetos jurídicos especiales por una intuición determinada. De este modo volvería a caerse en el Derecho natural, pues si el Derecho positivo quisiera ir más allá de los límites señalados, lo que no sería imposible, dada la completa libertad del Derecho real, resultaría necesario considerar una norma de esta especie como no jurídica» (81).

¿Por qué no exigir a la teoría pura la determinación de ese sujeto, al menos formalmente, ya que no materialmente? Y no creemos que al hacerlo se incurriese en empirismo. ¿Acaso no cabría determinar sus condiciones *a priori* en vista del propio deber jurídico? Esto escapa a la perspicacia de Schreier.

Basar la personalidad en la capacidad para tener derechos y obligaciones es empirismo para Schreier. Hay que apartarse de esta posición. «Kelsen y Binder —nos dice— fueron los primeros en apartarse de estas concepciones. Las ideas del segundo aproxímanse sobre todo a las nuestras.» «Ser sujeto del derecho significa hallarse frente al ordenamiento jurídico en la relación que llamamos derecho subjetivo. (Se refiere a la opinión de Binder.) Hay sólo un aspecto en el cual no coincidimos con Binder, pues el punto de partida no está para nosotros en el derecho subjetivo, sino en el deber jurídico.»

«La solución de este problema deriva de nuestros estudios sobre el portador de la norma jurídica. Como los portadores del Derecho son hechos y no otra cosa, las manifestaciones de cada uno de los conceptos jurídicos fundamentales son siempre hechos, siendo imposible otra concepción correcta de los mismos. No sólo los supuestos jurídicos, también las personas manifiéstanse en situaciones de hecho. Así como los griegos veían en cada acontecimiento natural una Divinidad, el jurista puede considerar cada suceso como encarnación de

---

(81) Vide: Ob. cit., pág. 208.

la personalidad. De este modo, el problema aparente de la personalidad jurídica deja de existir, quedando encomendada al Derecho positivo la tarea de describir los hechos especiales que representan encarnaciones de personas» (82).

La idea es clara: se trata, como ya vimos, de ampliar la noción del sujeto de Derecho y no de reducirla al hombre. ¿Es sólo un hecho? Esto es lo que habría de probarse en lugar de enunciarlo tan sólo. Y además, ¿cómo determina el Derecho positivo tal hecho? ¿Es que se trata de una noción que no interesa al Derecho real y al Derecho posible? Porque entendemos que si se trata de una noción fundamental, bien debiera explicarla y no salirse por la tagente con dejar al ordenamiento positivo el que en cada caso determine el hecho susceptible de ofrecer el carácter de personalidad jurídica.

Pero lo que llama más la atención en las palabras citadas es que por una parte significan la eliminación del concepto persona, y por otra emplea la palabra «persona» aunque —como siempre— sin precisar su contenido. Creemos que esto no es serio. Schreier sospecha que es así, y por eso nos dice a continuación: «Pero podría creerse que en esta forma el concepto de persona resulta eliminado. ¿Será necesario que haya un concepto aparte? ¿Bastará con decir que la consecuencia jurídica es una situación de hecho, o será necesario descomponerla y considerar el concepto de persona como contenido de aquélla?»

«Semejante objeción resultaría infundada. Las situaciones especiales de hecho comprendidas en la consecuencia jurídica deben ser cuidadosamente distinguidas. Aclaremos lo dicho por medio de un sencillo ejemplo: una norma jurídica dice: en determinadas circunstancias, y de acuerdo con ciertas normas, debe el juez declarar el Derecho. Imaginemos que la consecuencia jurídica se realiza de este modo: un individuo vestido con todos los signos de la dignidad judicial ha resuelto en una sala de audiencias, de acuerdo con el derecho vigente y en presencia de las partes, observando además los necesarios presupuestos, una controversia jurídica. Este hecho unitario, que parece representar el cumplimiento de un deber, puede carecer, sin embargo, de significación jurídica y no ser un acto de jurisdicción. Pues sobre la base de la citada descripción no sabemos si el juez era realmente juez, siendo posible que el individuo de nuestra hipótesis hubiera ostentado indebidamente los signos de la dignidad

---

(82) Vide: Ob. cit., págs. 209-211.

judicial. Para decidir sobre este punto no basta con lanzar la mirada sobre el hecho del aparente cumplimiento de una obligación, o de la realización de una prestación determinada, sino que hay que dirigirla hacia otro hecho, a saber: el nombramiento del juez. Sólo cuando nos hemos cerciorado de que este supuesto también se realizó podemos decidir si la consecuencia jurídica descrita constituye o no la observancia de una obligación» (83).

En este punto Kelsen difiere de Schreier. Para el primero, la «imputación» es el enlace que sobre la base de la norma se establece entre un sujeto y una situación de hecho. Para Schreier, entre el sujeto y el deber aparece un elemento intermedio: el supuesto en virtud del cual la persona es designada. «En la imputación —dice— hay, pues, que distinguir dos elementos diferentes: por una parte la relación de los dos hechos, el de la designación y el de la prestación, y por otro, el vínculo entre la designación y la persona. Por lo que toca al primero, el enlace de los dos hechos se encuentra dado en la relación jurídica que establece ambos términos, sin que sea necesario recurrir a ningún pensamiento normativo.

En lo que atañe al segundo vínculo, al lado del hecho jurídico no hay una persona, pues aquél es la encarnación de ésta. Toda otra explicación constituye una hipótesis» (84).

Siguiendo la determinación del concepto de persona en Schreier, digamos que no la considera una sustancia, es decir, «algo inmutable y persistente». Trátase de una situación de hecho, de un acontecimiento temporal. Y para resolver el problema de que la persona se refiera a varias normas y no obstante aparecer como «la misma», Schreier atribuye a la persona el carácter de un hecho total compuesto de hechos parciales integrados en un hecho fundamental originario, el de la constitución de la persona. «Por supuesto —dice— que es posible pensar en un ordenamiento jurídico para el cual el nacimiento sea el único hecho constitutivo de la persona, aun cuando casi siempre existen, al lado de éste, muchos otros, especialmente el relativo a las "personas morales", que a su vez puede descomponerse en una serie de otros hechos». (85).

¿Qué es lo que determina esa situación de hecho total en que Schreier basa la personalidad? No nos lo explica. También —aunque

---

(83) Vide: Ob. cit., págs. 211-212.

(84) Vide: Ob. cit., págs. 212-3.

(85) Vide: Ob. cit., págs. 214-5.

no lo explique suficientemente— da a entender que la personalidad es algo que exclusivamente confiere el ordenamiento positivo. El problema de si la personalidad es creada o constatada por éste queda resuelto en favor del primer punto de vista. La deshumanización del Derecho, tan típica de la teoría de Kelsen, es confirmada por la construcción teórica de su discípulo. ¿Es que acaso todo sujeto de Derecho no tiene nada que ver con el hombre? ¿Es que éste no puede ser sujeto de Derecho fuera de todo orden positivo? Así lo cree Schreier, confundiendo, como su maestro, Derecho y Estado.

Las afirmaciones subsiguientes sobre el derecho subjetivo y sobre el sujeto de Derecho no hacen sino confirmar este punto de vista.

Al igual que Kelsen, entiende Schreier que el derecho subjetivo sólo «puede existir en la norma jurídica». El Derecho objetivo es lógicamente anterior al subjetivo.

«Concebimos las normas jurídicas por medio de proposiciones de Derecho; ahora bien, se puede hablar de subjetivación de tales preceptos cuando un hombre cualquiera los piensa o expresa. Este hecho nada tiene que ver con el derecho subjetivo: una equiparación de ambos conduciría al empirismo» (86).

