

Derecho y situación

Partiendo del supuesto según el cual la categoría originaria en que se expresa la vida social es el conflicto, el problema más general para el jurista radica en la investigación y logro de los instrumentos más adecuados para que pueda darse la convivencia pacífica. Convivencia es, precisamente, en definición del Profesor Tierno Galván, una relación conflictual continuamente superada (1). La superación del conflicto habrá de ser, pues, la función que deba atribuirse al Derecho.

El Derecho resulta ser así un sistema de seguridad (2) y resultará eficiente en la medida que logre eliminar las perturbaciones más graves dentro de cierta situación social. Pues sistema de seguridad y situación son términos correlativos desde el punto que todo sistema de seguridad lo es con respecto a determinada situación. Puede decirse que a lo que tiende el sistema de seguridad es precisamente a regular las relaciones que se establecen entre un cierto sujeto y un sector definido del horizonte funcional de sus posibilidades (3).

Esto implica una dependencia del Derecho a una situación y plantea interesantes problemas, entre ellos el referente a la vida del Derecho, a lo que pudiéramos llamar biología jurídica.

Supuesto que todo Derecho estuviera adaptado a la situación en que incide, ¿hasta cuándo lo estaría? ¿En qué medida se corresponden los índices de mutabilidad del Derecho y de la vida? ¿Qué ocurrirá cuando Derecho y situación queden inadaptados? ¿Cuál es el destino de la convivencia? ¿Cuál serán las respuestas del Derecho?

(1) ENRIQUE TIERNO GALVAN, "La realidad como resultado", en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, número 13/15, pág. 153.

(2) El profesor Tierno Galván define los sistemas de seguridad como "cualquier sistema de normas, conjunto de supuestos o enunciación de principios que garantizan el menor número de perturbaciones a la convivencia", "Todo sistema de seguridad es garantía frente a cierto miedo e inseguridad. La inseguridad del mun-

do, la inseguridad de la propiedad, etc.". *Op. cit.*, pág. 30.

(3) Téngase presente la definición de situación que hace el profesor Tierno Galván en cuanto "complejo de relaciones establecidas entre un sector definido del horizonte funcional de posibilidades del ser humano y un cierto sujeto respecto del cual este horizonte es situacional". *Sociología y Situación*, Murcia, 1955, pág. 14.

Las anteriores preguntas nos plantean el problema del Derecho Nuevo, que para nosotros, de acuerdo con lo expuesto, es el resultado de la adaptación entre el sistema de seguridad jurídica y una nueva situación, nacida frente o al margen de lo preexistente (4).

El Derecho Nuevo supone, por consiguiente, una inadaptación del anterior régimen jurídico, con una situación nueva, siendo en consecuencia el problema de ésta el problema del Derecho Nuevo. Por ello, si queremos hallar la razón y esencia del Derecho Nuevo, habremos de interrogarnos acerca de los caracteres de la nueva situación y del por qué de su nacimiento.

En esencia esta situación puede haber surgido en virtud de uno de los fundamentos que Stammler atribuye a las transformaciones sociales: Transformación de los medios técnicos de la cooperación humana o transformación de las aptitudes y disposiciones de los hombres (5), o, en otros términos, la situación puede ser nueva por causa de una modificación del techo ideológico, o por cambio en los elementos materiales de la situación.

En este sentido cabe señalar como ejemplos típicos al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo: El Derecho Mercantil, en cuanto Derecho Nuevo, surgido por exigencias de una nueva sensibilidad jurídico-vital, y el Derecho del Trabajo, como Derecho Nuevo derivado de un cambio en los factores materiales de la situación.

El Derecho Mercantil supone, en efecto, una transformación del techo ideológico aunque cooperen otros factores, ya que no debe creerse en la independencia absoluta entre los elementos materiales y los ideales de una situación. Lo que caracteriza al Derecho Mercantil, sin embargo, frente a la rama jurídica que regula semejantes relaciones humanas, el Derecho Civil, es su sentido vitalista, hasta el punto que creo puede afirmarse que la aparición del Derecho Mercantil representa un fenómeno de vitalismo en un mundo jurídico racionalizado.

A este respecto hay que llamar la atención hacia el fenómeno de la emancipación del Derecho desde la vida humana. El Derecho, en cuanto resultado cultural, adquiere una existencia transvital, una justificación por sí, independientemente de la función servicial que en su nacimiento tuvo o debió tener. "La cultura —escribe Ortega— nace del fondo viviente del sujeto y es vida *sensu stricto*, espontaneidad, "subjetividad". Poco a poco la ciencia, la ética, el arte, la fe religiosa, la norma jurídica, se van desprendiendo del sujeto y adquiriendo consistencia propia, valor independiente, prestigio, autoridad. Llega un momento en que la vida misma,

(4) Marca esta misma dirección Efrén Borrajo cuando escribe que "con el cambio social el Derecho tradicional queda sin sus fundamentos de hecho, se desajusta socialmente y, en consecuencia, se hace sentir la necesidad de una nueva organización político-social, y, con ella, al plantearse la necesidad de un nuevo esquema de distribución de posibilidades de vida, se hace sentir la necesidad de un Derecho

Nuevo". Sin embargo, como se verá, nos parece restrictivo el limitar el Derecho Nuevo a la modificación de los fundamentos de hecho. Vid. EFREN BORRAJO DACRUZ, "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho del trabajo", *Journal*, n. 62, pág. 5.

