

### EL TIEMPO DE LA DEUDA: FUERO INTERNO Y DERECHO CONSUETUDINARIO EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE JOAQUÍN COSTA \*

JOSÉ MANUEL VÁZQUEZ-ROMERO  
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)

RESUMEN: Estudio de la filosofía jurídica costista en la tradición iusfilosófica krauso-gineriana, que analiza su concepto de relación jurídica para elucidar la peculiar juridificación de la conciencia, la función socializadora del derecho consuetudinario y, finalmente, su encaje con la figura política de la dictadura tutelar.  
PALABRAS CLAVE: derecho, conciencia, costumbre, dictadura.

#### *The Debt's Time: Inner Charter and Common Law in the Joaquín Costa's Philosophy of Law*

ABSTRACT: It is a study about Joaquín Costa's Philosophy of Law, in the tradition of K. Chr. Fr. Krause and Francisco Giner de los Ríos which analyses the concept legal relationship, in order to clarify the peculiar juridification of the self, the social function of the common law and, finally, its engage with the dictatorship (tutelary).

KEY WORDS: law, self, consuetudo, dictatorship.

En este artículo abordaremos algunos planteamientos de la filosofía del derecho del personaje del regeneracionismo español Joaquín Costa y Martínez (1846-1911). Los creemos ejemplarmente ilustrativos de una concepción biojurídica que inscribe el derecho como condición de la vida individual y social, imbricando la humanidad en el individuo como autodeterminación para la prestación de los medios exigidos para el cumplimiento de los fines racionales humanos. La estrategia de exposición consiste en una elucidación fenomenológica del concepto costista de relación jurídica: (i) desde el arranque de la relación jurídica como relación inmanente individual que constituye al individuo en representante de la razón y conforma el fuero interno como sujeción (§ 1. El principio de individuación jurídico); (ii), hasta el desenlace de la relación jurídica como derecho social en el que la unidad entre derecho, moral y costumbre permite sincronizar colectivamente el orden simbólico (§ 2. La sincronización colectiva); y (iii), un *pasaje* final, a modo de conclusión, que conduce de la animalidad a la dictadura, la forma anormal del derecho consuetudinario<sup>1</sup>.

---

\* Este artículo se inscribe en el proyecto del Plan Nacional I+D+i del MCINN, con referencia HUM2006-01448.

<sup>1</sup> «... [el] proceso de juridificación de la conciencia [...] constituye una de las encrucijadas fundamentales para el tránsito hacia la modernidad. [/] Este tema ya había sido propuesto a comienzos del

Se puede señalar, sin titubeo, la filiación principal de los tópicos iusfilosóficos costistas: la gineriana. Los encarecimientos y reconocimientos no se ahorran: «En estos §§, lo mismo que en los del concepto del Derecho y otros, hemos seguido las huellas de aquel profunda, cuanto sincero y entusiasta pensador, cuyos cursos, oficiales y libres, en la universidad de Madrid, han depositado en ella numerosos y vivideros gérmenes de progreso científico en nuestra juventud [...]»<sup>2</sup>. En otros escritos hemos discutido algunos de los fundamentos iusfilosóficos ginerianos; aquí y ahora nos dedicaremos a los costistas.

## § 1. EL PRINCIPIO DE INDIVIDUACIÓN JURÍDICO

La función comunicativa e integradora del todo social atribuida por excelencia al derecho —«... centro de convergencia a la vida social en toda la multiplicidad de sus intereses e integridad de sus fines [...], en suma, el derecho como verbo que palpita en el seno de la civilización moderna, absoluto mediador entre todos los fines individuales y sociales...»<sup>3</sup>— se hace eco de la función reconocida en los escritos ginerianos —el «concepto del Derecho como *el todo de la libre condicionalidad interior de la vida humana*, en cada una de sus esferas, desde el individuo inclusiva á las más amplias relaciones y círculos sociales»<sup>4</sup>—, que es, en definitiva, el concepto krausista<sup>5</sup>. El derecho se considera el orden sistémico que regula la adecuación/inadecuación de la comunicación *en* y *entre* las distintas esferas individuales y sociales (relaciones jurídicas internas y externas), de acuerdo con sus finalidades esenciales respectivas, coordinándose con la moral por medio de la exigencia ética de prestar un consentimiento a las obligaciones jurídicas que resulte de la autodeterminación, y que ligaría así intención (moral) y condición (jurídica), «... debiendo cumplirse el Derecho, no sólo porque es debido, sino porque es bueno, moralmente (moralidad jurídica), y la Moral no dirigiéndose al bien nudamente, sino acompañada de los medios jurídicos necesarios (Derecho de la Mora-

siglo xx por Ernst Troeltsch en un célebre ensayo acerca de la esencia del espíritu moderno: el mundo eclesiástico medieval obraba con una profunda compenetración de derecho, costumbre y moral, que eran mantenidos inseparablemente juntos por poderes en parte mundanos, en parte espirituales. De esa compenetración se liberan el Estado y el derecho; una vez desvinculada de la tradición y de la autoridad, la moral se vio forzada a diferenciarse tanto del derecho como de la costumbre, buscando una nueva fundamentación autónoma e iniciando un camino hacia los valores internos pero immanentes de la conciencia, que desembocará en Kant» [PRODI, P., *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Buenos Aires, 2008 (Bolonía, 2000), p. 321]. Siendo así, cabría entender el proyecto del krausismo jurídico español, al menos en su presentación gineriana y, si cabe aún más, costista, como el empeño por reganar la unidad perdida fundándola en la conciencia jurificada.

<sup>2</sup> COSTA, J., *La vida del Derecho. Ensayo sobre el derecho consuetudinario. Prólogo para esta nueva edición de don José-Luis Lacruz Berdejo...*, Zaragoza, 1982 (en adelante: VD), p. 260; la nota (52) finaliza aseverando que el «[...] vacío en la cátedra de donde (por causas de toda Europa conocidas), fue separado el año pasado, al par de otros ilustres campeones de la regeneración científica de España, sólo él mismo podrá llenar, mediante una reparación y rehabilitación que desean y aguardan con ansia cuantos se interesan por el triunfo de la verdad y de la justicia en el mundo» (alusión a la conocida como 'segunda cuestión universitaria', en la que el fundador de la *Institución libre de Enseñanza* fue separado de su cátedra y exilado).

<sup>3</sup> VD, pp. 44 s.

<sup>4</sup> *Principios elementales del Derecho. Introducción á la filosofía del Derecho. Concepto del Derecho*. Por Francisco Giner, Madrid, s.f. (1871), pp. 56 s.

<sup>5</sup> Cf. QUEROL, F., *La Filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause. Con un apéndice sobre su proyecto euro-peísta*, Madrid, 2000, pp. 55-98.

lidad) para que el bien moral, como fin de la vida, resulte efectivamente cumplido»<sup>6</sup>. El sistema de la condicionalidad libre para los fines de la vida (derecho) resulta ser él mismo incondicional<sup>7</sup>. El régimen que regula y clausura esa solidaridad de la prestación del medio o de la exigencia de la obligación, justificando el imperativo (moral) y purificando la condición (jurídica) —*la vivificación del bien de la vida*<sup>8</sup>—, no es ni el de la mutualidad<sup>9</sup>, ni es el de la coercitividad<sup>10</sup>, que serían sendos accidentes jurídicos, sino el de la autodeterminación:

«Todo *fin*, cuando sale de su estado de tensión y de sueño, y demanda ser actuado, determina en nosotros un desequilibrio, un vacío, un malestar, una inquietud, una *necesidad*: la satisfacción de esta necesidad, dejando realizado aquel fin, nos restituye al equilibrio estable a que todo ser aspira, y causa en nosotros una satisfacción, un placer. Por esto, en rigor, podría tomarse el placer o la utilidad que lo engendra, como criterio de derecho. Pero en la vida temporal, el mal y el bien caminan revueltos, y el pensamiento del hombre, como finito, falible, confunde fines y medios buenos con otros que no lo son, y más de una vez escoge un bien pasajero, y se procura una satisfacción relativa o ilegítima y fugaz, desconociendo o menospreciando el bien real y la satisfacción perdurable que causa en los seres libres el obrar y vivir según razón, el hacerse esclavos de su deber —única verdadera libertad— que es, conforme vimos, vivificar su esencia. [...] Si la necesidad surge del fondo mismo de nuestro ser, si es un eco de nuestra naturaleza racional, es legítima, y su ley está en la esencia misma de quien es verbo y precursor; la satisfacción de tal necesidad es obligada, porque envuelve el cumplimiento de un fin, la exteriorización de un ser. ¿Con qué clase de medios? Evidentemente, los medios han de ser congruentes con el fin, o sea, con la necesidad, y, por tanto, de su propia naturaleza; y siendo el fin algo propuesto a nuestra actividad para su realización, una de las esencias que compone nuestro ser, el medio ha de ser también esencia, si bien esencia hecha ya, actuada, producida, positiva (*natura naturata*, que dicen los filósofos)»<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> VD, p. 86; vid. COSTA, J., *Teoría del hecho jurídico individual y social. Estudio introductorio para esta nueva edición de don Juan-José Gil Cremades...*, Zaragoza, 1984 (en adelante: THJ), pp. 73 s. Cf. *Prolegómenos del Derecho. Principios de Derecho natural sumariamente expuestos por Francisco Giner, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Madrid, y Alfredo Calderón, alumno de la misma*, OO.CC., t. I, pp. 22-24 (en lo sucesivo: *Principios de Derecho natural...*) (Cf. MANZANERO, D. M.<sup>a</sup>, *La relación entre Derecho y Moral en la filosofía jurídica gineriana: su complementariedad y su autonomía*, trabajo titulado de investigación para la obtención del D.E.A. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Dpto.: Antropología social y Pensamiento filosófico español, Madrid, marzo de 2009).