Derecho subjetivo y deber jurídico son correlativos. La noción de derecho subjetivo es un concepto que deriva de la relación jurídica. Pero al hablar de él es preciso aludir a un hecho *sui generis*: los supuestos jurídicos que contienen una designación. No es necesario demostrar esta posibilidad —piensa el jurista austríaco—, porque la designación es un hecho jurídico que, como tal, puede aparecer en el supuesto de Derecho.

«Con el concepto del derecho subjetivo obtenemos al mismo tiempo, de este modo, el del sujeto de Derecho, pues el hecho jurídico fundamental abarca varios derechos subjetivos, o lo que es lo mismo, el mismo hecho fundamental se manifiesta en los diversos hechos de designación del derecho subjetivo, fundiéndolas entre sí» (87).

«Pero no hay que olvidar que la noción de sujeto de Derecho no es, como la de sujeto de deber, un concepto fundamental. De la designación del sujeto de Derecho sólo puede hablarse en un sentido traslaticio cuando no existe la posibilidad de que el sujeto en cuestión pueda ser, al propio tiempo, sujeto de algún deber. En este caso se habrían tomado aisladamente algunos hechos como hechos de de-

(86) Vide: Ob. cit., págs. 221-2.

(87) Vide: Ob. cit., pág. 222-3.

signación del sujeto de Derecho, uniendo un grupo de normas de acuerdo con la comunidad de aquéllas. La unidad de la persona como sujeto de derechos y deberes sólo existe en cuanto los hechos de designación de las obligaciones y las facultades jurídicas refiérense a hechos fundamentales comunes en los que los primeros se encuentran fundados. Esta unidad no es todavía absoluta, pues hay personas incapaces para adquirir ciertos derechos, en tanto que otras no pueden reportar determinadas obligaciones. Piénsese, por ejemplo, en la incapacidad de ciertas personas para adquirir bienes raíces, o en el hecho de que únicamente los «ciudadanos» puedan tener derechos subjetivos públicos» (88).

Es cierto que se corresponden las nociones de deber y de derecho subjetivo, mas no siempre en la misma persona. Admitida la correspondencia, más la correlatividad, entre la posición activa del derecho subjetivo y la pasiva del deber, no comprendemos por qué éste es una noción fundamental y aquél no, como piensa Schreier. Por otro lado, no se explica por qué ha rechazado por «empírica» la conceptualización de la persona como unidad de capacidad de derechos y constricciones, y ahora se refiere a ella. ¿Qué es aquello que fundamenta esa unidad? ¿Trátase de un hecho? ¿Trátase de una sustancia? Esta última constituye una razón explicativa, aunque ya sabemos que Schreier la rechaza. Pero si es un hecho, eso que hace que una persona sea una, pese a la diferencia en distintas épocas y circunstancias de ser portadora de diferentes y en mayor o menor grado de constricciones y deberes, ¿por qué no nos explica en qué consiste tal hecho?

Schreier se hace eco de esta diferencia. Por eso se refiere a lo que él llama «doctrina de la personalidad como magnitud variable». Se muestra en parte conforme con la doctrina formulada por Binder y afirma: «Si se acepta nuestro punto de vista, todos los problemas relativos a la persona quedan resueltos. La unidad de la capacidad jurídica resulta de este modo destruída y la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de ejercicio cobra un sentido nuevo. La capacidad de ejercicio es sólo uno de los hechos fundados que se relacionan con el hecho jurídico fundamental de la capacidad jurídica. Es claro que al lado de aquél pueden existir otros cuyo número sólo se encuentra limitado, en cada ordenamiento jurídico, por el de las normas que lo componen. La misma teoría dominante adopta los

---

(88) Vide: Ob. cit., pág. 223.

conceptos de capacidad delictuosa, mercantil, testamentaria, de adopción, etc. Si quisiéramos, de paso, tomar partido ante la disputa sobre si el derecho del tutor o del curador es un derecho propio o corresponde al representado, sin dificultad obtendríamos la solución: el hecho fundamental es la capacidad jurídica del pupilo. En ciertas normas, especialmente las que se refieren al negocio jurídico, aparece un nuevo hecho fundado: el nombramiento del tutor, etc. Como la persona se constituye por el hecho jurídico fundamental, el derecho tiene que ser referido a éste, y es, por ende, un Derecho del pupilo, etc.» (89).

Volvemos a la misma petición de principio. Es cierto que cada capacidad jurídica especial ha de basarse en el título jurídico que la determine y en la capacidad general para ser sujeto de constricciones y de facultades; mas, ¿cuál es el hecho «fundante» que autoriza en cada caso el hecho «fundado»? Seguimos sin contestación adecuada.

Prosiguiendo su construcción y como derivación de lo expuesto, sienta esta otra afirmación: «La adquisición de un derecho es el hecho de la designación del sujeto, y este hecho puede existir independientemente de los demás hechos parciales integrantes del supuesto jurídico. Lo dicho explica la posibilidad de que se adquiriera un derecho antes de que exista la obligación correspondiente. El ámbito del derecho subjetivo tiene, de acuerdo con esta determinación, la misma amplitud que le atribuye la doctrina dominante» (90).

Y nos aclara un poco más su pensamiento páginas más adelante cuando nos dice: «Por lo que toca a la relación entre poder jurídico y facultad, diremos que el primero queda comprendido en el concepto de la segunda. Pues el poder jurídico es siempre poder de una persona, es decir, designación. En relación con este punto habría que distinguir los poderes jurídicos primarios y secundarios, siendo los primeros los que aparecen en el hecho jurídico de una norma primaria, y los segundos los que aparecen en una norma fundada; debiendo advertirse que en este caso no hay que tomar en cuenta las normas secundarias (sancionadoras), que también son normas fundadas porque la designación que éstas contienen representa la pretensión. Como ejemplo del primer tipo podemos citar la celebración de un contrato; como ejemplo de poderes del segundo, los «derechos

---

(89) Vide: Ob. cit., págs. 225-6.

(90) Vide: Ob. cit., pág. 228.

de creación». Al ámbito de las facultades pertenecen también los derechos negativos, es decir, los hechos jurídicos incompatibles que contienen una designación: renuncia, dimisión, etc., y también impugnación, etc. Todos estos conceptos son auténticas formas vacías pertenecientes a la teoría jurídica formal, pero nunca han sido estudiados en tal aspecto. Desgraciadamente no podemos proponernos semejante tarea» (91).

¿Y por qué no?, preguntamos, a su vez, nosotros. Tal vez ese hubiera sido el mejor camino para aclarar su pensamiento desde el ángulo formal, y para calibrar el valor del mismo. De ese modo se nos muestra su obra como un simple ensayo de formulación formal del Derecho desde una posición metodológica insuficiente y al margen de las nociones más fundamentales, sobre las cuales o no quiere o no sabe tomar posición, o lo que es peor: prescinde de definir las.

#### PRESTACIÓN Y SANCIÓN

La prestación no es otra cosa —en la teoría formal del discípulo de Kelsen— que el objeto del deber.

«La prestación —nos dice—, el objeto del deber, es, relativamente a su portador, un hecho, a saber: el que al ser atribuido al obligado lo libera de su obligación. Es lo que, bajo las expresiones, tan imprecisas desde el punto de vista terminológico, de objeto del derecho, cosa, etc., debe entenderse correctamente.

Una determinación más precisa de este concepto no es posible y todos los ensayos que en tal sentido se hagan tendrán que resultar frustrados y culminar en ficciones o en una actitud jusnaturalista, pues el derecho que realmente existe, es decir, los diversos ordenamientos jurídicos especiales, pueden establecer libremente qué hechos deben ser considerados como prestaciones» (92).

Nada tenemos que oponer a tal noción de la prestación si cambiamos la palabra deber por la más adecuada de constricción. Recuérdese lo que dijimos a propósito de esa distinción —para nosotros fundamental— que escapa al jurista austriaco entre deber jurídico propiamente dicho y obligación. De conocerla, posiblemente no tendría de la prestación una noción tan superficial y tan simple.

