

MENGER, A., *El Derecho Civil y los pobres*. Versión española realizada por Adolfo Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Comares, Granada, 1998.

Probablemente Las *astucias de la razón* determinen que en el cénit de la globalización mercantilista y capitalista, de la apología del «pensamiento único» o mejor, del «pensamiento cero», coincidan entre otros el 150 aniversario del Manifiesto Comunista, el cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el centenario de la obra de A. Menger, *El Derecho Civil y los Pobres (o las clases populares, desposeídas o expropiadas –besitzlosen Kolksklassen–)*, traducida por Adolfo Posada oportunamente reeditada y acompañada de un excelente Estudio preliminar del profesor Monereo Pérez sobre el *reformismo social y socialismo jurídico*. Dado que esta edición no incluye el no menos enjundioso Estudio Preliminar de Posada titulado *El Derecho y la cuestión social* en la edición original de Victoriano Suárez de 1898, aprovecho esta oportunidad para hacer un breve comentario de las dos ediciones de una obra fundamental para comprender diacrónica y sincrónicamente una concepción alternativa y crítica del Derecho que es imprescindible para comprender la realidad actual.

En efecto, la concepción de Menger se inscribe (no entro en el debate, perfectamente expuesto por el profesor Monereo si corresponde a Menger o a Lasalle el mérito de ser el fundador del socialismo jurídico) en la línea del pensamiento jurídico crítico que siguiendo la estela de Ihering, Lasalle y Marx afirmará el conflictualismo y la *lucha por el Derecho*, sienta las bases antiformalistas frente al *cielo de los* conceptos jurídicos y postula una Ciencia del Derecho comprometida con los valores (universales) de los pobres frente a los intereses egoístas de los ricos y una concepción del Derecho desde la experiencia jurídica que postula la inescindible unión entre la teoría y la praxis. Precisamente en este punto y lejos de incidir en ningún tipo de gremialismo cabría completar el documentado estudio del profesor Monereo que acentúa como es obvio los problemas referentes al Derecho del Trabajo, recordando la aportación de la filosofía del Derecho en España al pensamiento crítico con numerosos y valiosos estudios publicados en los ACFS y en el AFD, en la RFDUC, en SISTEMA y en DOXA, entre otras, y con excelentes monografías cuya cita sería una larga *historia interminable* que por su notoriedad me permito omitir sobre los problemas metodológicos y conceptuales de la enseñanza del Derecho, y la formación de los juristas, sobre la situación, perspectivas y problemas de la Filosofía y de la teoría del Derecho, el estudio de la Sociología del Derecho, del krausismo y de las raíces del socialismo jurídico español, del pensamiento jurídico marxista y, más recientemente, de las teorías críticas del Derecho. Todas ellas desde presupuestos distintos, coinciden en la necesidad de superar el formalismo y la escisión entre la teoría y la praxis que se concreta en la crítica de los presupuestos ideológicos, políticos y económicos que definen la dogmática tradicional y reproducen la *lucha por el Derecho*. No tengo más que recordar y subrayar, en línea con las ponencias de las recientes Jornadas de la SEFJS celebradas la pasada primavera en Valencia, alguna de ellas específicamente relacionada con estas dos áreas de conocimiento; la necesidad de un estudio interdisciplinar del Derecho centrípeto y centrífugo, sin el cual es imposible explicar y, sobre todo, justificar, ese complejo y entramado instrumento de orden, de control social y de distribución de bienes con pretensiones de justicia que es el Derecho. Debo felicitar al profesor Monereo por su detalladísima (más que) *aproximación al socialismo jurídico en España* que muestra la exis-