(5) R. STAMMLER, "La Génesis del Derecho", Madrid, 1936, pág. 124-5.

que crea todo eso, se inclina ante ello, se rinde ante su obra y se pone a su servicio. La cultura se ha objetivado, se ha contrapuesto a la subjetividad que la creó" (6). "La justicia, una vez que ha sido segregada por el sentimiento, adquiere un valor independiente. Va en la idea misma de lo justo la exigencia de que debe ser. Lo justo debe ser cumplido, aunque no le convenga a la vida. Justicia, verdad, rectitud moral, belleza, son cosas que valen por sí mismas y no sólo en la medida que son útiles a la vida" (7). De forma que va no es el Derecho quien ha de servir y regular la convivencia de acuerdo con su materia, sino que las relaciones humanas se han de adaptar al Derecho, un Derecho que equivale a la traducción de la razón pura en el campo de la voluntad (8). Así, el Derecho "funciona en el vacío, sin traba alguna, atendido a sí mismo y dirigido por sus propias normas internas" (9); es decir, ajeno a la situación que trata de controlar. Los valores vitales son sustituidos por los imperativos culturales. Se desprecia la realidad, los intereses y se rompen los vínculos con la vida espontánea. Los juristas, por otra parte, favorecen la disociación Derecho-situación, atraídos por la amplitud de horizontes del mundo puramente racional y absorbidos por él orientan su obra en forma adecuada para entes de su lógica, pero no para seres humanos vivos e íntegros. Creen que la idea de la justicia es suficiente para construir un mundo nuevo a espaldas de las realidades de la vida, semejando hombres caídos de las nubes, como Aristófanes decía de Sócrates satíricamente (10). Se inventan las situaciones en vez de verificarlas. "El jurista —como escribe el Profesor Garrigues— se va convirtiendo en un geómetra y su educación es pura dialéctica, divorciada de la vida. Lo único que le interesa es el enlace dialéctico entre los preceptos del Código. Como en las matemáticas, el juicio del jurista técnico es el resultado de un cálculo: un cálculo realizado con los conceptos como factores" (11).

Pues bien, el Derecho Mercantil significa precisamente una reacción contra dicha sensibilidad jurídica. Es sobre todo un cambio de reabilidad, sin que esta afirmación suponga desconocimiento de los nuevos factores que el comercio aduce. El Derecho Mercantil es la versión del espíritu del mercader en el campo jurídico. La mentalidad del burgués será la informadora del nuevo sistema de seguridad. En un principio coincidirá materialmente con sus exigencias vitales; después equivaldrá a la mera conversión de éstas en gramática. Siempre latiendo en sus reglas la vida, los intereses, la impetuosidad vital de este "homo sapiens". El se definirá como Derecho realista; se basará no en principios, sino en problemas. De ahí que el Derecho Mercantil sea un Derecho Nuevo, pero no con un acto singular de nacimiento, sino en continuada trayectoria de renovación, de adaptación con las nuevas situaciones. "Cuando hablamos

(6) JOSE ORTEGA Y GASSET, "El Tema de nuestro tiempo", *Colección Austral*, octava edición, pág. 55.

(7) ORTEGA. *Op. cit.*, pág. 46.

(8) Otro tanto ocurre con el Estado. Con respecto a él el extremo está en el totalitarismo.

(9) ORTEGA, *Op. cit.*, pág. 34.

(10) STAMMLER, *Op. cit.*, pág. 116.

(11) JOAQUIN GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, 1955. Tomo I, pág. 44-5.

de Derecho Mercantil —escribe el Profesor Garrigues— nos planteamos un problema relativo a una época y a una legislación determinadas. En ningún otro campo que no sea este del Derecho Mercantil se observa cómo varía el concepto no sólo a través de los grandes períodos de la Historia, sino en una misma época legislativa, y no sólo en las leyes enlazadas temporalmente por el hecho de sustituirse una a otra, sino en las leyes a un mismo tiempo vigentes (12). El Derecho Mercantil, ininterrumpido dinamismo y cambio; existencia mudable y cambiante, como la del fuego. En este sentido el Derecho Mercantil constituye un sistema de seguridad singular, por cuanto en él el distanciamiento y contraposición con la vida es mínima, casi está en simbiosis con ella. Al igual que resulta difícil imaginar la risa provocada por determinados elementos ajenos a nuestra situación (13), o con hechos no vigentes para nosotros, de forma que risa y actualidad son inseparables; así sucede con el Derecho Mercantil.