---

(91) Vide: Ob. cit., págs. 230-1.

(92) Vide: Ob. cit., pág. 237.

Para Schreier, la prestación ni es una conducta ajena, una voluntad ajena como cree Savigni, ni es tampoco una satisfacción de los fines del acreedor, como cree Hartmann. «En ambas teorías —afirma— ejerce su influencia la siguiente idea: cuando el derecho subjetivo es considerado como un concepto lógicamente anterior a la noción del deber jurídico, el objeto de la obligación, es decir, la prestación, se determina solamente de acuerdo con el Derecho. Pero éste no es referido a hechos jurídicos, sino relegado por una conocida metátesis a la esfera psicológica. Mientras nosotros consideramos la situación del objeto del deber frente al titular del derecho como una relación puramente lógica, aquellas teorías conciben el objeto de la obligación como correlato intencional del desear o el querer, es decir, del «interés» del propio titular.

De aquí que ambas concepciones puedan ser imperceptiblemente confundidas, ya que su expresión lingüística es la misma. La prestación es el objeto; pero este término puede ser entendido en dos sentidos completamente diversos, es decir, aplicarse al objeto intencional y al objeto de la relación. El hombre que desempeña el papel de acreedor dirige su voluntad al objeto intencional, mientras que el objeto de la relación es un concepto relativo postulado por la misma» (93). (Ob. cit., pág. 238-9.)

Aun considerando el objeto del deber (en sentido amplio de construcción) como relación puramente lógica y se distingan esos dos sentidos a que se refiere nuestro autor en el objeto, ¿cómo construir ese mismo objeto cuando no existe acreedor y en cambio existe construcción jurídica en el sujeto de un deber? ¿Será también un objeto intencional?

Y sigue desarrollando Schreier su pensamiento con estas palabras: «La substitución del objeto intencional o del objeto de la relación ha tenido para la sistemática del Derecho privado consecuencias altamente perjudiciales a las que en este sitio sólo de manera superficial podremos referirnos. La clasificación de los objetos no se hace de acuerdo con la diversidad engendrada por la relación, sino atendiendo al objeto intencional. Ahora bien, semejante división no puede tener resultados jurídicos utilizables. Piénsese, por ejemplo, en los ensayos realizados por los autores de Derecho penal, atendiendo al bien jurídico protegido. Aquí hay que buscar también el origen de la contienda, todavía no solucionada, acerca de la limitación y

---

(93) Vide: Ob. cit., págs. 238-9.

caracterización de los derechos reales y personales. Se afirma que el objeto del derecho real es una cosa, en tanto que el del derecho de crédito es una conducta ajena. Desde el punto de vista del interesado o titular, esta tesis puede señalar una diferencia correcta e importante; pero desde el ángulo visual de la teoría jurídica carece de validez» (94).

Creemos que afirma demasiado al decir que no se ha hecho doctrinalmente una división de los derechos atendiendo a la diversidad engendrada por la relación. Es precisamente atendiendo a ésta que se ha llegado a distinguir fundamentalmente —recuérdese el caso de Rigau y su monografía sobre la naturaleza del derecho real— los derechos de crédito de los derechos reales. ¿O es que cree Schreier que sólo sobre la base del interés del titular de la facultad se ha hecho la clasificación? Quizás desde este punto de vista no ofrezca apenas diferencia, pues el mismo interés puede tener un acreedor en realizar su facultad que el titular de un derecho real. Es en la propia naturaleza de la relación jurídica donde hay que buscar la diferencia que, ciertamente, existe (95).

Y sigue Schreier: «La distinción tiene su antecedente en la que los pandectistas establecían al hablar de «derechos sobre» y «derechos a». Es indudable que esta distinción no puede servir de base a división alguna, porque todo derecho es un derecho sobre, ya que exige una prestación que constituye su meta, es decir, con la cual se relaciona. La expresión «derecho» alude al hecho jurídico por el cual el titular es designado y el derecho adquirido y, algunas veces, también al hecho por el cual el derecho se ejercita. Un «derecho a» es un derecho «sobre la propia conducta», de donde resulta una duplicación del concepto en cuestión. Habría que hablar entonces de derechos sobre derechos, es decir, de los derechos sobre la propia conducta, y de esta misma conducta que, a su vez, sería también un derecho. Como ejemplo cito solamente el derecho a una renuncia» (96).

Un «derecho a» es, efectivamente, un derecho sobre la propia conducta, exclusivamente sobre la propia conducta, aunque no se trate de un derecho real o de un derecho de crédito. Son los que la doctrina llama «derechos potestativos» que, por lo visto, Schreier desconoce. Pero un «derecho a», sin perjuicio de ser un derecho sobre

(94) Vide: Ob. cit., págs. 239-240.

(95) Vide: *Teoría del deber y del derecho subjetivo*, nuestro trabajo publicado en Ed. Reus, 1948, en colaboración con LINO RODRÍGUEZ-ARIAS.

(96) Vide: Ob. cit., pág. 240.

la propia conducta, puede y es, frecuentemente, un derecho a exigir cierta conducta de los demás. Y aquí entran a formar parte lo mismo los derechos reales que los de crédito. Los primeros porque significan la facultad de exigir *erga omnes* el respeto y la consideración legal exigibles a tal derecho. Los segundos, porque evidentemente tienden directamente —a diferencia de los primeros que sólo exigen a los demás indirectamente— a exigir una determinada conducta —dar o hacer— a los deudores. En consecuencia, no puede servir de base ni de antecedente a la división en derechos reales y de crédito la aludida distinción entre «derechos sobre» y «derechos a».

Con esto se demuestra que Schreier no conoce profundamente el Derecho privado en el cual se ha querido basar —por ser el más trabajado según él— para formular su teoría jurídica. Es un desconocimiento más que anotar y añadir a otros ya aludidos.

Confirma esta nuestra impresión su formulación del vínculo obligatorio y pretensión jurídica. «Como la noción de relación jurídica, la de vínculo obligatorio tiene también el doble sentido de relación y concepto relativo, es decir, el de hecho jurídico condicionante de la obligación y el de la obligación misma. Aquí aparece un tercer equívoco: el vínculo obligatorio no es solamente el hecho jurídico total, sino también un hecho parcial al que se da preferencia. En este sentido se dice, por ejemplo, que el contrato es el hecho condicionante de la obligación; pero esta determinación no siempre es correcta, pues, con gran frecuencia, se exigen además otros requisitos condicionantes, como, por ejemplo, el transcurso de un cierto tiempo, etc...»

«La relación entre el mencionado concepto y la noción de pretensión jurídica varía, pues, de acuerdo con la significación que se otorgue al término vínculo obligatorio. Pretensión y vínculo obligatorio no son conceptos idénticos, sino correlativos.»

«La diferencia que media entre el vínculo obligatorio y la pretensión jurídica resulta en primer término de la existencia de «vínculos obligatorios complejos que no dan origen solamente a una prestación especial determinada, sino a una pluralidad de prestaciones especiales. Pero también en el caso de los «vínculos obligatorios simples, en los cuales la relación de obligación da origen a una sola prestación, como ocurre, verbigracia, tratándose del mutuo sin interés, la prestación difiere, asimismo, del vínculo obligatorio que la crea, incluso cuando este último parece agotarse en una sola pretensión». Por último, el derecho a la prestación «puede transformarse en una preten-

sión distinta, tendente a obtener otra prestación equivalente». Es claro que en todos estos problemas se trata de relaciones, ya conocidas por nosotros, que existen entre hechos jurídicos fundados, de las que hablamos de manera especial al exponer el concepto de relación jurídica» (97).