<sup>7</sup> Se plantea entonces la paradoja del sistema jurídico: '¿es justo?'. Si la justicia se define por la condicionalidad, el derecho sería, en cuanto incondicional, injusto o no-justo. Tal paradoja la resuelve el tiempo, por cuanto la biología jurídica dispone que el cumplimiento del derecho (la prestación de los medios exigidos) se hará conforme a las condiciones de posibilidad que se determinan efectivamente en el tiempo. Cf. LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, México, 2005 (Frankfurt am Mein, 1993), pp. 231 s.

<sup>8</sup> Vid. «El Derecho y el Estado, según Krause, por D. Julian Sanz del Rio», en *Boletín de la institución Libre de Enseñanza*, t. VI, 1882, p. 198.

<sup>9</sup> «La reciprocidad se produce efectivamente en el mundo de las relaciones jurídicas, pero no es una nota característica del Derecho» (VD, p. 89); vid. THJ, pp. 74 ss. y el resumen: «6.<sup>a</sup> El derecho no es un principio de *reciprocidad*: el mutuo respeto, la permuta de utilidades y servicios, etc., nacen del derecho como una consecuencia, pero no lo constituyen: el derecho es independiente de la reciprocidad» (p. 84). Cf. *Principios de Derecho natural... por Francisco Giner... y Alfredo Calderón...*, p. 35.

<sup>10</sup> «... pues ninguna de sus notas expresa relación coactiva, no debe ser elemento esencial ni menos distintivo único, como suelen entender las escuelas, la *coacción*» (VD, p. 95); vid. THJ, pp. 56 ss. y el resumen: «2.<sup>a</sup> Es también [el derecho] un principio de *libertad*: su realización no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del sujeto racional: la coacción es un factor accidental de la vida del derecho, pero no entra en él como un elemento componente» (p. 83). Cf. *Principios de Derecho natural*, pp. 27-29.

<sup>11</sup> THJ, p. 75; vid. texto nota 21: VD, pp. 139 s. Una vez que esa interiorización es entendida psicofísicamente se plantea la posibilidad de una psicofísica jurídica (vid. *infra*).

La vida del derecho se entiende como el organismo de funciones (declarativa, ejecutiva y armónica) que, conforme a su unidad racional, funda el orden genealógico de las tradiciones —«... y de aquí la solidaridad política y civil de unos con otros siglos, pueblos e individuos»<sup>12</sup>— y el progreso universal del ideal —«... como si el hombre alejase de sí la finitud en la misma proporción en que crece éste su capital jurídico (y lo mismo religioso, científico, etc.)»<sup>13</sup>—. Como el derecho estaría dado para la vida toda, y, conforme a las leyes biológicas que prescriben la determinación continua, ordenada y progresiva del ideal del derecho en el hecho jurídico (la *vida del derecho*), su esencia habría de realizarse orgánicamente en la vida de cada persona sin excepción. Por ello la vida del derecho sería una vida relativa a la vida de cada ser —*una vida en subordinación*—, que no sería propiamente una (la) vida, sino un modo de (la) vida que «... depende de otra [vida] que pudiéramos decir sustantiva o de ser, con la cual aparece, al compás de la cual se modifica, y fuera de la cual como una sombra huye y se disipa»<sup>14</sup>.

Una relación no conlleva necesariamente una dualidad de seres, sino de momentos. De acuerdo con ello, conviene considerar que las relaciones jurídicas no presuponen la exterioridad; por el contrario, las relaciones jurídicas por excelencia serían las relaciones jurídicas inmanentes o intransitivas —... que *el derecho es*, primeramente y ante todo, *relación de cada persona consigo misma*...<sup>15</sup>—. La coincidencia entre el término exigido y el término exigente en la misma persona (social o individual) configura una circularidad y una condensación jurídicas que cancelan la contradicción posible entre el orden fáctico de la vida y el orden normativo de la ley, y resuelven la oposición posible entre fin y medio en la unidad de la autorreferencia: «... la doble cualidad de *sér de fines* y de *sér de medios* se reúne en la persona jurídica, y no puede interponerse como mediador entre ellas otra actividad que no sea la de la persona misma»<sup>16</sup>. Esa inmediatez alcanza su clímax en la persona individual, cuya vida (jurídica) concilia la dualidad de sus relaciones (jurídicas) y resulta así soberana en esa su esfera, sin haber menester, como ocurre para las personas sociales, de la representación exterior, la cual sólo compone la sucesión, la continuidad, el orden y el organismo jurídicos remitien-

<sup>12</sup> VD, p. 147.

<sup>13</sup> VD, p. 149.

<sup>14</sup> VD, p. 120. Si bien la relación jurídica sería «... una relación que entra en las condiciones de la vida y se somete a sus leyes; al modo como la sombra responde a las condiciones geométricas de los cuerpos que la proyectan y sigue punto por punto sus mudanzas» (id.), habría que ligar la sombra a su vida para evitar el riesgo de que la sombra se convierta en un espectro de la vida. El espectro de la realidad (vida) jurídica sería la ley positiva escrita que da la espalda a la costumbre viva. Últimamente, se trata de negar la posibilidad de una evolución independiente del derecho como la que propiciaría el desarrollo de la legislación escrita, pero, por otro lado, avalando su autonomía relativa a las otras funciones sociales (política, religión...). Esa independencia se busca en la conciencia (ética) del sujeto, en la que se da entrada a la distinción obligación/prestación —que es el binomio del código del derecho—, pero en la que la condicionalidad del derecho es establecida incondicionalmente: el polo 'prestación' resulta sobredeterminado por el de 'obligación', con lo que se configura un orden jurídico que comporta una relación de dominación micropolítica como fuero interno. Esa reentrada del código jurídico en la conciencia psíquica de los individuos permite la clausura y solidaridad de la relación jurídica en la progresiva intimación que aproxima capacidad (capacidad general de derecho) y facultad (facultad de obrar, *facultas agendi*) jurídicas, pero exige que se mantenga una dualidad conforme a la que se establezca una representación interior de la ley: presentación de la ley en el medio de la conciencia que la instituye (a la conciencia) como su representante (el desarrollo de esto, *passim*).

<sup>15</sup> THJ, p. 105; vid. VD, p. 84. Cf. *Principios de Derecho natural... por Francisco Giner... y Alfredo Calderón...*, pp. 54 ss.

<sup>16</sup> COSTA, J., «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. LVIII (1881), p. 477 (continúa en t. LIX, pp. 71-93).

do, en último término, a la autorrepresentación del individuo: «... el individuo es el Estado-célula»<sup>17</sup>.

Es cierto que la desproporción entre la actividad del individuo y la infinitud de sus fines, en definitiva, su limitación, parecería abocar a la necesidad de la representación, que permite que el individuo pueda atender *a la vez* sus distintas obligaciones:

«... sucede que aun llegado á la plenitud de su desarrollo, la esfera de su actividad es siempre más reducida que la de sus fines, y por tanto que la de sus necesidades; y ya tiene que ejecutar á la vez una pluralidad de actos, ya personarse simultáneamente en diversos lugares, hacer valer un derecho no obstante hallarse ausente ó impedido, etc. El conflicto se salva con lo que se ha llamado *representación*, mediante la cual el individuo transfiere a otra persona su poder (su capacidad de obrar) para que ejecute en lugar suyo, para él y bajo su responsabilidad tales ó cuales actos, los cuales, por eso, no son actos del representante, aunque materialmente los ejecuta, sino del representado»<sup>18</sup>.