tencia de un pensamiento jurídico crítico que partiendo de bases inequívocamente socialistas, humanistas y krausistas, postuló la reorganización de la sociedad por una intervención enérgica y sistemática del Estado y desmiente el desinterés del socialismo por el Derecho y la inexistencia de un pensamiento jurídico de inspiración socialista en España. Este amplio movimiento orientado a la acción política y social a partir de Fernando Giner de los Ríos, procuró la construcción de un Derecho basado en la integración de los conflictos sociales y en la realización de los considerados principios de justicia social; comprometido con su tiempo histórico (1998, p. 101). Especialmente significativas, aparte de la mención de organismos como el Instituto de Reformas Sociales y de autores como Giner, G. de Azcárate, Posada, Besteiro y/o Costa, entre otros muchos, son las referencias a algunos autores de inspiración krausista injustamente olvidados, que bajo la estela de Giner de los Ríos publicaron en la sección *Cuestiones Jurídicas*, durante los dos efímeros años en que se publicó *La Nueva Era*, como Oyuelos, Ingenieros, Morató o Verdes Montenegro, que postulaban un socialismo de Estado, aunque a veces sólo se llegara (lo cual no es poco) al intervencionismo y a la socialización del Derecho. No puedo entrar en el debate que sugiere y plantea el profesor Monereo sobre si estas propuestas paradójicamente fueron funcionales para la conservación del orden establecido, pero, en todo caso, creo que la posición de Menger para quien el Derecho impulsa pero, por sí sólo, a diferencia de lo que pensaba Kant, no produce el cambio social ni la revolución, asume con Ihering y Marx la necesidad del conflicto y anticipa el funcionalismo no funcionalista donde el Derecho se ocuparía de la estructura del conflicto y *trataría*, no siempre con pretensión de resolución, el conflicto social, supone un decisivo avance para impulsar la reforma de un Derecho civil formalmente igual y realmente desigualitario alzado sobre el egoísmo y puesto al servicio exclusivo de los ricos y poderosos, que representaba el paradigma del Derecho privado y contenía la constitución material de su tiempo en torno a los dogmas de la autonomía contractual y de la libertad contractual, la propiedad y la herencia, en pro de un Derecho público construido desde el principio de la cooperación y la defensa de los valores, principios e intereses (no egoístas y por consiguiente generalizables) de los más débiles. En sus respectivos estudios, Monereo y Posada coinciden, entre otros, en señalar un doble punto de partida:

a) De un lado el socialismo democrático, ético y humanista de Proudhon y L. Blanc, y en España de Jaime Vera y Fernando de los Ríos, que como se recordará escribió entre otros el sentido humanista del socialismo, y afirmó que para liberar al hombre había que someter, esclavizar a la economía, cuyo cincuentenario se cumplió, como oportunamente se recordó el pasado 11 de mayo, que se plasma en la convicción manifestada en el estudio preliminar de Posada a la edición de 1898, que la *cuestión social es una cuestión moral que afecta al dolor social, al dolor de los pobres, de los desvalidos, de todos los que no cuentan con el mínimo de lo indispensable para vivir vida de hombres*. Especialmente significativas son las críticas que señala Posada respecto al reduccionismo que supone en *el ilustre Ihering* y en Menger la identificación del Derecho con el interés jurídicamente protegido, puesto que fácilmente se puede confundir con el egoísmo de aquellos que tiene intereses protegidos, y favorece el espíritu de dominación de aquellos que más intereses (protegibles y protegidos) tienen, que no son precisamente los pobres, de modo que –concluye Posada–, el desposeído, el pobre, como no representa un interés poderoso, una potencia viva que en la tradición haya consagrado un egoísmo, se hallará siempre en la *lucha por el derecho* en condiciones desfavorables, porque le falta el *poder* que el *interés jurídicamente protegido* supone (Posada, 1898, pp. 14 ss.). Sin embargo, para Posada, reactualizando la perenne advertencia de Paulo de que *no todo lo lícito es honesto*, y anticipan-