Esto es todo su pensamiento sobre la obligación. Hemos prescindido de la crítica a otras doctrinas desde su propio punto de vista, con la cual —como en general en todos los puntos tratados— llena páginas y más páginas. Pero a la hora de construir su propio pensamiento quédase siempre en la penumbra, en un salirse por la tangente, sin resolver plenamente el problema. El lector habrá advertido esto al leer las palabras que entresacamos del texto, y en las cuales se pretende establecer la diferencia entre vínculo obligatorio y pretensión jurídica. ¿Son realmente correlativos? ¿No cabe pretensión sin vínculo? ¿No nos cabe vínculo obligatorio —en el amplio sentido de constricción como hemos visto lo emplea el autor a través de su obra— sin pretensión? Creemos que sí, pero esto depende de la distinción entre deber y obligación. Por otro lado, ¿no cabe una transformación del vínculo obligatorio siendo la misma pretensión?

Reconocemos, sin embargo, que todos estos problemas requieren una consideración sustancial o de fondo y no meramente formal. Es lógico que la teoría de Schreier no puede afrontarlos, con lo cual nos muestra una vez más la insuficiencia de su construcción acerca de los conceptos fundamentales del Derecho.

No contiene la obra que estamos glosando más doctrina acerca de la prestación. Recogiendo su anterior definición de la sanción, es decir, el hecho por virtud del cual se enlaza con una nueva norma la consecuencia jurídica propia del incumplimiento de una obligación, nos dice: «La norma primaria y la secundaria se hallan enlazadas en tal forma que la hipótesis de ésta es la posición contradictoria de la tesis de aquélla. Este enlace contiene necesariamente un nuevo nexo: el hecho jurídico de la norma secundaria se encuentra fundado en el de la primaria. Pues sólo cuando el supuesto de la primaria se ha realizado existe una obligación y puede ser violado. Infiérese de ello que la sanción sólo es posible sobre la base de la violación de un deber; que la violación sólo se concibe en cuanto el deber existe y que éste, a su vez, tiene su fundamento en un hecho jurídico. El hecho jurídico primario sirve de fundamento de este modo al secundario,

---

(97) Vide: Ob. cit., pág. 253.

por lo cual, modificando en cierto modo el concepto de transitividad que expusimos anteriormente, podríamos decir que en la cadena de las normas sancionadoras domina la transitividad» (98).

Y añade: «El juez no tiene que investigar si el apoderamiento de una cosa constituye el incumplimiento de un contrato, sino únicamente si tal apoderamiento constituye el hecho jurídico del robo. Los problemas sobre concurrencia del delito y la violación de una obligación civil deberían ser examinados desde este ángulo visual» (99).

No dejamos de comprender lo que Schreier quiere significar al referirse al papel de enlace de la sanción. Quizá sea aquí donde más claramente pueda brillar su punto de vista formal. Pero se echa de menos, otra vez, la diferencia fundamental entre el verdadero deber y la simple obligación. La función que asigna al juez es clara desde el punto de vista del estricto deber jurídico; no así desde el punto de vista de la obligación, pues lo primero que ha de comprobar es la existencia del contrato y su incumplimiento.

«El hecho jurídico total de la norma secundaria contiene también, a menudo, otros hechos parciales al lado de la violación del deber jurídico. Entre aquéllos y éste pueden existir formas jurídicas diferentes, debiendo examinarse especialmente si la violación es continua o discontinua relativamente a los restantes hechos jurídicos. Si es discontinua, la posterior realización de la prestación no impide la sanción. Así, por ejemplo, tratándose de la deuda a plazo, el deudor moroso no resulta liberado por el cumplimiento. El caso más importante de una violación jurídica continua es el daño, ya que la reparación de éste impide que la sanción se actualice.

La disolución del concepto de sanción en una serie de relaciones conexas resuelve el tan discutido problema que consiste en determinar si el cumplimiento de la norma secundaria es también una prestación o un simple «sucedáneo» de la misma» (100).

«En la misma forma se resuelve el problema sobre la relación entre derecho sustancial y adjetivo, o sea, entre Derecho y protección jurídica. El primer punto de vista ante esta cuestión es el de que el derecho de acción se halla contenido en el sustancial. El derecho de acción es un concepto que indudablemente pertenece al Derecho privado» (101). El segundo punto de vista: «El derecho de acción no

(98) Vide: Ob. cit., págs. 240-241.

(99) Vide: Ob. cit., pág. 241.

(100) Vide: Ob. cit., pág. 243.

(101) Vide: Ob. cit., pág. 245.

es un desdoblamiento del derecho material, porque tanto como derecho de intervenir en el proceso, cuanto como derecho a una condena, es independiente del derecho privado subjetivo. El derecho de acción no se encuentra contenido en el derecho privado. Entre estos dos polos opuestos se halla la opinión correcta. El hecho jurídico del derecho material es también hecho jurídico parcial en la norma sobre el proceso, norma sancionadora en la cual el juez aparece como obligado. Es cierto que se trata solamente de un hecho jurídico parcial. Si a éste no vienen a unirse otros, a saber: los supuestos procesales, el deber del juez no llega a actualizarse. Y por otra parte, existen otros hechos jurídicos que provocan la misma obligación jurisdiccional, aun cuando no exista el derecho material como, por ejemplo, cuando concurren los supuestos de la sentencia dictada en rebeldía. Cuando tomamos en consideración los primeros hechos jurídicos sólo podremos hablar de una «pretensión» orientada a la consecución de una sentencia favorable cuando es complementado por los demás con que se integra el hecho jurídico total» (102).

Tal es el desarrollo a que lógicamente conduce a Schreier su punto de partida doctrinal.

## EL ESTADO

Siguiendo a su maestro Kelsen, Schreier considera igualmente el Estado como un conjunto de normas y de normas positivas.

«Creemos —nos dice— que no se podrá discutir seriamente que se trata necesariamente de un conjunto de normas jurídicas dotadas de positividad. Podemos esperar, por consiguiente, que una determinación más precisa del Derecho positivo nos ponga en el camino que conduce al establecimiento de la noción del Estado. En esta empresa queremos prescindir de la determinación del Derecho positivo como correlato del acto de creación jurídica, pues fundamentalmente nos interesa la determinación de la positividad que identifica la esencia de ésta con la vigencia» (103).

Para quien, como el jurista austriaco, no admite sustancia en la persona y, por tanto, en la persona jurídica, es claro que ésta —y el Estado es una de ellas— no puede consistir en otra cosa que en un

---

(102) Vide: Ob. cit., pág. 246.

(103) Vide: Ob. cit., págs. 259-260.

conjunto de normas positivas confundiendo ente y orden jurídico por el cual se rige. Es lógico, pues, que partiendo de este punto inicial investigue qué sea Derecho positivo. Lo que ya no es lógico es que en esta parte de su teoría adopte otro punto de vista metodológico y acuda a lo empírico. Esto quieren decir las palabras siguientes: «La norma no nos revela por sí misma si es o no Derecho positivo, pues de acuerdo con su esencia constituye un objeto jurídico de especie y contenido determinados. Tendremos, pues, que recurrir a otra instancia, y la encontramos en el conocimiento de hechos, en la experiencia.» (Ob. cit., pág. 260.)

«El problema acerca de la «vigencia» de una norma jurídica conduce siempre, en última instancia, a una «postulación» real. Se puede partir de una proposición jurídica especial que remite a otra supraordinada a ella y de cuya vigencia depende la de la primera. El replanteamiento del problema conduce necesariamente a una primera postulación, ya sea consuetudinaria, ya derivada de una «autoridad» que ha otorgado vigencia a la norma de que se trate. Pues si en este regreso se llegara a proposiciones jurídicas dotadas de validez intrínseca y evidente, el punto de mira jusnaturalista sería justificado.» (Obra citada, pág. 261).