Pero establecer esa representación exterior como una relación jurídica fundamental supondría exponer a la vida del derecho a la interrupción y a la discontinuidad de su flujo, pudiendo represarse la corriente entre esencia (jurídica) y hecho (jurídico); de ahí que, lejos de asegurar últimamente una compenetración entre orden moral y orden jurídico, resultaría en la posibilidad de una oposición entre validez y facticidad jurídicas, que concedería carta de necesidad histórica a la injusticia —la deslocalización y la desincronización abocarían a la injusticia, al despotismo y/o a la anarquía—. Por el contrario, «los moldes de la vida son un producto natural, tan natural como la vida misma: los actos sustantivos en que ésta consiste y las formas jurídicas de esos actos se producen simultáneamente, por obra de una misma actividad y debajo de un mismo plan, sin lo cual no habría perfecta adaptación ni la consiguiente normalidad»<sup>19</sup>, resultando las transgresiones jurídicas accidentes, contingencias, acontecimientos infrarrepresentativos. El ámbito donde se efectúa la pre-sincronización entre idea y hecho jurídicos es la conciencia individual, y ello por medio de la operación reflexiva de la autodeterminación.

Si la salida al dilema entre idea y hecho se encuentra en la paradoja de la autonomía, sosteniéndose el curso de la virtualidad de la potencia jurídica (el *derecho ideal*) por medio del reflujo de las relaciones jurídicas hacia el sujeto jurídico último (individuo), en el que se ligarían necesidad y libertad... si, en general, «... nadie puede ser acreedor respecto de otro sino en cuanto y hasta donde es deudor respecto de sí propio y sus fines»<sup>20</sup>, entonces habría que religar tanto la esfera privada como la condición de *socius* de la persona humana a un estado de deuda relativo a su propio dominio, de modo que las exigencias de la persona para con los demás resultaran a la postre en obligaciones para consigo,

<sup>17</sup> *THJ*, p. 106. «... el último representante es siempre el individuo» (*Principios de Derecho natural... por Francisco Giner... y Alfredo Calderón...*, p. 46).

<sup>18</sup> *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre. Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 3 de febrero de 1901, en su recepción pública, por el EXCMO. SR. D. JOAQUÍN COSTA Y MARTÍNEZ, y contestación del EXCMO. SR. D. GUMERSINDO DE AZCARATE. Nota introductoria de LUIS DIEZ-PICAZO*, Madrid, 2000, p. 87. Cf. *Principios de Derecho natural... por Francisco Giner... y Alfredo Calderón...*, pp. 135 ss.

<sup>19</sup> *Congreso jurídico español. Tema tercero[:] Costumbre y Jurisprudencia.—Valor de estas fuentes de derecho.—Si deben intervenir los Poderes públicos en su manifestación; y, caso afirmativo, en qué límites, á qué efectos y en qué forma*, Madrid, 1886, p. 28; al final del texto (p. 33), se fecha y firma el dictamen: «Madrid, 20 de noviembre de 1886.—BIENVENIDO OLIVER.—JOSÉ MARÍA PANTOJA.—FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS.—JOAQUÍN COSTA».

<sup>20</sup> *Resumen de Filosofía del derecho por Francisco Giner, profesor en la Universidad de Madrid, y en la «Institución libre de Enseñanza», y Alfredo Calderón, Doctor en Derecho. Tomo II, OO.CC., t. XIV, p. 9.*

«y, como corolario, una relación de deficiencia entre la actividad y la esencia, en la cual responde a la exigencia permanente de ésta un deber correlativo de aquélla. Todo hombre, con efecto, siente dentro de sí un impulso que le mueve a equilibrar los dos polos de su vida, la posibilidad y la realidad: colocado entre ellos el sujeto, transporta, por decirlo así, de aquel a este estado su propia esencia, y sintiendo renacer detrás de cada movimiento el vacío —la exigencia de la potencialidad— réftelo una y otra vez en serie uniforme y sin fin: apenas cree logrado por un instante el equilibrio, una nueva exigencia y un nuevo vacío le imponen un nuevo deber y lo solicitan a una evolución nueva que satisfaga la exigencia y colme el vacío. El crédito que sobre la actividad tiene la esencia es permanente; con el instante de su pago coincide el renacimiento del débito que grava a la actividad, y no hay clava de Hércules bastante poderosa a detener o cortar su revivir eterno. Es la vida jurídica como el plano inclinado de un torrente; apenas brota la onda de la superficie, se desliza con más o menos rapidez y desaparece para no volver más, pero a la actividad que la impulsó a surgir no le es lícito dejar la madre en seco y suspender el hilo de la corriente, tiene que seguir operando para que manen nuevas ondas y se reanuden con las precedentes; y así el río de la vida jurídica no ofrece punto de reposo ni cesa de correr. Resulta de aquí que la actividad se halla colocada entre un *poder* y un *no poder*: puede hacer, mas no puede dejar de hacer; lo que *puede, debe* hacerlo, y lo que debe hacer porque puede es desenvolver y manifestar sensiblemente su esencia en estados o hechos de la misma idéntica cualidad que ella, y según su propia ley»<sup>21</sup>.

Se trata de una ‘suspensión’ (en todas sus acepciones): el sujeto queda como colgado de y, a la vez, inmerso en el deber, esforzándose por amortiguar las sucesivas interrupciones del codiciado equilibrio, ansioso por satisfacer la deuda pendiente, pero difiriéndose en cada nuevo estado la disonancia del anterior, y retrasándose indefinidamente el desenlace, sin dar tregua a aquél, cuya vida aparece jalonada por esa incesante suspensión de garantías y de pagos<sup>22</sup>. La suspensión con que la potencia constituyente de la ley

<sup>21</sup> VD, pp. 139 s. La relación jurídica supone una economía de la praxis en la que el sujeto se constituye como deudor de un acreedor que encierra su (la del sujeto) propia posibilidad: «La Actividad, hemos dicho, es la causalidad temporal próxima de mis hechos individuales en cuanto son posibles para mí y ahora *faltan, restan* por realizar en mi tiempo. [...] Luego mi Actividad está desde cada hecho y para adelante siempre en *Débito* con mi Potencia, porque debe llenar siempre en el hecho algo que en cada momento falta de la posibilidad general y eterna. Así, la primera percepción (analítica-subjetiva) del *Deber* se engendra en la relación de mi actividad como siempre parcial, carente, y por tanto en Defecto y Débito para con mi Potencia, la cual exige, insta á la Actividad y la mueve á llenar nuestra vida, á realizar en hecho efectivo (histórico) el Ideal eterno de nuestra naturaleza. Yo pues como *activo* estoy siempre en deuda conmigo mismo como potencial y facultativo. Concierta con la percepción el sentido gramatical de la palabra *Débito* y *Deber*, procedente de *De-ficio* y *De-fectum* [...]. Pero, en cuanto yo en mi actividad estoy siempre en defecto y débito conmigo en potencia, estoy bajo el mismo respecto *obligado* á hacer lo debido, y toda mi actividad está obligada á mi posibilidad, esto es, á hacer efectivo actualmente lo posible en general para mí. La percepción de la obligación es adecuada á la del deber [...]. El sentido gramatical de obligación, ya proceda de *ob-ligo*, ó de *ob-liquet*, indica union, sujecion del obligado al obligante, pertenencia constante de aquel á este, y aun presencia de este ante aquel en la relación de obligar» (KRAUSE, C. CR. F., *Sistema de la Filosofía. Metafísica. Primera parte. Análisis. Expuesto por D. Julian Sanz del Rio, Catedrático de Historia de la Filosofía, en la Universidad Central, Madrid, 1860*, pp. 192 s.).

<sup>22</sup> «*Suspensión* (fem.). 1. Acción y efecto de suspender (colgar). 2. («En») Manera de estar dentro de un líquido partículas de otra substancia no soluble en él y que no se depositan en el fondo [...]. 3. (mecánica). Dispositivo, empleado particularmente en los vehículos, destinado a amortiguar las sacudidas. 4. Acción de suspender (interrumpir) [...]. 5. Sanción por la que se suspende el disfrute por parte de alguien de un empleo, un beneficio, etc. [...]. 6. (música). *Prolongación del sonido de una de las notas que componen un acorde, que se superpone al siguiente con disonancia*. 7. *Figura retórica que consiste en retrasar la exposición del desenlace a que conduce lo que se va diciendo para avivar el interés de los que escuchan*. 8. Estado de suspenso (embelesado). 9. (La R. A. ha acordado la inclusión en el D. R. A. E. de esta acep., autorizada ya en autores clásicos, para sustituir al término de cine «suspense»). Situación emocional producida por una acción dramática cuyo desenlace se espera con ansiedad. [/] SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS [DE GARANTÍAS

de la vida larga y retiene, a la vez, a la vida, tensando la relación jurídica entre la exigencia y la obligación hasta el límite<sup>23</sup>, en una relación jurídica en la que el haber jurídico figura sólo como presupuesto del deber jurídico —o la prestación (del derecho) sólo como condición de la obligación (del deber)<sup>24</sup>—, conformando una serie indefinida de sujeciones que testimonian la potencia de la soberanía<sup>25</sup>. El límite es esa excepción soberana del *vacío* —la exigencia de la potencialidad—, que se repite en cada estado de la esencia transportada, en la encrucijada de cada instante de la esencia puesta, ahí donde se detiene y bifurca la corriente jurídica en deber y derecho, obligación y prestación, sumisión y soberanía inmanentes, en el suspenso de la exigencia de la obediencia querida, para que confluya de nuevo con el deber y la potencia vuelva al instante a fluir, vivificada<sup>26</sup>:

«El *deber jurídico* no es algo opuesto al Derecho, sino el Derecho mismo en uno de sus aspectos, en la relación de potencialidad a efectividad, y por tanto, va incluido en el propio concepto del Derecho. Todo el mundo constitutivo de nuestra naturaleza, en cuanto pide ser realizado libremente por nosotros en forma de sucesión y continuidad, constituye un *deber*, un *débito* o *deuda* que grava nuestra actividad: *debemos* realizar todo lo que compone nuestra esencia, porque en esa realización consiste nuestra vida, y mediante ella se cumple nuestro destino en el mundo. Ahora bien, siendo el Derecho, como es, uno de aquellos elementos constitutivos, implicará un deber para el ser jurídico, y ese deber mostrará un doble aspecto, correspondiente al doble modo como el ser racional entra en la relación del Derecho: como sujeto de fines, puede y *debe* exigir aquellos medios [...] que para cumplir esos fines le son necesarios: como sujeto de medios, *debe* proporcionar a aquellos fines los medios indispensables...»<sup>27</sup>.

La soberanía de la potencia podría desbordarse o estancarse como una pura posibilidad desordenada; sin embargo, el acontecimiento de tales desórdenes se neutraliza como mera contingencia —se incluye, excluyéndolo—. El transporte de la esencia al hecho en

CONSTITUCIONALES]. Medida gubernativa por la que se dejan temporalmente sin aplicación esas garantías en circunstancias anormales. [/] SUSPENSIÓN DE PAGOS. Situación en que se declara ante el juez un negociante cuyo activo no es inferior al pasivo, pero que no puede temporalmente atender al pago de sus obligaciones» [MOLINER, M., *Diccionario de uso del español H - Z*, Madrid 1989 (reimpr.), pp. 1240 s.].

<sup>23</sup> «El Derecho, como la utilidad sensible, nace de la necesidad de aproximar en el tiempo fines y condiciones que no están unidos eternamente; caracterízales, por tanto, la fuerza ejecutiva de esta oposición...» (VD, p. 92).

<sup>24</sup> Vid. THJ, pp. 93-105, donde se expone la paradoja del humanismo jurídico, que sólo es capaz de progresar en la vindicación de la autonomía de las diversas esferas jurídicas reclamando para cada una de ellas que su facultad consista en sumisión a lo universal. «Y es que [...] *todo derecho es derecho de obligaciones*» (GINER, F. - AZCÁRATE, G., *Notas a la Enciclopedia jurídica de Enrique Ahrens. Con una nota sobre Arrendamientos rurales y pecuarios de Joaquín Costa. Prólogo de Pablo de Azcárate*, OO.CC., t. XXI, p. 89).

<sup>25</sup> «La soberanía es siempre doble, porque el ser se autosuspende manteniéndose, como potencia, en relación de bando (o abandono) consigo mismo, para realizarse después como acto absoluto (que no presupone, pues, otra cosa que la propia potencia). En el límite, potencia pura y acto puro son indiscernibles y esta zona de indistinción es, precisamente, el soberano...» [AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, 2005 (Torino, 1999), p. 65].

<sup>26</sup> Sobre el concepto de 'fluido ético', vid. *Tratado de Derecho político por Adolfo Posada. Edición y estudio preliminar... a cargo de José Luis Monereo Pérez...*, Granada, 2003, pp. 35 s.

<sup>27</sup> VD, pp. 89 s. «Ese deber no es sino el derecho mismo en uno de sus aspectos, en la relación de potencialidad o posibilidad a efectividad, y, por tanto, va incluido en el concepto mismo del derecho: no hay derecho sin deber; no hay deber sin derecho. La actividad libre del sujeto racional, desplegando su virtualidad, haciendo histórico, real, positivo, lo que es en él latente, despertando a la vida lo que en él duerme el sueño de la idea, se halla colocada entre un *poder* y un *no poder*: puede hacer eso que hace, mas no puede dejar de hacerlo; la *posibilidad* del ser, los fines posibles en él, van acompañados de necesidad: su realización es debida; no es potestativo en el sujeto, súbdito de los fines, ejecutar u omitir los actos necesarios para cumplirlos» (THJ, pp. 94 s.).

cada instante incluye siempre un excedente que se exige excluir como resto en cada punto de la línea jurídica, excrecencia de la perenne desproporción entre la virtualidad de lo posible y la facticidad de su posición: la exterioridad del acontecimiento individual<sup>28</sup>. Su incidencia señera sería la anomalía o perturbación jurídicas, «... una desarmonía nacida extemporáneamente del elemento finito que acompaña siempre al sujeto...»<sup>29</sup>. Ese accidente está prefigurado por la tensión entre capacidad y facultad jurídicas, en la que la primera corresponde al fondo esencial y eterno (potencia) y la segunda al hecho existencial e histórico (acto). Pero la virtualidad de esa diferencia se expropia como deuda y se reanuda así el lazo iuspolítico, llegándose hasta el extremo del retracto de la misma contingencia para restituir la ordenación de la potencia y preservar así la potencia de ser: «... en el mundo del espíritu, donde la libertad suele oscurecer en cada hecho la ley a que obedece, o hace difícil por sus extravíos el descubrirla: donde no basta saber lo que fue, sino lo que debió haber sido, ora lo confirme, ora lo niegue el hecho»<sup>30</sup>. La potencia resultaría demediada en su dimensión de potencia de no-ser, bajo la que se cobija la propia contingencia del individuo, pero esa minusvalía es transferida a la propia finitud de la determinación de la esencia, al individuo: «...el mal, que no es necesario, ni como error, ni como pecado, ni como injusticia, pero sí es posible a causa de la finitud del hombre...»<sup>31</sup>. El derecho se manifiesta con necesidad y «...no es lícito suspenderlo en un punto...»<sup>32</sup>; por ello, y de acuerdo con que toda exclusión de una exterioridad resulta ser inclusiva (implica la diferencia de lo que se diferencia), se excluye la legitimidad del acontecimiento, pero para incluir esa excrecencia como deuda indefinida<sup>33</sup>. Se consigue, entonces, que el accidente redunde en bene-

<sup>28</sup> «... lo que muda es el modo y forma de manifestarse y hacerse efectiva toda esta posibilidad en los estados individuales, éstos no permanecen como la esencia o propiedad que los funda, se borran y disipan al instante de producirse [...]. Sólo vive aquello que mudando permanece y subsistiendo cambia, lo que deja de ser y viene a ser en cada punto, y está en perpetua génesis y en una palingenesia sin fin» (VD, p. 107). La simetría pretendida entre poder y deber (prestación y obligación) arroja fuera de sí —incluye, excluyendo— aquello que no encaja, reconvirtiendo la pulsión reprimida en sentimiento de culpa (deuda).

<sup>29</sup> VD, p. 133.

<sup>30</sup> VD, p. 64. «... los hechos son simplemente el esquema sensible de la regla bajo ellos latente, no la regla misma...» (VD, pp. 55 s.). El sentido del hecho procede de su vinculación al concepto (regla) de acuerdo a su esquema, siendo considerado infrarrepresentativo y anómalo el resto que no coincida. Sin embargo, la economía de la potencia no permite que ese resto sea suprimido, sino que ha de ser reciclado como deuda (inclusión exclusiva), auxiliándose para ello de los dispositivos de los distintos regímenes correccionales. El principio de la pena como derecho del delincuente conlleva que éste quede en deuda consigo mismo, de igual modo que la potencia demora indefinidamente su término entretanto ejecuta la deuda imprescriptible de la finitud. «La excepción que define la estructura de la soberanía es [...] todavía más compleja. Lo que está fuera queda aquí incluido no simplemente mediante una prohibición o un internamiento, sino por la suspensión de la validez del orden jurídico, dejando, pues, que éste se retire de la excepción, que la abandone. No es la excepción la que se sustrae a la regla, sino que es la regla que, suspendiéndose, da lugar a la excepción y, sólo de este modo, se constituye como regla, manteniéndose en relación con aquélla. El particular “vigor” de la ley consiste en esta capacidad de mantenerse en relación con una exterioridad. Llamamos *relación de excepción* a esta forma extrema de la relación que sólo incluye algo a través de su exclusión. [ ] La situación creada por la excepción tiene, por tanto, la particularidad de que no puede ser definida ni como una situación de hecho ni como una situación de derecho, sino que introduce entre ambas un paradójico umbral de indiferencia» (AGAMBEN, G., *Homo sacer...*, p. 31). Vid. para cómo el tema del poder constituyente se resuelve en el tema de la constitución de la potencia (*dynamis*), pp. 62-67, e Íd., «Bartleby o de la contingencia», en *Preferiría no hacerlo*, Valencia, 2005, pp. 93-136.