do, con no menos clarividencia, algunos postulados actuales sobre la conexión necesaria y contingente, que no confusión, entre el Derecho y la moral, no es exclusivamente ni sólo el interés del pobre, sino «el interés ético, la atracción del bien, la obligación moral base en definitiva de toda relación jurídica, el que debe orientar la lucha por el Derecho, que debe dispensar una protección desigual a todos los sujetos al margen de su potencialidad social. El Derecho no es sólo lucha, ni se reduce a la coacción, sino que también es cooperación movida por resortes psicológicos de afecto y simpatía éticos que con inequívocos acentos krausistas conlleva asumir la función regeneracionista y educativa del Derecho que supone una relación entre quien contempla una necesidad no satisfecha y se siente con *capacidad* (medios, poder) para satisfacerla, y quien sufre por la necesidad pendiente, entraña una fuerza de cohesión, de inclinación *ética y benéfica* que no se traduce indispensablemente en un poder material al servicio del necesitado, sino más bien en un elemento atractivo, que obra sobre la conciencia del que ha de poner de su parte cuanto pueda para la necesidad quede satisfecha y el necesitado con lo que le hace falta» (Posada, 1898, p. 49). De ahí la diferencia que subraya Posada entre los tipos a que alude Menger: el modelo del «diligente padre de familia», es decir, el tipo jurídico ideal del hombre que no tiene más noción del Derecho que la que puede resultar: por un lado, de sus pretensiones jurídicamente protegidas, según los términos de Ihering, y de otro, de las redes, no muy tupidas del Código Penal. Este hombre es el que obra, digámoslo así, *jurídicamente*, por los estímulos que Ihering llamaba de la *remuneración y de la coacción*, como el usurero que presta al 50 por 100 aprovechándose de la penuria o de las locuras del desgraciado que cae en sus garras; el empresario que obliga a trabajar doce horas diarias a sus obreros si la ley no lo prohíbe; el burgués que no se cuida del miserable que a su puerta gime de hambre...; la madre que por dormir tranquila entrega a su hijo a las manos mercenarias de una nodriza, etc., todos esos pueden ser quizá *diligentes padres de familia* en el sentido corriente y positivo de la frase (Posada, 1898, p. 55). Por el contrario, el hombre de bien obra no sólo por el estímulo de la remuneración y aun por la coacción sino también por los dos estímulos que el insigne Ihering consideraba indispensables para llenar las amplias lagunas del egoísmo, a saber: por los estímulos del *deber y del amor* que bajo diferentes tipos sienten un raro respeto hacia los derechos ajenos, hasta el punto que para Posada, «la cuestión social, que en definitiva implica el problema de la disminución del dolor en los que sufren, de la elevación moral de todos, con la difusión universal del *mínimum* de medios económicos, políticos, educativos, hasta el punto de que ningún ser humano deje de gozar de las condiciones capitales de la personalidad; la cuestión social digo, se irá resolviendo a medida que el tipo del hombre honrado se haga carne, o bien penetre como ideal realizable en la conciencia de las clases que pueden y de las que pueden menos. Lo esencial es convertir el derecho, desde el punto de vista de su cumplimiento, en deber, despertando cada día más la conciencia ética en todos, especialmente en las clases dominantes o que poseen medios superiores económicos, intelectuales o de habilidad, porque es preciso ir convenciéndose de que únicamente ampliando el círculo de las obligaciones, en la medida en que cada cual sea capaz de sentirlas y pueda cumplirlas, y despertando en el espíritu individual y social ideas de sacrificio, de amor de bondad, de tolerancia por la sugestión reflexiva de los buenos instintos, según la originalísima idea de Guyau, se conseguirá lo que de un modo harto imperfecto apenas si se consigue con los medios violentos de la imposición y del dominio. Por eso, la acción que más legítimas esperanzas puede despertar de una modificación, sin duda lenta, del actual estado de las relaciones sociales, muy especialmente de las relaciones que implican un interés económico, es la que se dirige a formar el hombre interior, es decir, la conciencia oral de las personas. Y he ahí por donde la cuestión social tiene un aspecto pedagó-

gico, porque obra de la educación, en un sentido amplísimo, es, sin duda, la de formar el carácter ético de los hombres, de suerte que se conduzcan en la vida, según la ley del deber y por los estímulos del amor» (Posada 1898, pp. 57 y 59). Lo expuesto en modo alguno soslaya la necesidad (y quizá, las limitaciones) del Derecho, sino que acentúa la urgencia de una reforma legislativa orientada en una doble dirección, de modo que lleve a sus preceptos formales la defensa de los intereses, por sí mismos indefensos, de los pobres, y, además, introduzca en ellas el espíritu ético que sustituya el criterio, aún reinante en tantas relaciones de dominación y de exigencias, por el más humanitario de la necesidad de prestar ayuda y tutela colectivas a cuantos por cualquier medio las requieran (Posada, 1898, pp. 62 y 63).