Nuevamente debemos llamar la atención sobre el equivocado concepto que tiene del jusnaturalismo. No se defiende en éste que no se precise del Derecho positivo, como se afirmaría si la norma natural tuviere validez por sí misma en una sociedad organizada. De lo contrario, no podría afirmarse la función informadora del Derecho positivo que asignamos al Derecho natural.

Y sigue Schreier: «El hecho temporal de la postulación conviértese así en hecho jurídico en el segundo sentido de la palabra, es decir, en elemento del supuesto jurídico. El hecho jurídico primitivo resulta ampliado por el hecho de la postulación. La positividad no es otra cosa que el hecho jurídico de la postulación, debiendo advertirse que al caso pueden aplicarse todas las leyes y formas que en general valen para los hechos jurídicos.

La determinación que acabamos de hacer es puramente formal. En el concepto de hecho jurídico de postulación no hay elemento material alguno. Tal concepto debe ser llenado por cada ordenamiento jurídico especial. Pues no toda postulación puede determinar la vigencia de una norma jurídica. Las normas jurídicas obligatorias sólo

pueden ser expedidas por el monarca hereditario o electo, o por la representación popular» (104).

Es decir, que, en último término, la positividad o vigencia del Derecho descansa en la voluntad del príncipe o del pueblo. ¿No nos había dicho que el Derecho nada tiene que ver con la voluntad?

Schreier continúa expresando su pensamiento de este modo: Esta autoridad suprema, última «fuente» del hecho jurídico fundamental, a la que tenemos necesariamente que referirnos, es la que hace posible la unidad del Estado. El hecho jurídico fundamental es el punto final común a todas las proposiciones jurídicas vigentes que pertenecen a un determinado ordenamiento especial. El estado es, pues, la totalidad de las proposiciones jurídicas; y la vigencia (positividad) descansa en la postulación de un hecho fundamental común» (105).

Así, pues, la coincidencia con Kelsen es evidente. Pero Kelsen llama a la fuente suprema con la expresión «norma fundamental». Schreier la considera un «hecho jurídico fundamental». Como la palabra «hecho» —como vimos— es equivalente a «supuesto jurídico», es claro que la coincidencia es plena y la diferencia únicamente estriba en un cambio de expresión.

A partir de aquí la coincidencia se acentúa. También Schreier considera el ordenamiento positivo como un orden jerarquizado de normas con enlace lógico con la norma fundamental. Y así nos dice: «Sólo que una proposición jurídica no tiene vigencia únicamente cuando se relaciona en forma directa con la fuente de Derecho. Esto quiere decir que al hecho jurídico fundamental, como hecho condicionante de la positividad, pueden superponerse nuevos hechos de postulación... Constitúyese así un orden jerárquico de hechos jurídicos... Distinguimos los diferentes grados de acuerdo con determinados requisitos normativos: tratándose, por ejemplo, de leyes constitucionales y ordinarias, los que la Constitución fija; tratándose de un reglamento, la intervención de un ministro, verbigracia... El nexo lógico entre los distintos grados es un hecho dependiente: el hecho jurídico de la constitución es dependiente en relación con el de la ley; el de la ley en relación con el del reglamento. Y a la inversa... No debemos olvidar que todos estos hechos fungen como portadores de una significación, es decir, como encarnaciones de normas jurídicas irreales... La relación fundamental entre las significaciones consiste

---

(104) Vide: Ob. cit., pág. 262.

(105) Vide: Ob. cit., pág. 263.

en que la significación de grado inferior no puede rebasar los límites que le impone la del grado superior, ya que de lo contrario carecería de validez. Puede decirse, pues, que el grado inferior se halla contenido en el que lo está supraordinado» (106).

Nada tenemos que oponer a ese enlace lógico de unas normas inferiores con las superiores, si prescindimos de lo dicho acerca de la norma fundamental como última fuente. Pero Schreier soslaya una serie de problemas en relación directa con esa jerarquía, con el origen de cada hecho o supuesto jurídico, con la autoridad que lo promulga, etc. «En este lugar —nos dice— no podemos investigar qué porción de la significación correspondiente al grado superior pertenece al inferior» (107). Y es lástima que nos escamotee su posición en este punto cuando habría podido ser una brillante aportación a la teoría formal del Derecho y, en todo caso, una idea original del autor, pues ya se ha visto que no hace sino repetir lo ya dicho por Kelsen.

Nosotros no diríamos que la norma o supuesto jurídico inferior se halla contenido en el grado superior, sino sólo fundado, pues caben normas inferiores que por su mayor concreción y adaptación a las circunstancias en que han de aplicarse no se hallen contenidas en la de grado superior, sino sólo fundadas. Tal es el caso de un reglamento de aplicación respecto de su ley.

«Cuestión radicalmente diversa es la que consiste en investigar si la postulación de una norma da lugar a una consecuencia jurídica cualquiera. Esto no sucede necesariamente en todo caso, porque el hecho puede ser jurídicamente irrelevante, es decir, formar parte del espacio jurídico vacío. Pero hay también otras posibilidades... En el ámbito de un ordenamiento jurídico especial puede haber una norma a la que el hecho jurídico de la postulación le otorgue, en el caso de una extralimitación del sentido señalado por la norma superior, las mismas consecuencias que hubiera tenido de no existir la extralimitación... A la norma que equipara el hecho de la postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamente en la existencia de un hecho exterior, le damos el nombre de norma de habilitación (*Rechtskraftnorm*). La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuen-

---

(106) Vide: Ob. cit., págs. 265-6.

(107) Vide: Ob. cit., pág. 266.

cias jurídicas establecidas por la norma nula. De este modo y mediante un rodeo —a través de la norma de habilitación— el precepto nulo queda incluido en el Derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido» (108).

«La forma que hemos señalado en relación con la norma de habilitación no es la única posible. Al lado de ella existen otras menos enérgicas. La simple postulación no siempre basta como hecho jurídico total de la norma de habilitación, ya que pueden exigirse otros requisitos para que la habilitación exista. Mientras tales requisitos no se realizan, la postulación es nula y el hecho no produce consecuencias.

El empleo de un recurso, por ejemplo, «impide» la habilitación y, consecuentemente, la producción de la consecuencia jurídica. Al lado de esta posibilidad existe el caso, en apariencia semejante, en que el recurso no tiene efectos suspensivos. Entre los dos casos hay, sin embargo, una gran diferencia, pues el último queda comprendido en el concepto de impugnación, cuya explicación exige que indiquemos un nuevo sentido de la habilitación» (109).

Y con unas consideraciones sobre la impugnación y la habilitación termina Schreier de exponer su pensamiento sobre el Estado, y con él llega al final de su obra, seguida de un epílogo.

### III

#### EPÍLOGO

«Hemos trazado —dice Schreier al final de su obra— a grandes rasgos los contornos de la teoría jurídica formal. Para concluir queremos insistir nuevamente en que del conocimiento de la estructura formal del Derecho no es posible desprender ninguna afirmación sobre la materia o contenido de los conceptos jurídicos que, como tales, son formas vacías. La teoría jurídica formal sólo puede resolver las cuestiones a que hemos dado el nombre de «problemas constitutivos». La relación existente entre la teoría jurídica formal y la doctrina real del Derecho tendrá que ser objeto de investigaciones especiales. Habrá que mostrar cómo cada ordenamiento especial esta-

---

(108) Vide: Ob. cit., págs. 267-8.