<sup>31</sup> VD, p. 63; vid., también, p. 122, 132-134 y 144.

<sup>32</sup> VD, p. 151.

<sup>33</sup> Refiriéndose a la ley armónica —aquella que compone la espontaneidad de la regla consuetudinaria y la reflexividad de la ley positiva—, pero asimilable a la lógica de la excepción que abordamos, y que opondría la validez de la potencia a la facticidad del hecho: «... ambas [conocimiento social y razón individual] deben concertarse en una sola, tomando al efecto de la reflexiva lo *que debe ser* (lo posible), y



ficio de la positividad del orden al resultar incluido como patología, siendo, entretanto, asistido tutelarmente hasta poder inventararlo como factor del género<sup>34</sup>. Hasta el punto de que la individuación resulta el expediente con el que la potencia (derecho *ideal*) muestra su poder como esencia *del yo* (gen. subj.): «... puesto que el Derecho es algo *propio* nuestro, no algo prestado o recibido desde fuera, puesto que lo pensamos como *coesencial* con nosotros...»; pero, con propiedad, como *esencia del yo* (gen. obj.), puesto que no nos lo apropiamos, sino que nos apropia —nos hace propios y apropiados, sus apoderados: «... puesto que, en suma, lo declaramos, o mejor se declara a sí propio, esencia y propiedad nuestra, podemos verlo inmediatamente y esa visión tendrá la misma certeza e infalibilidad que tiene la percepción inmediata YO»<sup>35</sup>—. La jurisdicción sobre el sujeto resulta la jurisdicción del sujeto; su identificación, su identidad<sup>36</sup>. Ese ajuste que apropia se articu-

de la inmediata *lo que* de eso posible *es efectivo*, suprimiendo de este segundo elemento lo que se desvía de la pauta significada por el primero, y promoviendo la aparición de lo que resulte en débito o deficiente» (VD, p. 175).

<sup>34</sup> «... la actividad jurídica no sólo establece (engendra), sino que re-establece (cura): a la vez que causa normal de los estados, es fuerza medicatriz o principio de reparación. La esencia le sirve de alimento y de medicina, y en todo caso debe obrar con material tomado de ella y según su ley, en forma de Derecho, así en la sucesiva evolución original de los estados o fenómenos, como en la rectificación y enmienda de la serie perturbada, o del orden y relativa posición de unos para con otros, restituyéndoles su normalidad, su adecuación y concordancia con la esencia, su salud» (VD, pp. 140 s.; vid. pp. 151 s. y 210). Sobre esa dialéctica: «... lo que amenaza al derecho no es la violencia, sino su "afuera". El hecho de que exista un fuera-del-derecho. Que el derecho no abarque todo; que algo escape a su alcance. [...] Este "afuera" debe, más bien, ser ubicado adentro sin dejar de ser un afuera, introyectado en cuanto tal, en una forma que a la vez lo suprime y lo mantiene, dejándolo externo a aquello a lo que, no obstante, es interno. En este sentido, el derecho puede ser definido como el procedimiento de interiorización de aquello que permanece externo a él: su hacerse interno» [ESPOSITO, R., *Immunitas. Protección y negación de la vida*, Buenos Aires, 2005 (Torino, 2002), pp. 47 s.].

<sup>35</sup> VD, p. 82. El existencial de la deuda que analizamos sería análogo a la condición del pecado, «... deuda que no es otra cosa que la deuda del sí en sí mismo. Aquello de lo que el hombre se ha apropiado y que debe a Dios es ese sí que ha vuelto hacia sí mismo. Éste debe ser devuelto a Dios y no a sí mismo. El pecado es un endeudamiento de la existencia como tal. [...] a pesar de que Heidegger tiende a separar la *Schuldigkeit* existencial de la categoría de falta o de la categoría de deuda (en el sentido óptico del término) me pregunto no obstante si esa *Schuldigkeit* no realizaría la esencia del pecado como endeudamiento de la existencia —endeudamiento de la existencia que querría decir, al mismo tiempo, que la existencia misma se encuentra en deuda, y que aquello respecto a lo cual se encuentra en deuda es, justamente, de ella misma, del sí, de la ipseidad de la existencia—. [...] Este anuncio puro [el Hijo] es la interlocución en cuanto sentido infinito de la persona pura o de la vida pura. El Dios vivo es aquel que se expone en cuanto vida de la apropiación-desapropiación que conduce más allá de sí misma. Todo nos conduce así de nuevo a la apertura en tanto que estructura misma de sentido» [NANCY, J.-L., *La Desconstrucción del Cristianismo*, Buenos Aires, 2006 (Paris, 1988), pp. 84-86]. Sin embargo, la diada egológica de la relación jurídica individual que acontece en el circuito cerrado de la conciencia como dictum de la voz de primera persona (del yo genérico, *Humanidad*) y escucha de la segunda persona (del yo individual), proscribire la apertura a la interlocución con el otro; la interlocución es escucha de la interdicción de otro que hay que transfigurar en sí mismo (vid. *infra*).

<sup>36</sup> «In counting the place of the individual in the line of descent, the genealogist counts from zero to one, which in the Roman tradition means from *ego* to *pater*: *ego* is zero and *pater* is one. *Ego*, by consequence, is in law a lack, an absence that is filled by entry into the symbolic, by taking the place of the father, by inheritance of *patria potestas* (the law of the father), or in feminine terms by accession to the place of the mother. [...] The entry of the individual into the symbolic, the transition from zero to one, from lack to identity, is the condition of institutional existence, the capture of the subject by law. What is at stake in the order of reference and in the 'name of the law' is precisely the possibility of social speech —and there is in the end no other speech— and so too possibility of being human, or in scholastic terms of becoming 'a speaking being'. The stakes, in other words, are high for if, following Lengendre, we read the law against itself we must read it as the narrative (*roman*) through which, in a phrase taken from the *Digest*, life is instituted (*vitam instituere*)» (GOODRICH, P., «Law's Emotional Body: Image and Aesthetik in the Work of

la orgánicamente, de tal modo que la potencia esté ya reservada en su ser protoplasmático, siendo capaz de capacitarse en tiempo y forma en capacidades que constituyen órganos de su propiedad (individuos). El individuo resulta de la flexión de la esencia según el gradiente entre potencia y acto, configurándose íntimamente en ese pliegue como ser deudor. Potencia y acto se escinden en cada instante del curso vital (del derecho), para así reobrar cada vez una nueva individuación del individuo tributaria a su esencia<sup>37</sup>.

El tiempo es la forma de mudar que incluye o deja ser *todavía* al estado individual, excluyéndolo o no dejándolo *ya* ser, suspendiendo la relación jurídica en el instante de cada excepción que decreta la falta o deuda individual como la capitalización de la anomalía proscrita. Si se estipula un principio de continuidad de la vida jurídica, según el cual sería imposible la suspensión del derecho en punto alguno, es porque, a cambio, se suspende el acontecimiento singular de lo individual en cada punto. Esa ‘suspensión’ de la exigencia sólo se consigue por medio de la institución de la representación y de la investidura del yo como sujeto (súbdito)... pende sobre el yo y es el suspense del propio tiempo, pero como devenir reactivo: como demora, como deuda, como interés, como usura. ¿Qué decir, sino que la representación es la esencia del tiempo, por cuanto el tiempo es la forma de la vida?<sup>38</sup> Por eso se puede declarar al derecho como esencialmente representativo, por cuanto presenta la potencia en su reserva (potencia de-no) como deuda y la sujeta, la finitiza, la representa como todavía-no o subjetividad empeñada<sup>39</sup>.

Pierre Legendre», en *Languages of Law. From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London 1990, pp. 281 s.). O, también: «“Padre e hijo constituyen una misma persona”, *pater et filius eadem persona* (Código Justiniano 6, 26, 11). Una misma dependencia confunde a aquel que tiene el poder y aquel que es sujeto de él. El sucesor, de este modo, no toma el lugar de otro; ya era ese otro. [...] a este sujeto tan destacadamente autónomo del derecho común occidental no podemos aprehenderlo sino a través de la heteronomía que lo funda. [...] Esta autonomía del sujeto la ha expresado muy tempranamente el derecho romano con ayuda del posesivo reflexivo *suus*: a cada ciudadano se le atribuye un estatuto definido como *el estado de aquel que no participa más que de su dependencia jurídica propia, “sui iuris”* —literalmente, “de su propio derecho”—. Sin embargo [...] el absoluto sujeto se construye al interior de una relación de absoluta alienación. Quiero decir sencillamente esto: el estado de autonomía jurídica (*sui iuris*) se sucede necesariamente a un estado de sumisión al derecho de los demás (*alieni iuris*). No hay sujeto *sui iuris* que no haya participado antes de otro poder. [...] Cada uno comienza su carrera bajo la dependencia jurídica de otro. [...] Ese otro sujeto es el padre» (THOMAS, Y., *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Universidad de Buenos Aires, 1999, pp. 117-119).