b) De otro, la denuncia de la presunta neutralidad de la Ciencia del Derecho y la crítica del formalismo jurídico que cuestiona, como señala Monereo, las bases constitutivas del proyecto del Código Civil, un sistema codicístico que trata de formalizar y perpetuar un orden de vida unificante en la sociedad capitalista: un código de la naturaleza sancionado por la razón, un orden jurídico que instauraba una constitución de las relaciones sociales globalmente desfavorable para las clases populares desposeídas y para la cuestión obrera, cuyos signos externos, a juicio de Monereo, eran, con un significativo paralelismo con la situación actual, los siguientes: el pauperismo, la pobreza, la existencia de un proletariado industrial que reflejaba la fractura existente entre la imagen jurídico política de un ordenamiento jurídico basado en los derechos y libertades formales del ciudadano, y el *orden jurídico* regulado jurídicamente a través del principio del individualismo propietario y la libertad de contratación. Las consecuencias –concluye Monereo– quizás no fueron previstas, pero hay que decir que el fenómeno de la pobreza y de la desigualdad extrema guardaba una perfecta coherencia político-jurídica con el principio liberal de separación entre lo «político» y la sociedad (Monereo, 1998, pp. 27 y 28). Recuerdo la demoledora crítica de Ernst Bloch, cuando señala que «el derecho al placer de Epicuro necesitaba manos callosas que le procuraran los alimentos, y por esta razón, el placer sereno y aristocrático estaba muy interesado en dejar a los esclavos fuera del contrato. También este Derecho natural de la imperturbabilidad vale sólo para libres e iguales, y en último término, por eso, en la práctica sólo para un grupo selecto de sabios. Los otros pueden tener su látigo o sus leyes: para ellos no hay *physis* alguna que se alce con generalidad substantiva contra la injusticia». De ahí la denuncia de la propiedad y de sus muchas consecuencias, como, por citar algunos ejemplos gráficos, en el derecho de familia, la prohibición de investigar la paternidad, la lactancia «mercenaria» practicada por las madres aristócratas o burguesas, la equiparación de los hijos ilegítimos o la dignificación de la mujer deshonrada y pobre.

Coinciden Posada y Monereo en observar que la crítica de Menger a la Ciencia jurídica formalista y al paradigma iusprivatista que sacraliza lo real como lo (único e inamovible) racional, produce un deslizamiento hacia la Política del Derecho que se traduce en propuestas de transformación y de cambio social a través, entre otros, del Derecho entendido no como un elemento autónomo e independiente de la sociedad sino, en línea con las teorías críticas, como un elemento que puede contribuir (y quizá impulsar) al cambio social mediante la mejora de la legislación, la administración y la jurisprudencia. Cuando en 1847 el fiscal prusiano Von Kirchmann publicó su Opúsculo sobre la carencia de valor de la Jurisprudencia como Ciencia, no sólo atacó los aspectos formales que impiden el conocimiento científico del Derecho, sino que denunció la inutilidad y la incapacidad de la Dogmática concebida como una disciplina formal y autónoma para responder a una praxis jurídica y dar cuenta de los problemas que planteaba la realidad social de su tiempo, y dio lugar a

las críticas del (segundo) Ihering que con Von Gierke, Menger y Fuchs, introdujeron en los Códigos liberales nuevas instituciones que limitaban la autonomía del sujeto, como la responsabilidad por riesgo, la doctrina sobre el abuso de derecho, o la interposición de límites al derecho de propiedad. La dogmática jurídica, con el importante concurso de la sociología jurídica, no cumple sólo y exclusivamente funciones cognoscitivas y descriptivas, sino funciones prescriptivas y políticas, pues suministra criterios para el conocimiento la interpretación y la aplicación del Derecho vigente, suministra criterios para el cambio y reconstruye un sistema conceptual que permite cumplir las funciones anteriores, e intuye frente a la concepción tradicional del jurista legalista-conservador, el modelo alternativo de un jurista innovador y legalista-innovador y de una ciencia que, institucionalmente, puede ser, vinculada/libre, socialmente conservadora/innovadora y culturalmente formalista/realista.

Conviene recordar que para Menger el Código Civil representa el Código burgués pensado y construido para servir y formalizar el orden socio-económico (la formación social específica del capitalismo liberal) que se correspondía con los intereses de la burguesía como clase dominante. En efecto, para nuestro autor los modernos sistemas de Derecho privado resultan ser la obra no ya de toda una nación sino de las clases privilegiadas. De acuerdo con los postulados ilustrados, defiende la época de las luces, que culminó con las tres grandes codificaciones de la época moderna: el Código prusiano, el Código Civil francés y el austríaco, donde nunca la humanidad se sintió más libre del peso de las tradiciones, y nunca las clases altas y sus directores intelectuales se mostraron tan favorables a las clases populares (y cuyos autores se dejaron influir por aquel espíritu magnánimo de humanidad que desprecia el delirio del momento y compilaron por tal modo ciertas obras legislativas, las cuales (especialmente el Código Civil prusiano y el austríaco), se anticiparon no poco al desenvolvimiento social de las naciones respectivas. Tal es la función del legislador... (Menger, 1998, pp. 127 y 128), «distingue entre lo que es una compilación que se caracteriza por ser una recopilación de leyes dispersas, oscuras y contradictorias y la legislación que si bien de una parte atendiendo a su tarea conservadora debe observar los movimientos de las condiciones jurídicas existentes, al contemplar cualquier máxima o institución jurídica importante, examinará si aquella o ésta corresponden todavía a las condiciones de potencialidad de la vida social... En breves términos: la mirada del verdadero legislador no se vuelve hacia el pasado, sino que debe contemplar siempre el porvenir» (Menger, 1998, pp. 131 y 132).