(109) Vide: Ob. cit., pág. 269.

blece una serie de principios entre los que elige de acuerdo con las posibilidades jurídicas prefijadas. Asimismo habrá que mostrar la necesidad de esclarecer la estructura lógica de aquéllos. Podría inquirirse si al llenar las «formas jurídicas primarias», los «espacios vacíos»; se encuentran determinados ya en algún respecto, de tal modo que la «interpretación pueda obtener, sin auxilio de la legislación, reglas jurídicas para llenar los vacíos; o si semejantes inferencias son ilícitas, debiendo concederse a Schlossman la razón en contra de Ihering cuando afirma que de los conceptos jurídicos no cabe desprender más de lo que se ha incluido en ellos. Grandes problemas interpretativos aparecerían de este modo bajo una nueva luz. No puede ponerse en tela de juicio que la «lógica jurídica» no es la vieja lógica aristotélica, pues no representa ya un simple procedimiento analítico deductivo. Es indispensable reelaborar y someter a una revisión crítica las reglas de interpretación, inconscientemente observadas en la actualidad, que se ocultan bajo las expresiones analogía *legis*, analogía *juris*, interpretación, extensión, etc., etc.» (110).

Así termina Schreier su ensayo de teoría formal. Indudablemente, no se puede obtener un conocimiento pluridimensional del Derecho cuando *a priori* se ha adoptado una posición unidimensional. Y esto es lo que sucede con el autor austriaco. Desde su punto de vista, ciertamente no se puede afirmar nada sobre la materia o contenido de los conceptos jurídicos fundamentales. ¿Es suficiente el fruto conseguido? Esto es lo que aclararemos luego.

Ya advertimos a su debido tiempo que la determinación —aunque sólo desde el punto de vista formal— del Derecho posible, del Derecho real y del Derecho positivo y sus respectivas relaciones, habría sido tema de gran interés en la doctrina construída por Schreier; pero, por lo visto, no se atrevió con las investigaciones especiales que ello habría de llevar consigo según nos confiesa.

Que todo ordenamiento jurídico debe ser un sistema lógico —con Lógica «vieja» o formal—, es algo que ningún jurista puede desconocer; pero suponer que este punto de vista lógico explique por completo la norma jurídica y su encarnación en una norma positiva, es claramente un error, pues los ordenamientos jurídicos no son tan simples para suponer en todo caso que la conclusión lógica del supuesto jurídico haya de ser siempre elegida por el legislador entre una o dos. Como Schreier, por principio, prescinde de la realidad social a

---

(110) Vide: Ob. cit., págs. 273-4.

la cual ha de aplicarse una norma, no puede hacer entrar en juego esta realidad en su sistema. Si pudiese hacerlo sabría que algunas veces esa conclusión lógica queda desvirtuada por hechos que la anulan. Por ejemplo, cuando A, poseyendo una cosa en virtud de una facultad, y debiendo entregarla a B en virtud de su constrictión jurídica en este sentido —conclusión lógica del convenio entre ambos—, puede no entregarla en virtud del derecho de retención. Se dirá que aquí interfiere otro supuesto jurídico y otra consecuencia lógica. Pero, ¿basta esto? ¿No será necesario atender al contenido de todos estos conceptos? Porque es evidente que no a todo poseedor que ha de entregar una cosa se le puede otorgar el Derecho de retención. Y si es así, en este y en otros muchos casos que podríamos aducir, es evidente que no basta la lógica jurídica, no basta el punto de vista formal para explicar un sistema de Derecho.

La insuficiencia del punto de vista formal es lo primero que nos ha llamado la atención en la obra de Schreier. En muchas de sus páginas se bordea la confesión de su impotencia para abordar los problemas planteados y para darles una adecuada solución; mas fiel a su prejuicio, incapaz de salirse del método adoptado y con la mira atenta a no recaer en un falso jusnaturalismo, va escribiendo páginas y más páginas escamoteando los conceptos y los problemas más importantes.

Las mismas analogía *legis* y analogía *juris* a las cuales alude como una demostración inconsciente de la teoría formal son una prueba más de lo que decimos. Lo mismo una que otra significan un punto de vista lógico y sistemático que nadie duda exista. Pues qué, ¿acaso podríamos relacionar lo analogado con el análogo sin un nexo lógico dentro de la sistemática de la ley o del sistema jurídico de que se trata? Pero, salvado este nexo lógico indudable, ¿acaso no existen otros elementos históricos, consuetudinarios, legales, jurisprudenciales, sociológicos, morales, etc., coadyuvantes con el nexo lógico a la más perfecta formulación de la analogía respectiva? ¿O es que basta el nexo lógico? En este caso, todas las analogías debieran ser idénticas, incluso en contenido. Y esto es absurdo. Lo mismo podemos decir de la interpretación extensiva. Cuando el viejo aforismo latino nos indica que *favorabilia sunt amplianda*. ¿acaso el término «favorabilia» no indica claramente la necesidad de analizar el contenido de la norma jurídica aplicable?

No en balde se ha acusado al formalismo kelseniano —y Schreier no es más que un seguidor del mismo pese a las gotas de fenome-

logía que nos ofrece su obra— de deshumanizar el Derecho. Esa formidable organización lógico-jurídica en que se hace consistir el Estado no tiene en consideración bajo ningún aspecto el bien, el fin y los valores humanos. Eso sería tener presente el contenido, y la teoría jurídica formal no puede hacerlo. Con lo cual, el Derecho, que es para el hombre, queda convertido en algo al cual el hombre debe subordinarse.

Hecha esta apostilla de carácter general, pasemos a examinar los puntos cardinales sobre los cuales basa Schreier su ensayo.

Todo desarrollo científico se basa en axiomas o principios fundamentales; trátase, pues, en buena parte, de una sistematización lógica de aquellos axiomas. El Derecho, ciertamente, no puede hurtarse a este postulado general. Por consiguiente, todo conocimiento científico del mismo debe enfocarse hacia la aprehensión de aquellos axiomas jurídicos que fundamenten el desarrollo de la lógica jurídica. Hasta aquí, el planteamiento de Schreier es aceptable suponiendo que esta búsqueda y aprehensión puedan encerrarse exclusivamente en el ámbito científico. Creemos que no basta, porque los axiomas jurídicos pueden y deben fundarse a su vez en otros primeros principios, y son éstos precisamente el objeto de la filosofía del Derecho. Schreier, como su maestro Kelsen, confunden lamentablemente ciencia y filosofía.

Y aun prescindiendo del estudio de las últimas causas de aquellos axiomas, aun suponiendo que éstos nos sean dados, ¿cómo constatarlos?, ¿cómo aprehenderlos?, ¿cómo determinarlos? Ya vimos cómo Schreier no contesta a estos problemas.

Es imposible —a nuestro juicio— determinar o constatar o aprehender los axiomas jurídicos sin previa noción del Derecho. Schreier prescinde de esta noción por ser «metajurídica» fiel al método kelseniano. Convengamos, sin embargo, en que aun siendo metajurídica se requiere de una noción. El propio Schreier, cuando concluye que el Derecho es una parte de la Lógica, nos ofrece también una noción metajurídica, siquiera no precise lo que es aquella Lógica y qué función particular tiene la lógica jurídica dentro de aquélla. Esto sería atender a un punto de vista no formal, y ya advertimos que el jurista austriaco no quiere hacerlo.

El jusnaturalismo —no el que conoce Schreier, sino el bien entendido— deriva de unos pocos principios o axiomas conocidos en nuestra conciencia toda una serie de principios derivados lógicamente por conclusión directa los menos y por adaptación de aquéllos a la rea-

lidad social los más. Pero no cree que unos y otros basten a regular la vida de la comunidad social organizada jurídicamente, pues necesitan de la autoridad que los promulgue y los declare vigentes. Esos principios tienen ciertamente un contenido, pero tienen una estructura lógicoformal insoslayable. Son inmutables en su contenido justo y en su estructura lógica; pero pueden encarnarse muy variablemente en preceptos jurídicos concretos, es decir, en los distintos sistemas positivos. Aquellos principios son los «determinantes», mientras estos preceptos resultan ser los «determinados».