<sup>37</sup> Tal individuación pudiera entenderse como una contra-individuación, en la que el individuo resultaría el doble de un contra-individuo (la persona genérica o *primera persona*), que lo somete en ese doblaje o portavocía, ligando su actividad totalmente y privándola de cualquier distensión (recuerdo o anticipación) desligada. De tal modo que si ‘lo individual’ emerge en cada punto, también se disuelve en cada punto como estela del ser deudor al servicio de la objetivación de la esencia (*natura naturata*). El individuo humano como persona física (jurídica) resulta ser también una individualización temporal de la esencia protoplasmática del derecho, sólo que su capacidad de arbitrio achacable a la finitud exige que su voluntad se ligue libremente en cada actuación a los medios debidos para con los fines, transmutándose cada vez en representante (órgano) del derecho.

<sup>38</sup> «... el concepto vida, resulta ser aquella propiedad según la cual los seres, en tanto que activos, intervienen a título de mediadores para concertar sus dos formas de existencia potencial y actual...» (VD, p. 107); y ello, por medio del tiempo: vid. *THJ*, pp. 342 s.

<sup>39</sup> Los derechos humanos serían el signo de la latencia de la potencia reservada, derechos a título de género (en-nombre-de). Esa interioridad donde el individuo se sujeta a sí mismo es la que preservarían a toda costa los derechos fundamentales, según los cuales la capacidad jurídica adscrita en el derecho romano al status del que se gozara (*libertatis, civitatis, familiae*), que se habría democratizado como propiedad inalienable universal, resultaría ser sólo el signo de la condición de moroso que el individuo soporta por mor de la individuación de su vida (jurídica). Por ello comportan obligaciones y no pueden entenderse como ilegales; al contrario, serían la materia biojurídica por excelencia: «Son derechos naturales, esenciales a la naturaleza humana, independientemente de toda limitación de tiempo o espacio, y no están, por tanto, bien denominados cuando se les dice individuales. Tampoco son ilegales: 1.º Porque hay en

La idea de derecho queda inmediatamente en propio en la conciencia racional del individuo, pero siempre en representación, y así, lejos de desvanecerse la oposición entre ideal y hecho, se tensa por el poder que gravita en la potencia de la esencia como ideal y conforme al cual le corresponde la titularidad de la vida: «*lo por hacer o vivir*, el poder o potencia, la esencia posible o ponible en estados temporales, algo que está contenido virtualmente y como en tensión, no manifiesto y determinado, pero que puede efectuarse o realizarse por obra de la actividad»<sup>40</sup>. La diferencia de potencial entre la esencia reservada (como potencia) y la esencia puesta (como hecho) —«... pues no se concibiera una causalidad eterna sin una causalidad temporal, esto es, una potencia vacía, una facultad sin actividad, una contradicción»<sup>41</sup>— es la tensión que hace fluir el ideal (infinito) hasta su condensación en el hecho (finito), la figura o límite en que se representa en cada instante y que lo mantiene en vilo: «es, pues, cada Derecho positivo un Derecho ideal, pero relativo, un derecho natural, pero reducido a límite...»<sup>42</sup>. Ese estado de deuda intrínseco al gestor jurídico del ideal señala su finitud, pero la finitud no se define por la limitación extrínseca que impulsaría y remediaría la relación jurídica transitiva —con los demás; por ejemplo, por medio de un convenio o contrato. La esencia de la limitación es la representación (interior), por la cual el individuo se constituye en el sometimiento a la ley de la vida del derecho, que rige su determinación en el tiempo, y se inviste como instrumento del derecho, conformándose con la condición inmanente de la persona jurídica: de la unidad de su actividad jurídica (*subjectum*)— por la que liga esencia y hecho —y de la sujeción a su orden normativo (*subjectus*)— según el cual reconoce sus fines como obligaciones.

\* \* \*

El hilo de la sucesión y de la duración de la vida del derecho lo traman los cabos de los estados de excepción, en los que se escande indefinidamente la potencia soberana. La excepción no es sino el 'ahora' del tiempo, que, *a la vez*, divide en potencia en cada instante de su reclamación y unifica en la permanencia del presente de la exigencia<sup>43</sup>,

---

cada uno de ellos un elemento necesario, independiente de la voluntad, que no puede abandonarse a la libre acción de los sujetos jurídicos, y que el estado superior debe regular y garantizar. 2.º Porque su ejercicio, aun en la parte libre y voluntaria, requiere ser ordenado y limitado por consideraciones de policía, de moral universal, etc., lo mismo que el modo de su cumplimiento. Son ilegales solamente en el sentido de que no se derivan de la ley, ni los funda la voluntad, ni los crea el legislador» (*THJ*, p. 226).

<sup>40</sup> *VD*, p. 108.

<sup>41</sup> *VD*, p. 109.

<sup>42</sup> *VD*, p. 131. El sentido de esa limitación intrínseca se deriva de la consideración morfo genética (dinámica y no morfológica) del organismo (vid. *Filosofía y Sociología. Estudios de exposición y de crítica por Francisco Giner, profesor en la Universidad de Madrid y en la «Institución libre de Enseñanza», OO.CC., t. XI, pp. 190 s.*).

<sup>43</sup> «El sujeto, como causa eterna de su efectividad, o sea, como potencia, abraza en sí y lleva latentes todos los hechos que han de desarrollarse en el infinito tiempo, y *puede*, por tanto, irlos produciendo en forma de sucesión y de continuidad [...]. El porqué de esta necesaria continuidad en la producción del Derecho, no lo explica la *potencia* misma, la cual permanece eternamente fija, ofreciendo su posibilidad a algo otro que la viste de forma temporal y la pone en movimiento; la actividad —que tal es esta otra propiedad que constituye al ser de Derecho en causa inmediata y determinante de su vida, y por la cual *hace* efectivamente lo que *puede* ser hecho—, no es propiedad independiente y autónoma, sino subordinada a la potencia. Ahora bien, esta actividad realiza la esencia en estados o posiciones individuales que por naturaleza son infinitamente finitos, pero totales, excluyéndose en consecuencia unos a otros...» (*VD*, pp. 138 s.). El individuo resulta ser el gestor de la esencia, y su individualidad la suspensión de los puntos de esa gestión: «... el fundamento del relativo no-ser y la recíproca exclusión de los estados de una cosa está en la *individual* determinación de cada uno; y si prescindimos del *antes* y el *después*, expresan todos en continuidad la esencia del sujeto; y solo porque cada uno de ellos no llena ni agota esta esencia, sigue mudando el sujeto sin quedar en este ó el siguiente estado» (KRAUSE, C. Cr. F., *Sistema de la Filosofía. Metafísica. Primera parte. Análisis...*, p. 133).

espaciándose así para dar cabida en el individuo, *a un tiempo*, a la dualidad entre existencia potencial y existencia actual, que personificarían, respectivamente, el ser de exigencia y el ser de obligación de la relación jurídica<sup>44</sup>. La simultaneidad que late en cada instante de la vida abre el instante a la dualidad entre lo que es y lo que existe, que espaciaría y conjuntaría para un proyecto común<sup>45</sup>. ¿Cabría que el derecho, hechas las cuentas de la infinitud de la deuda, se abriera a lo incanjeable, a lo extraño, al otro que la moralidad, magnetizada por la intención, no puede dejar pasar?:

«Allá [en la moral] se atiende al bien por ser bueno, o como fin absoluto de la voluntad; aquí [en el derecho] el bien por ser útil, en cuanto sirve de medio a otro bien, con voluntad por tanto dependiente de algo extraño a ella; habiendo, en suma, en la moralidad una simple relación, inmanente en la obra, relación de causalidad, en el Derecho una relación doble que, en último resultado trasciende del acto, relación de *condicionalidad*»<sup>46</sup>.

La idea de derecho se nos impone en la conciencia como testimonio inmediato e innato, pero otro: inmemorial, misteriosa, impersonal y absoluta, que gobierna como una conciencia común la esencia humana: «... ese criterio universal, esa medida inflexible, esa voz imperativa y tutelar, ese tipo de perfección, esa última palabra sin ulterior instancia, e históricamente la designamos en el lenguaje con el nombre de *Derecho*»<sup>47</sup>. Se atestigua así la separación y la referencia entre la instancia subjetiva y el orden normativo, separación y referencia que instituirían al sujeto como tal, y, en cuanto tal, como representante de la ley para su realización<sup>48</sup>. Sin embargo, esa representación, a fuer de inmediata, instituye al individuo como emblema de la razón, y lo capta, se lo apropia<sup>49</sup>...