Critica duramente el conservadurismo de la Escuela histórica y la sacralización del pasado que legitima el látigo de hoy con el látigo de ayer, y pretende mantener como los representantes de la ciencia del Derecho civil ciertas condiciones de Derecho que no tienen razón de ser: entretenidos en el estudio de épocas y de condiciones remotas, partidarios de las escuelas tradicionales del Derecho, «con una tenacidad que recuerda la de las más estrechas ortodoxias, no se dieron cuenta de todos aquellos repetidos cambios que a principios de nuestro siglo se verificaron tanto en Alemania como en otros países: la agravación continua del antagonismo entre ricos y pobres, la reorganización de las clases no pudientes, que llegaron a formar un verdadero poder histórico universal. Sólo de este modo se puede explicar cómo los diferentes hombres encargados de la elaboración de un Código Civil alemán, han producido un Proyecto que, comparado con el Código prusiano y el austríaco, representa un verdadero retroceso, aun cuando estos últimos estaban destinados a una población, cuyos padres y abuelos, habían sido, en gran parte, siervos de la gleba» (Menger, 1998, p. 130).

El Código sustenta una concepción formal del Derecho que amparándose en la ficción de la igualdad formal, pues ni ésta se daba en realidad, ya que el pretendido *homo juridicus* destinatario de las normas no es un sujeto universal

sino que se reduce al varón propietario y burgués que sacraliza la exclusión de aquellos que no son sujetos de derechos y fija una reglas de juego en torno a la propiedad, los contratos y la herencia, en la que sólo algunos pueden participar. En realidad, no debe sorprender, como señala Menger, que «dada la grandiosa agitación intelectual que produjo la publicación del proyecto de un Código Civil alemán, todos los centros de vida que tiene algún valor en la sociedad actual no tardaron mucho tiempo en exponer y sostener sus puntos de vista, como los juristas y todas las clases y profesiones la alta y baja nobleza, la industria y el comercio y las corporaciones religiosas, mediante la publicación de estudios en sus periódicos o en publicaciones independientes. Todos, salvo los pobres, y eso que al grupo popular a quien afecta, comprende al menos cuatro quintas partes de la nación entera: tal punto de vista es el que interesa a las clases pobres» (Menger, 1998, pp. 117 ss.).

Asumiendo el influjo de Lasalle, Marx y Engels, y lamentado, a la vez que la crítica del socialismo alemán se dirija casi exclusivamente al aspecto económico de nuestra condición, sin parar en mientes que la cuestión social es, en realidad y sobre todo, un problema de la ciencia del Estado y del Derecho, perteneciendo yo a esa pequeña minoría de juristas alemanes que sostienen en el campo del Derecho los intereses del proletariado, «he estimado como un deber tomar parte en esta importante cuestión nacional (de) la defensa de los desheredados» (Menger, 1998, p. 118).