Esos principios determinantes, además de ser inmutables, son objetivos, no los creamos nosotros en virtud de raciocinio, de razón de utilidad o de conveniencia. Son constatados en nuestra conciencia. En ella hallamos la vivencia de los mismos. Y es aquí donde el método fenomenológico puede proporcionarnos buenos frutos. Pero Schreier no ha sabido aplicarlo, ni siquiera desde su punto de vista formal. ¿Dónde mejor hallar esos axiomas jurídicos a los cuales se refiere en su obra?

Schreier fija su atención en ese acto en el cual se constituye el Derecho e intenta buscar fenomenológicamente en él. Pero, ¿cómo podemos tener conciencia de que aquel acto constituye el Derecho si no tenemos una noción de éste? ¿Cómo saber que aquel acto constituye una norma jurídica y no una norma cultural, social, ética, económica, etc.?

Esa misma noción esencial es imprescindible también para conocer ante la presencia de un precepto jurídico particular que se trata de una norma de Derecho, cualquiera que sea su determinación. ¿Cómo vamos a considerar tal precepto desde el punto de vista ideal —como quiere Schreier— si no tenemos «idea» del mismo? Así no puede ser objeto de nuestra consideración.

Por otra parte, si distingue —y distingue bien— entre juicio —vivencia efímera— y contenido de juicio que es siempre igual cualquiera que sea la persona y su juicio, ¿por qué no ve en la norma el contenido, si es también un juicio? Además, faltaría demostrar que en el juicio jurídico se da la misma exactitud y objetividad absoluta que en el juicio matemático. Ya advertimos su constante afición —gran error— de equiparar el campo jurídico al matemático, cuando el propio Schreier —lo hicimos notar— ha de confesar que no es lo mismo. ¿Por qué, pues, fijar la atención exclusivamente sobre el punto de vista formal sin atender al contenido?, volvemos a preguntar.

Si, como nos dice el jurista austriaco, el Derecho no sólo es con-

cebido por el legislador y el juez, sino por cualquier sujeto que dirija su mirada al mismo, y lo hace, claro está, intencionalmente en su conciencia, ¿no es esto decir que en cualquier sujeto los axiomas jurídicos perviven en su conciencia? ¿No es esto decir lo que nuestros clásicos: que aquellos axiomas —léase principios de la ley natural— se hallan grabados en nuestra conciencia porque allí los ha promulgado Dios? Estos axiomas constituyentes de la esencia del Derecho y que constituyen el objeto de nuestra inquisición en el acto jurídico, es claro, como él nos dice, que no constituyen nada referente al mundo empírico. Son el ideal al cual hay que añadir ese «algo» como nos dice Schreier —sin precisarlo— para que encarne en el principio jurídico de Derecho positivo. Geny y Renard han aclarado en qué consiste ese «algo» en sus respectivas doctrinas.

Constatar mediante la luz de la razón y en el seno de nuestra conciencia los axiomas jurídicos o principios de Derecho natural, no es en modo alguno «sentirlos», como equivocadamente cree el discípulo de Kelsen. El sentimiento es algo emotivo y arracional que no nos puede descubrir por sí mismo la idea. Lo único que cabe esperar del sentimiento es una más diligente búsqueda de aquellos principios, una mayor acuidad comprensiva de los mismos y, sobre todo, un mayor afán de que se cumplan. El jusnaturalismo —otro error de Schreier— no ha considerado nunca como jurídica la norma que esté de acuerdo con el sentimiento. El sentimiento, como el amor a lo justo, no puede tener categoría de causa eficiente y sí de causa instrumental subordinada a ésta.

Constatar aquellos principios en nuestra conciencia es, ciertamente y como dice Schreier, «aprehenderlos». No hay inconveniente en calificar el acto de «aprehensión» de «acto fundante» frente al «acto fundado» en que es necesario la referencia a un sujeto. Puede admitirse que los actos constitutivos del Derecho son «tomas de posición» fundadas en los actos jurídicos de «aprehensión». Ni hay inconveniente en admitir que un acto jurídico es un juicio en doble sentido: como enunciación y como aprehensión expresada. Pero, insistimos, como tal juicio debe considerarse el fondo y la forma, y no sólo ésta.

Creemos también que una proposición jurídica es la expresión independiente y plena de una norma de Derecho, y que la verdad de aquélla ha de radicar en la coincidencia entre la proposición y la norma que expresa. Pero, ¿sólo la verdad formal? ¿No cabe un error de fondo, una injusticia en una verdad simplemente formal? Creemos

que sí, aunque no es éste el lugar de demostrarlo, dado el carácter del presente trabajo.

No cabe duda de que los axiomas jurídicos tengan carácter temporal e ideal. Ni cabe duda de que tengan una naturaleza no material («irreal» llama a esto Schreier) no perceptible por los sentidos. Nosotros decimos que tienen una naturaleza de entes, de valores, de una existencia tan real como los objetos del mundo que nos circundan; pero de otra índole, de carácter espiritual. El propio Schreier nos confiesa implícitamente esta naturaleza cuando escribe que aquellos axiomas «existen independientemente de que un legislador los declare válidos para un determinado ámbito».

Schreier entiende que no debe hacerse distinción entre Derecho y relación jurídica; que toda relación jurídica es Derecho y que éste es en todo caso un deber ser. Nada tenemos que oponer a esto si ese deber ser tiene el amplio sentido de *constricción jurídica*. A ésta la denomina «deber jurídico» ignorando esa fundamental clasificación entre el deber y la obligación. Ahora bien, si se trata de una relación, ¿por qué no nos explica cuáles son sus términos? Si por un lado es la norma, el otro término será el sujeto jurídico. Así se deduce de su doctrina en general. Lo que no comprendemos es por qué —establecidos ambos términos— dé tan poca importancia al término sujeto, hasta el punto de negar —como ya vimos— la persona y dar a ésta el sentido que ya conocíamos en la doctrina de Kelsen.

No nos extraña que, fiel a su exclusivo punto de vista formal, considere el deber ser como algo formal exclusivamente; algo que forma parte de la Lógica. Su concepto de ésta como «ciencia de las ciencias» que investiga apriorísticamente las teorías posibles, es admisible desde su punto de vista; empero ese «apriorísticamente» exige unas previas nociones *a priori* que Schreier no nos ofrece, como ya hicimos notar.

Mayor interés ofrece su distinción entre Derecho posible, Derecho real y Derecho positivo. ¡Lástima que no la haya desenvuelto! De su pensamiento se deduce que entiende por Derecho posible el conjunto de normas formuladas lógicamente a partir de los axiomas jurídicos, pero que carecen de toda concreción. El Derecho real vendría a ser como un sistema intermedio entre el Derecho posible y el Derecho positivo; y sería como una especie de Derecho sin vigencia que participara del Derecho positivo por haber llenado las formas vacías propias del Derecho posible; pero, al igual que éste, carente de la vigencia propia del Derecho positivo. Nosotros diríamos —sal-

vando el exclusivo punto de vista formal— que el Derecho posible es el Derecho natural; el Derecho real es el Derecho elaborado por el jurista en general, y el Derecho positivo es el Derecho real promulgado por el legislador y actualmente vigente, siempre que se relacionasen adecuadamente los tres.