<sup>44</sup> «En efecto, atendiendo á lo que determina la existencia de una relación jurídica —una pretensión ó exigencia y una obligación— el Derecho se nos ofrece a la vida íntima de todo sér que es capaz de sentirlo, conocerlo y realizarlo. ¿Quién, reflexionando un poco, no encuentra en sí propio ese *desdoblamiento* de términos que el derecho pide? ¿No nos respetamos interiormente como seres de exigencia respecto de nosotros mismos?» («El concepto de Estado, por D. Adolfo Posada, Prof. de Derecho político en la Univ. de Oviedo», en *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, t. XIV, 1890, p. 204).

<sup>45</sup> Cf., para *conjunto*, entendido como simultaneidad que espacia: NANCY, J.-L., *Ser singular plural*, Madrid, 2006 (1996), pp. 76 s. Sobre la sincronización de la simultaneidad de la vida jurídica, vid. nuestro § 2.

<sup>46</sup> *VD*, p. 86; «la distinción entre ambas relaciones se reduce en último extremo á la de la *Causalidad* y la *Condionalidad*...» (*Principios elementales del Derecho... Por Francisco Giner*, p. 62).

<sup>47</sup> *THJ*, p. 81; vid. pp. 75 ss.

<sup>48</sup> «... *ce qui est normatif* chez l'homme tient au principe de cette séparation du sujet d'avec soi, à la nécessité de maintenir et faire jouer l'écart subjectif de représentation, autrement dit d'*interdire* la confusion qu'en termes psychanalytiques nous appelons narcissique. La figure mythologique de Narcisse, voué à la méconnaissance de soi, au délire et à l'auto-anéantissement, stipule par la négative le principe de séparation, lequel dans la perspective de l'*institution du sujet* coïncide avec le principe de Raison. Du même coup, on aperçoit le caractère structural de la notion anthropologique d'*Interdit*, c'est-à-dire sa fonction logique dans la construction du sujet humain, en même temps que devient intelligible l'idée du *Tiers normatif*, c'est-à-dire de ce discours, inscrit lui aussi dans la logique de la construction humaine, destiné à maintenir et rendre habitable à l'homme l'espace de représentation qui le sépare de lui-même» (LEGENDRE, P., *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Paris, 1999, pp. 198 s.).

<sup>49</sup> ¿Consistiría la *hybris* individualista en instituir a 'cualquier' individuo como soberano de su 'mini-estado'? En la iglesia latina medieval, el papa es el emblema vivo del poder y la verdad —«je désigne cette technique rituelle du terme d'*emblématisation du sujet*, en l'ocurrence du Sujet venu légalement à la place de la Vérité et du Politique; en termes d'institutionnalité: sujet venu représenter le principe de Raison dans le système dogmatique» (LEGENDRE, P., *Sur la question dogmatique en Occident*, pp. 51 s.)—, retomando las monarquías medievales esa estrategia representativa en la doctrina de los dos cuerpos del rey, en una pinza por el control de la conciencia de los individuos: «... el Estado necesita de la Iglesia y de todos modos ejerce presión sobre el aparato jurídico del fuero interno de la confesión para penetrar en las conciencias de

hasta poseerlo flexivamente en la propia separación. Siendo cierto que «hay una infinidad de circunstancias en que el uso hace de nosotros como dos hombres diferentes»<sup>50</sup>, la relación jurídica inmanente articula la dualidad como representación y despliega el ámbito del fuero interno como ámbito inmanente de referencia normativa que se consumará como identificación, pero también como identidad.

Se estipula la dualidad entre potencia y actividad para dar cuenta de la vida del derecho; sin embargo, la actividad está ligada siempre al poder de la potencia, poder constituyente del yo jurídico, «... porque si yo no pudiera ser (si no fuera potencial, posible) no vendría a ser, y la actividad carecería de razón de existencia»<sup>51</sup>. La conciencia es el escenario de la representación en la que se presenta el derecho:

sus súbditos; y la Iglesia intenta hacer pagar un alto precio por su colaboración. [...] sin la reflexión teológica y el modelo del fuero interno como “orden primario, anterior al orden mismo del derecho”, no habría sido posible no sólo la formación del fisco como “persona ficta” a imitación de la impersonalidad de la Iglesia como cuerpo místico de Cristo, según el célebre cuadro trazado por Ernst Kantorowicz, sino tampoco el derecho moderno como reglamento» (PRODI, P., *Una historia de la justicia*, p. 162, vid. también, por ej., p. 172). La lógica de la soberanía conducirá a una separación correlativa en el individuo de los modernos regímenes liberales representativos, testimoniando la distinción entre función pública y persona privada. El estatuto diplomático sirve de ilustración del funcionamiento del estado y de la inexcusable separación entre orden normativo y sujeto (público/privado): «Une réflexion sur la diplomatie présente d’abord l’intérêt de circonscrire la *notion de dialogue*. La diplomatie nous montre l’ancrage de la communication sociale dans une problématique institutionnelle d’ensemble, désignant par là que le montage politique de la Référence définit deux espaces sociaux distincts, l’un que la tradition occidentale dénomme public, l’autre privé, c’est-à-dire institue deux modes de parler. À chaque société sa culture, son agencement propre des deux espaces. Dans la perspective des traditions normatives européennes, fixées au XVII<sup>e</sup> siècle de façon quasi définitive (voir l’œuvre de Grotius) un diplomate qui négocie n’a pas statut de caution (nous dirions aujourd’hui : otage), mais de messenger auquel l’État dont il est le mandataire prête sa voix; le diplomate s’éclipse comme sujet de sa parole, il tient le discours de l’État. Par conséquent, le parler vrai *public* et le parler vrai *privé* ne relèvent pas du même ordre : la parole de l’État n’est pas la parole d’un sujet privé, mais du Sujet monumental de fiction; les médiévaux énonçaient cette loi de la structure, à propos du monarque, en évoquant ses deux corps. Dans l’espace public du discours, le dialogue au sens de la maïeutique de Socrate n’a pas sa place» (LEGENDRE, P., *Sur la question dogmatique en Occident*, pp. 65 s.). En la lógica de la religación jurídica de la tradición iusfilosófica gineriana, en la que el individuo resulta cualificado como estado (individual), su vida sí sería susceptible de convertirse en rehén (*otage*) de la ley debido a su cualificación emblemática, que hace consistir su individualidad jurídica —su vida jurídica, su yo jurídico— en la representación de la razón, y, en ese sentido, coincidiría más con la teoría althusseriana de la ‘interpelación’: «La “sumisión” a las reglas de la ideología dominante podría verse [...] como una sumisión a la necesidad de probar la inocencia ante una acusación, como sumisión a la exigencia de pruebas, ejecución de la prueba y adquisición del estatuto de sujeto en y por la conformidad con las condiciones de la ley interrogadora. Por consiguiente, devenir “sujeto” es haber sido presumido culpable, y luego juzgado y declarado inocente. Y como esta declaración no es un acto único, sino un estatuto incesantemente *reproducido*, devenir “sujeto” es estar constantemente en vías de exonerarse de la acusación de culpabilidad. Es haberse convertido en emblema de legalidad...» [BUTLER, J., *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, Madrid, 2001 (1997), p. 132]. Indicio de ello es el cuestionamiento de la distinción entre privado-público (vid. nota 84). Cf. VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., «La educación de nosotros mismos: el problema de la subjetividad y los fundamentos de la pedagogía gineriana», en TORRE PUENTE, J. C. - GIL CORIA, E. (Eds.), *Hacia una enseñanza universitaria centrada en el aprendizaje. Libro homenaje a Pedro Morales Vallejo, S.J.*, Madrid, 2004, pp. 75-98, donde se presenta el modelo socrático como modelo de relación de poder que persigue la constitución del sujeto en el acto de su sumisión y donde se reformula la presunta situación dialógica de la comunicación interior como comunicación dogmática entre dos instancias jerarquizadas (superyó y yo). Pero, y aquí no podemos sino hacer referencia a ello, téngase en mientes también la sentencia levinasiana: *el sujeto es rehén* [LÉVINAS, E., *De otro modo de ser o más allá de la esencia*, Salamanca 1987 (1975), p. 180].

<sup>50</sup> THJ, p. 107.