En esta línea, Menger postula la necesidad de un jurista que, a diferencia de los que viven en plena ocupación jurídica sin darse cuenta del movimiento social, sea crítico y comprometido, porque quizá a diferencia de Marx (o cuando menos de algunas lecturas de su pensamiento) piensa que el Derecho puede y, lo que es más importante, *debe* ser un elemento que contribuya a la emancipación y liberación del proletariado que defiende valores y no intereses o cuando menos el interés egoísta que define el patrimonio exclusivo de los ricos. Dicho de otro modo, el conflicto no cumple, sólo y exclusivamente una función negativa sino que promueve el cambio social y jurídico. Menger denuncia el jurista al uso que tiene la superstición de las leyes y de los Códigos sin pararse a considerar si ese Derecho tiene algún aspecto benéfico, humanitario, esencialísimo, por exigencias, no del estímulo de la caridad libre, caprichosa y arbitraria, sino del Derecho mismo (Posada, 1898, p. 11), y se sitúa en el punto de vista de los *pobres* al criticar el monumento legal, monumento que, por otra parte, condensa muy bien la suma de las aspiraciones jurídicas actuales de las clases ricas aristocráticas, de la burguesía y de la burocracia y el *máximum* de las concesiones del Derecho civil clásico y sistemático, ante las transformaciones democráticas de las clases industriales y de los servidores manuales. «Interpretando el Profesor de Viena –prosigue Posada–, el espíritu que se advierte en las disposiciones formuladas, como expresión literal de reglas que se estiman justas, descubre las hondas huellas del criterio egoísta del poderoso, que concibiendo el derecho como la condición formal para el pacífico ejercicio del poder y dueño además de la fuerza material –ejército, policía–, convierte la protección jurídica en protección predominante de sus intereses a cargo del Estado. El llamado Derecho privado resulta del comentario del profesor Menger, cual si fuera hábil red de precauciones para mantener incólume una tradición de poder y de dominio: el poder y el dominio de los ricos. A partir de premisas que son otras tantas precauciones, que se dicen jurídicas, como la de que la ignorancia no excusa el cumplimiento del derecho, la contraria a la investigación de la paternidad, la que sirve de base a la protección del poseedor, etc., se desenvuelve en una serie de reglas que condicionan el interés económico, con preferencia a los intereses universales de los derechos fundamentales comunes a todos los hombres: la vida, la salud, el honor de la mujer, la fuerza para el trabajo, etc.» (Posada, 1898, pp. 22 y 23).

Aún hoy, están lamentablemente vigentes (baste pensar en la situación jurídica de los mal llamados y estigmatizados inmigrantes «ilegales», y de los [no] sujetos vulnerables) no pocos elementos que afectan a la situación de las clases pobres para defender sus derechos en juicio: «la extraordinaria diferencia según la cual los que tienen y los que no tienen, *pueden perseguir sus derecho*, ha sido hasta ahora, olvidada por los jurisconsultos. El motivo de todo esto consiste, sin duda, en que, a causa de su educación y de sus intereses, los jurisconsultos de todos los países, se sienten inclinados a considerarse exclusivamente como servidores y representantes de las clases pudientes. ¡Cuán grande y llena de gloria es la intervención que los médicos y los economistas han tenido para remover la miseria humana! En cambio, entre los juristas teóricos, apenas podrán designarse algunos nombres que hayan alcanzado una significación idéntica. La mayor parte de ellos siguen a los ricos y a los poderosos, y sostienen los intereses efectivos de los que tienen y de los dominadores con el mismo celo que defienden sus tontas pretensiones. El antagonismo social, que cada vez divide y separa más a los ciudadanos de los Estados civilizados en dos campos, que se contemplan con creciente hostilidad, débese en gran parte a la indicada parcialidad de los juristas» (Menger, 1998, p. 135).

Con clarividencia atisba algunos elementos que aún en el constitucionalismo garantista actual no están plenamente consolidados, como la tutela judicial efectiva y la asistencia letrada gratuita para lo que prevé la reforma de las leyes procesales y la creación de un Cuerpo de Abogados de los pobres pagados por el Estado que no deberían asumir la defensa de otros pleitos o causas que fueran los de los pobres (Menger, 1998, p. 152) y critica los efectos perversos de la ignorancia de las leyes y de la analogía en cuanto su aplicación cierra y conserva y perpetúa un sistema construido en perjuicio de los pobres e impide que los jueces adopten criterios de oportunidad social, pues «naturalmente, el Derecho civil, que ha sido formado durante siglos únicamente por las clases ricas, atiende sólo a los intereses de éstas» (Menger, 1998, p. 142). Menger rechaza la concepción formal neutral y autónoma del juez presuntamente apolítico e irresponsable que niega su discrecionalidad y actúa como *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley*, y postula la concepción alternativa de un juez comprometido como los juristas con los intereses de las clases populares, como condición de su imparcialidad, en lo que constituye un anticipo de las teorías críticas desde el marxismo al Critical legal Studies, que superan la igualdad formal y comprometen a los poderes públicos en la consecución de la igualdad real y efectiva. De ahí la enérgica denuncia que formula en el capítulo XI de la pasividad del juez en el procedimiento civil que consagra la indiferencia de la diferencia, en perjuicio de los pobres, y en lo que hoy conocemos como el derecho (fundamental) a la tutela judicial efectiva, donde a su juicio, «la nueva legislación procesal ha seguido sin reservas el camino opuesto al de la legislación económica y social de estos últimos tiempos. Un siglo hace, se creía que dejando en libertad las fuerzas económicas, se obtendría una producción mayor en cantidad de los diferentes objetos y en su virtud se alcanzaría el bienestar económico de todos (doctrina de Manchester). Tratando a todos los ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender a sus cualidades personales y a su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta lo infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles tomasen una parte escasísima en ese aumento de producción. A consecuencia de esto surgió la legislación social, que se endereza a proteger los intereses de los débiles contra los fuertes, y a asegurar a aquellos cuando menos, una parte mínima de los bienes necesarios para vivir. Hoy se sabe que no existe una desigualdad mayor que aquella que consiste en tratar a los desiguales de un modo igual» (Menger, 1998, pp. 146 y 147). De ahí que postule el derecho a la asistencia letrada gratuita y