Volvamos al sujeto como término de la relación jurídica. Es admisible que todos los acontecimientos naturales pueden llegar a ser relevantes para el Derecho, así como que lo jurídicamente relevante sea un «mundo de horizonte abierto». Lo que no es admisible es que no fije en qué condiciones. Su pensamiento es claro: no sólo el hombre puede ser portador o sujeto de una relación jurídica. Incluso resulta admisible equiparar los conceptos de persona y sujeto jurídico. En toda relación, por lo mismo que significa un deber ser, hay que contar con un sujeto constreñido a cumplirlo, sea o no sea el hombre. También resulta admisible su pensamiento de que la teoría pura no pueda ofrecer los criterios materiales según los cuales el sujeto de la constricción ha de concretarse. Pero una cosa son los criterios de Derecho positivo y otra cosa las razones lógicas que en Derecho posible abonan su consideración como tal sujeto. Y esto tampoco lo hace Schreier. Cabría esa determinación en vista de la naturaleza del deber jurídico. Pero esto escapa a la perspicacia del discípulo de Kelsen. Y en definitiva, frente a lo que cree Schreier, no puede considerarse cada suceso como encarnación de la personalidad, y corresponde solamente al Derecho positivo la tarea de describir los hechos especiales que representen encarnaciones de personas.

La personalidad —individual o colectiva— no es sólo un hecho como pretende el tantas veces citado autor. Sin duda hay hechos —el nacimiento para la persona individual; la constitución y el registro en la persona colectiva— tan relevantes a la vida de la persona que, sin ellos, difícilmente cabe reconocer una personalidad. Pero ésta es algo más que un hecho. Su razón de ser hay que buscarla en los fines, en la idea que realiza la personalidad. Es por esto que a la persona se la dota de medios cualquiera que sea su clase; y por eso que se la dota de capacidad para ejercer facultades y para cumplir deberes y obligaciones. Podrá discutirse si la persona colectiva constituye una ficción —aunque las posiciones en este sentido han sido ya superadas en favor de su realidad— o un ente real, cualquiera que sea su naturaleza. Lo que no puede dudarse es que el hombre es una sustancia y por ello también lo es su personalidad tan íntimamente ligada a su ser.

Ya vimos cómo Schreier emplea la palabra «persona» sin darle un significado preciso. Una cosa es clara: que la persona no es sustancia para él, es decir, algo inmutable y persistente, sino un acontecimiento temporal. Esta noción, que más que ofrecerla el jurista austriaco la deducimos de sus palabras, no puede compaginarse con su idea de que la persona es un hecho total —compuesto de otros parciales— integrado en otro hecho fundamental originario: la constitución de la persona. Si este hecho fundamental tiene tal relevancia es porque es inmutable y persistente en sus efectos. ¿Por qué, pues, negar sustantividad a la persona?

Otra cosa a deducir de sus palabras es el término «constitución». Si lo interpretamos como lo establecido en aquel hecho fundamental, cabe preguntarle: ¿Por qué se establece así? ¿Quién puede establecerlo? No nos lo dice. Tampoco distingue entre persona individual y persona colectiva. Ello nos autoriza a preguntar: ¿También la personalidad del súbdito de un Estado se constituye? ¿Quiere esto decir que tan sólo cuando se la reconoce el Estado tiene personalidad? Esto parece deducirse de todo su pensamiento. Entonces resulta que volvemos a los antiguos tiempos romanos en que la ciudadanía y la personalidad eran don gracioso del Estado. En el fondo de todo esto parece observarse el dogma marxista de la absorción de la persona humana por el Estado.

Schreier ha intentado construir su teoría formal del Derecho valiéndose de las instituciones de Derecho privado porque es —según hicimos notar— la parte mejor trabajada. ¿Cree sinceramente que al hacerlo no ha usado del punto de vista empírico? Para nadie es un secreto que el desenvolvimiento del Derecho privado ha sido debido en gran parte a la vida práctica del mismo. ¿Acaso ignora la labor del pretor en Roma y su decisivo papel en el desarrollo del Derecho romano? ¡Y si al menos conociese bien las instituciones del Derecho privado! Ya hicimos notar en diversas ocasiones su deficiente conocimiento, tal y como nos lo expone en su obra. Recuérdese lo que dijimos a propósito de su referencia a la clasificación y diferenciación de los derechos en reales y de crédito; y asimismo, lo que hicimos observar a propósito de su idea de la prestación, de su idea de la obligación y de la correspondencia entre pretensión y vínculo obligatorio.

Hicimos observar cómo su pensamiento sobre la sanción representa el punto más acertado de su visión formal de los conceptos fundamentales del Derecho, aunque la falta de discernimiento entre las

dos fundamentales clases de constricciones le lleve a decir alguna inexactitud como la función que asigna al juez.

Su idea del Estado es consecuencia de su pensamiento kelseniano. El Estado no tiene personalidad. Es sólo un conjunto de normas positivas. Estado y Derecho se confunden como en Kelsen. Hablar, pues, del Estado es referirse al Derecho positivo. Su concepto de éste gira alrededor de esta noción: Derecho positivo es el Derecho vigente en un Estado. ¿Dónde fundamenta la vigencia? En la voluntad del príncipe reinante o de la asamblea popular. Esta autoridad suprema es la última fuente del Derecho positivo. Tan sólo le distancia de Kelsen un simple cambio de nomenclatura, porque mientras para el fundador de la escuela de Viena aquella fuente es la «norma fundamental», en el discípulo es el supuesto jurídico o «hecho jurídico fundamental». Creemos —aunque no nos lo diga— que este supuesto jurídico fundamental estriba en la Constitución o ley fundamental del Estado. ¿Trátase de un supuesto jurídico ideal? ¿Pertenece al Derecho posible? ¿Es encarnación y concreción temporal de alguna norma de Derecho posible o de Derecho real que llega a ser vigente por virtud de la aprobación del órgano soberano del Estado? No nos lo dice. ¡Y es lástima! Porque aquí hubiera podido encontrar campo para el desenvolvimiento de sus ideas sobre las máximas o axiomas jurídicos y sobre su distinción entre Derecho ideal o posible, Derecho real y Derecho positivo. ¿Acaso no tienen ninguna relación estos Derechos? Si es así, ¿por qué se afana en construir una teoría basada en axiomas jurídicos que no tiene ninguna trascendencia práctica? Y si la tiene, ¿por qué no la muestra? Para acabar en un positivismo relativista no hacía falta ensayar aplicaciones fenomenológicas, ni afirmar la idealidad, atemporalidad y objetividad del Derecho.

Quizá Schreier haya querido decir que entre las diversas soluciones formales posibles el órgano soberano ha de dar vigencia a una de ellas. Habrá aminorado así el calificativo que damos a su teoría de tratarse en definitiva de un relativismo positivista. Pero es el caso que no lo dice. Si lo dijese tendría que referirse a las circunstancias —«datos» diría Geny— según las cuales el órgano soberano elegiría una u otra de las normas posibles, adaptándola a aquellas circunstancias para darles vigencia. No es otro el punto de vista jusnaturalista, como ya explicamos más arriba. Y así, Schreier nos da la impresión de estar bordeando el descubrimiento del Derecho natural, sin atreverse, dado su prejuicio contra el mismo. De no ser así, todo el Derecho positivo por lo mismo que es conjunto ordenado y jerarquiza-

do de normas deducidas lógicamente de la norma o supuesto fundamental, queda a merced de la voluntad caprichosa y arbitraria del órgano soberano del Estado, al cual basta la voluntad o decisión en cualquier sentido para convertirla en norma positiva. ¿No es esto positivismo? Lógicamente, ese positivismo tenderá a la conveniencia, interés o utilidad del momento, es decir, a su valor relativo. Con lo cual queda justificada nuestra calificación de la teoría de Schreier sobre el Estado y el Derecho como un positivismo relativista. Y aunque las ideas vertidas con anterioridad al capítulo en que trata del Estado y del Derecho positivo no se compaginen con su pensamiento sobre estos últimos, esto no es óbice para aquella calificación y para que, una vez más, destaquemos la falta de sistema y de lógica en quien ha querido hacer del Derecho una parte de la Lógica.

**Dr. I. PEIDRÓ PASTOR**

Profesor Adjunto de la Universidad  
de Valencia