Y esta su intrínseca dependencia de las situaciones vitales, nos pone de manifiesto otra nota del Derecho Mercantil y por tanto del Derecho situacional: su sentido programático, su pretensión de ser “un repertorio concreto de soluciones respecto de unos problemas determinados, en cuyo repertorio va implícita la idea básica de funcionamiento” (14). Resulta, pues, aplicable también al campo del Derecho la distinción entre ideales y programas, y el Derecho Mercantil es una muestra clarividente de la aplicación del concepto de programa al Derecho. Nada más ajeno a él que la persecución de reformas desde esquemas apriorísticos, con que se intenta alcanzar la perfección.

Por otra parte, su carácter programático (en el sentido expuesto) hace resaltar la aproximación del Derecho inglés al Derecho situacional, por razones de sensibilidad jurídica (15) y quizá la situacionalidad del Derecho inglés sirva para explicar las concordancias entre la mentalidad jurídica contemporánea y la anglosajona.

Podemos, pues, concluir que el Derecho situacional requiere la instrumentalización jurídica del medio y que la perseverancia en dicha instrumentalización se consigue cuando se fundamenta en un fenómeno de sensibilidad jurídica, que se constituye en techo ideológico de las situaciones que tiene por objeto y que consiste en una concepción raciovitalista del Derecho. El Derecho Mercantil es buena prueba de todo ello.

El Derecho situacional, sin embargo, puede darse también sin la apoyatura de dicha sensibilidad: puede brotar Derecho Nuevo a consecuencia de un cambio en los elementos materiales de la situación,

(12) GARRIGUES, *Op. cit.*, pág. 5.

(13) ¿No se ha hecho notar reiteradamente —pregunta Bergson— que muchos efectos cónicos son intraductibles a otro idioma cuando se refieren a costumbres y a ideas de una sociedad particular? Vid. “La Risa”, Editorial Losada, Buenos Aires, 1953, pág. 15.

(14) E. TIERNO GALVAN, “XII Tesis sobre el funcionalismo europeo”, en *Boletín In-*

formativo del Seminario de Derecho Político, n. 7, págs. 79-80.

(15) “El Derecho inglés no es un sistema artificial y codificado, heredado de la antigüedad o impuesto por un gobernante autocrático, sino un cuadro o proyección viva de la labor espontánea del espíritu inglés, expresada en sus tradiciones, en sus leyes y en las decisiones de sus Tribunales...” EDWARD JENKS, “El Derecho inglés”, Madrid, 1930, pág. 8.

simplemente. Como antes dijimos se puede poner como ejemplo de ello el Derecho del Trabajo, lo cual tal vez extrañe, puesto que hay quienes lo consideran como una plasmación de la llamada justicia social. Desde luego para estudiar el nacimiento del Derecho del Trabajo habría que volver a tener en cuenta las construcciones de tipo racionalista en el terreno jurídico, puesto que el cambio que se opera desde el siglo XVIII en la situación laboral incita a los elementos directivos, inmersos en un clima racionalista, a fabricar proyectos de reformas jurídicas mediante creaciones imaginativas de lo que constituye la materia social, es decir, mediante utopías (16). He aquí el por qué de la alianza entre utopía y Derecho del Trabajo, y he aquí también un ejemplo de los resultados de los intentos de someter el mundo a la razón pura. Hay aquí, así, un substrato ideológico, opuesto al del Derecho situacional y que no es precisamente el que habrá de dar vida al Derecho de Trabajo, que nace como respuesta violenta de los nuevos factores situacionales a los inservibles sistemas de seguridad, en un fenómeno de simple adaptación material. Los nuevos elementos materiales, el maquinismo y la concentración del capital principalmente, habían originado una situación que quedaba a la intemperie jurídica. La adaptación del Derecho a esta nueva situación (que se haría precisamente por el camino en que la flexibilidad y por tanto la vinculación a lo real es mayor: la costumbre, o mejor, las prácticas por convenio) origina la formación de un sistema de seguridad, que significa un Derecho situacional. Pero el hecho de que nazca este Derecho Nuevo, ajeno a problemas que afectan al techo ideológico, hace que su capacidad de adaptación, su riqueza vital sea menor que en el caso del Derecho Mercantil, y que su destino (el anquilosamiento) sea previsible, si es que no logra provocar o no se injerta los postulados del auténtico y permanente Derecho situacional.

Postulados que conforme lo indicado pueden resumirse en la adopción de una política basada en problemas y no en ideales y que indican claramente la preponderante función que tiene la Sociología en el Derecho, así como la importancia para ambos de la categoría situación.

MANUEL ANDRINO HERNANDEZ

(16) STAMMLER, *Op. cit.*, pág. 105.