rechace la pasividad que ni es neutral ni desde luego, imparcial: «ante todo –recuerda– se debería obligar al juez a instruir gratuitamente a todo ciudadano, especialmente al pobre, acerca del Derecho vigente, ya que no a auxiliarle de otro modo en la defensa de sus derechos privados. Con este proceder sólo, se evitaría, hasta cierto punto, la inferioridad jurídica que tan gravemente pesa sobre las clases pobres, en lo relativo a sus derechos. Así como el Estado exige de los pobres y de las clases ignorantes que reconozcan plenamente el laberinto de la legislación, es justo que el Estado les procure y ofrezca de modo adecuado la facilidad necesaria para alcanzar tal conocimiento, cosa que no le sería al juez difícil en cuanto se suprimiese la aplicación del Derecho por analogía. En segundo lugar, cuando el demandante hubiera producido su demanda y el demandado le hubiere contestado, el Juez debería proceder en el litigio de oficio. Una vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por abogado, el Juez debería procurar establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre» (Menger, 1998, p. 151).

Estamos en el núcleo de la *cuestión social* perfectamente definida por Monereo como una aporía fundamental, en la cual una sociedad experimenta el enigma de su cohesión y trata de conjurar el riesgo de su fractura, que se podría caracterizar por la inquietud para garantizar la cohesión de una sociedad, de ahí su diacronía, y la emergencia de la «nueva cuestión social», que replantea el vínculo de ciudadanía, y por consiguiente la legitimidad social y la exclusión y explica su continuidad (Monereo, 1998, p. 26). Como brillantemente expone Monereo, concluyendo su excelente estudio preliminar, si la vieja cuestión social se planteó respecto a las consecuencias de los procesos de liberación económica y jurídica e institucional nacida de la *gran transformación* que afectó a la vida económica y a la consideración del trabajo como una mercancía ficticia, la «nueva» (situaciones de nueva pobreza y exclusión, diversidad de las situaciones sociales e individualización de lo social; surgimiento de un nuevo proceso de estratificación social denominado «infraclase» o «subclase»; el nuevo concepto de trabajo y trabajador, es decir, la crisis de subordinación que ya no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo asalariado y las nuevas formas intermedias de trabajar) deriva de procesos estructurales relacionados con la desindustrialización, y la crisis del trabajo para abarcar también los cambios culturales y las orientaciones de política del Derecho: renacimiento de los valores del individualismo posesivo e insolidario y el descompromiso de los poderes públicos. La nueva cuestión social –concluye– va a exigir seguramente una reformulación (un enriquecimiento) de la noción de ciudadanía social como pertenencia social reconocida en el marco de la comunidad política: una nueva ciudadanía social y, consiguientemente, de los derechos económico, sociales y culturales de los trabajadores profesionales y atendiendo a la especificidad de su particular posición jurídica-contractual, donde es inexcusable tener presente, desde mi punto de vista, la figura de los inmigrantes mal llamados ilegales, de los *sans papiers* que representan, sin duda, uno de los paradigmas de la exclusión social (Monereo, 1998, pp. 111 y 112).

Estamos en una situación parecida a la que se encontró W. N. Hohfeld cuando se planteó la necesidad de formular los conceptos jurídicos fundamentales. El cambio constitucional, la transformación de una jurisdicción concentrada a un modelo de jurisdicción difusa, con la creación de los Tribunales Superiores de Justicia en las respectivas Comunidades autónomas; *el desbordamiento de las fuentes del Derecho*; la recepción del Derecho comunitario; la globalización –esta sí, por lo que parece, en el caso Pinochet– positiva de los derechos humanos; la revitalización del derecho histórico y foral; la aparición de los derechos autonómicos; la recuperación del valor creador de la jurisprudencia acentuada por el activismo judicial, y la actividad del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia «obliga» (art. 5.1 LOPJ), y el pluralismo jurídico con el reto de la intercul-

turalidad, son, entre otros muchos, unos factores que sin duda merman una cierta seguridad certeza y previsibilidad en la aplicación del Derecho y confirman la necesidad de reconstruir una teoría comprensiva y unitaria, que no homogénea, ni de los *conceptos jurídicos fundamentales*, que, si se quiere superar el modelo formalista dogmático y acrítico, debe realizar propuestas que sean socialmente útiles y en esa medida implicar a la Ciencia en cuanto técnica que debe responder con prontitud a los cambios sociales y jurídicos y debe asumir una inequívoca dimensión prescriptiva, que la aproxima a la Política jurídica, que no tratan de destruir, sino de reformar, el Derecho privado, sin negar sus dimensiones individuales y sociales (Monereo, 1998, p. 18), comprometiéndola como sucedió con la Ilustración en la reforma de la legislación, lo que permitiría conjugar este estudio con la teoría y la técnica legislativas.

Esta tarea afecta a no pocas cuestiones ya señaladas por Menger, como el replanteamiento de conceptos aparente neutros y técnicos, como «sujetos», «capacidad», «competencia», «derecho», «deber» «sanción», que si de suyo implican la exclusión pueden transformarse en un factor de integración y de reconocimiento y respeto a la diferencia, o de conceptos como «discrecionalidad», «motivación» «abuso de derecho» y/o «desviación de poder», que subrayan la necesidad de acentuar el control del poder propio del estado de Derecho y constitucional. La recuperación del carácter positivo, democrático, social general y solidario del deber jurídico y su inserción en la teoría constitucional, con especial atención al consenso como al disenso, en cuanto a la fundamentación de la obediencia/desobediencia al derecho, la consideración del derecho subjetivo como el núcleo de la constitución del sujeto de derechos, y la garantía del régimen liberal y su necesaria conjugación con los derechos fundamentales, que implica sustraerlo del paradigma reduccionista, excluyente y elitista propio del liberalismo conservador y extenderlo a los intereses difusos; el estudio de la sanción desde sus elementos positivos y premiales, etc., que suponen el tránsito de la estructura a la función y muestra la función promocional, etc.; todo ello para adecuar de un modo coherente el paradigma jurídico a las exigencias constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, lo que, además, desmiente la presunta neutralidad de la teoría del Derecho, que en mi opinión sólo puede realizarse «de» y «desde» la Constitución, lo que exigirá en ocasiones el ejercicio de la crítica desde la lealtad constitucional. Otros conceptos que se deberían revisar, son los de «buena fe», «diligencia debida y/o de un buen padre de familia», «orden público», «moral», «buenas costumbres», «comerciante honrado», etc., que conforman los supuestos sobre los que se construye la teoría del Derecho.

La re(lectura) de Menger contribuye a la formación de un jurista reflexivo, crítico y comprometido capaz de abrir su mente más allá de la estricta normatividad hacia los valores e intereses subyacentes en el Derecho. Tachar la Filosofía del Derecho de poco práctica, inútil o alejada de los intereses de los estudiantes a punto de acabar su formación universitaria, supone confundir lo práctico y su noble tradición que parte de la praxis y remite a la *Vernunft*, a la razón vital y práctica con la *Verstand*, o razón instrumental, calculante y pragmática que desprecia, como advirtió Kant, la filosofía. El carácter práctico, inherente a la experiencia jurídica, facilita su comprensión a los estudiantes que conocen el estudio formal del Derecho pero carecen de la dimensión totalizadora, mediadora, plural, realista utópica y crítica de la Filosofía del Derecho, *no ensimismada ni exenta*, que al final de la licenciatura, con el carácter centrífugo, complementario, que no contrario, al centrípeto de la Teoría del Derecho, recuerde, explique y justifique las razones últimas, morales y políticas del Derecho.

Ernesto J. VIDAL GIL
(Universitat de València)