<sup>51</sup> VD, p. 139. Pero esa subordinación de la actividad a la potencia, que se resuelve en el deber, tiene su paradójico reverso: una potencia absoluta que precisa de una potencia ordenada, o la ontología de la

«Siempre que en la esfera de nuestro conocer hallamos afirmado un principio o consignado un hecho, o tratamos de producirlo o declararlo nosotros mismos, súbito sentimos alzarse en nuestro espíritu una voz y pronunciarse un fallo que no es hijo de nuestra voluntad, sino independiente y superior a ella [...], que además no varía al modo como variamos nosotros en el discurso de la vida, sino que procede del mismo modo hoy que ayer [...]; fuente inagotable de leyes y sentencias para la vida por realizar o realizada, siempre pronta a fluir [...]. Además, advertimos que los demás obran de igual manera, coinciden con nuestro pensamiento, nuestros dichos convergen a un mismo centro y generan entre todos una circunferencia, ninguno de cuyos puntos entra ni sale más que otro. ¿Qué es ese punto misterioso que a modo de sol ilumina vivamente y por igual a todo hombre, cuya imagen se refleja en nuestras conciencias como en otros tantos espejos, cuya irradiación acalora la vida social, cuya atracción la hace posible y necesaria? Este tipo de perfección a que otorgamos universalmente ciego asenso; este criterio vivo con que lo contrastamos todo sin la menor vacilación ni duda, que no hemos aprendido en ninguna escuela ni traído como de otra parte, sino que lo hemos hallado siempre en nosotros, que jamás nos abandona un punto, del cual no pensamos que sea posible desprendernos nunca, pues lo sentimos como siendo algo de coesencial con nosotros, como algo de nuestra propia sangre, como siendo en suma nosotros mismos, *nos nobis lex*; este juez y consejero, a un tiempo, que preside cual tutor solícito toda nuestra vida, que va delante de nuestros propósitos, que con nosotros delibera en la discusión interior con que maduramos nuestros proyectos, que gobierna todas nuestras obras, y previene con el consejo nuestros extravíos, y pronuncia veredicto sobre nuestras faltas, y con el remordimiento nos castiga [...], ¿qué es? [...] esa última palabra [...] la designamos en el lenguaje con el nombre de *Derecho*»<sup>52</sup>.

El medio (jurídico) se homogeneiza con el fin<sup>53</sup>, se le hace connatural, complementario, suplementario —«... todo sujeto, en esta situación, se reconoce ministro y gestor del Derecho...»<sup>54</sup>—. Suplemento del fin, por cuanto la razón no tiene necesidad de compleción, sino de suplencia. Esa connaturalidad depara que la interioridad pierda su condición de abnegación ética (ante lo otro), y se granjee una complementariedad hacia lo mismo, una correspondencia en el consentimiento que no es sino una suplementariedad, la representación una replicación, resultando nuestra actividad finalmente un agenciamiento de la *primera persona* de nuestra interioridad, «... midiendo la prestación, no según lo que le es debido como nudo individuo, sino según lo que necesita como tal determinado hombre»<sup>55</sup>. Se trata de una exigencia incondicional que demanda sin necesidad, que exige sin menester: una religación jurídica<sup>56</sup>. La instancia jurídica individual (el *Esta-*

---

praxis, o la teología de la *oikonomía*, o la *natura naturans* de la *natura naturata*, o el reino del gobierno...: «El porqué de esta necesaria continuidad en la producción del Derecho, no lo explica la *potencia* misma, la cual permanece eternamente fija, ofreciendo su posibilidad a algo otro que la viste de forma temporal y la pone en movimiento; la actividad —que tal es esta otra propiedad que constituye al ser del Derecho en causa inmediata y determinante de su vida, y por la cual *hace* efectivamente lo que *puede* ser hecho—, no es propiedad independiente y autónoma, sino subordinada a la potencia...» (*THJ*, p. 139; ya cit. *supra*: n. 45). Cf. AGAMBEN, G., *El Reino y la Gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno*. Homo sacer II, 2, Valencia, 2008 (2007).

<sup>52</sup> *VD*, pp. 80 s.

<sup>53</sup> «El alma se propone ese fin de que acaba de hacerse consciente como término inmediato de su actividad: se dispone a cumplirlo. A causa de la homogeneidad sustancial existente entre fines y medios, y de la consiguiente asociación en que se presentan aquéllos y éstos al entendimiento, el sujeto entrevé el conjunto total de elementos que constituyen el hecho, no bien ha sentido su necesidad...» (*THJ*, p. 236).

<sup>54</sup> *VD*, p. 93.

<sup>55</sup> Id. «Este ser racional y universal, no el individuo, es, pues, en nosotros la primera persona» (*La persona social. Estudios y fragmentos por Francisco Giner... Tomo I*, OO.CC., t. VIII, p. 60).

<sup>56</sup> Cf. VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., «Dos en uno. El concepto de estado individual krausista y su relevancia biopolítica», en Íb. (Coord.), *Francisco Giner de los Ríos. Actualidad de un pensador krausista*, pp. 64 ss.

do individual), donde tan ejemplarmente se establece la nueva concepción de la soberanía como *selfgovernment*, no puede dejar de advertirnos de la peculiaridad de esa *relación* jurídica<sup>57</sup>, en la que la ley apropia a la vida y se apropia de la propia vida, desvelando la naturaleza diádica de la persona y la constitución de su identidad en una referencia a la ley, pero invertida como representación: «no cabe, pues, dudar de que cada persona individual constituye por sí sola un Estado, en que el hombre, como ser racional y eterno, como hombre ángel, que diría Pascal, es *soberano*, y como sujeto finito y activo, como individuo, es *súbdito*...»<sup>58</sup>. La justicia deja de ser apertura a lo extraño, y el individuo como sujeto se constituye en representante del derecho.

En vez de una conjunción que disyunta uno y otro, desbordando lo individual en el pálpito de lo extraño, se trata de una inyunción que conjunta uno sobre otro, instituyendo la polaridad de soberano y súbdito por medio de la figura de la representación, que obliga a la represión y borrado de la diferencia en la gestión de la identidad. En cada instante, género e individuo se escinden y desencajan en una posibilidad de extrañamiento que sólo puede suturarse por medio y en el medio de la sujeción, que obliga a la identificación con lo *otro* —que se relata como lo *mismo* en la autodeterminación reflexiva<sup>59</sup>—. La figura que adquiere esa ‘suspensión’ de la excepción es la del sometimiento, en el que la soberanía de la potencia se revela aún más por la retención en el no-ser (todavía), que religa indefinidamente al súbdito. La conciencia resuena como reclamación de la virtualidad acreedora de la esencia, que consiente su suspensión a costa de cobrarse la vida en sumisión. La potencia absoluta genérica retiene su virtualidad a costa del contingente: (i) como infinitud o usura del tiempo, cuando al presentarse la potencia absoluta se representa en el tiempo como la hipoteca del individuo —el haber es siempre deber—, y (ii) como excepción, que cancela la potencia de no-ser (condiciona la necesidad) abduciendo la contingencia (niño, loco, delincuente...) por medio de la representación tutelar. ¿En nombre de quién se produce el estado de deuda?, ¿quién sostiene esa reclamación?, ¿cómo se respalda ese deber? Se trata de superar una dicotomía entre las dos personas jurídicas que se acechan en el interior del psiquismo: *un yo y otro yo* que es más que yo, en el que radica la autoridad (superyó)... y que levanta su voz ética: moral, de fines, pero también jurídica, de condiciones. Una voz que comanda, y a la que se habrá de prestar obediencia y, en último término, obediencia perfecta: que los fines sean necesidades y, finalmente, deseos, con lo que se lograría la identificación que depara mi identidad (ideal del yo)<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> «(se usa la palabra «relación» con impropiedad, porque la relación existe en la distinción, no en la unidad; y al hablar de representantes, á la unidad se atiende y sólo la unidad se considera)» («Estado jurídico individual y social, por D. José M. Maranges, Cat. que fue de Derecho en la Univ. de Madrid», en *Boletín de la Institución libre de Enseñanza*, t. XVIII, 1894, p. 319).

<sup>58</sup> *THJ*, p. 109.

<sup>59</sup> «Y desde luego, ¿mi derecho y yo nos identificamos? [...] somos más que Derecho [...], podemos establecer como un carácter del Derecho el ser objeto particular, y en nosotros una propiedad *particular* también» (*VD*, p. 82). Sin embargo, el derecho es condición del yo —pone los medios para que se invista, si es que hubiera un yo anterior a la internalización del mandato jurídico, o, si no fuera así, se instituya al yo como órgano de la esencia— (Cf. texto de nota 52: *VD*, pp. 80 s.).

<sup>60</sup> «... el secreto, el resorte de la dominación se debe en cada uno, sea cual sea el escalón de la jerarquía que ocupa, al deseo de identificarse con el tirano, haciéndose amo del otro [...]. Si es cierto que sólo hay un amo bajo el que todos los hombres son esclavos, esta verdad oculta otra: la servidumbre de todos está ligada al deseo de cada uno de llevar el nombre de Uno ante otro. El fantasma del Uno no es sólo el del pueblo reunido, nombrado, es simultáneamente el de cada hombre —el de cada tiranuelo— en la sociedad. Así como el Uno se afirma para el pueblo por efecto del poder separado, de la institución del Otro, es por efecto del hombre *desencadenado* como se sostiene la cadena completa de tiranuelos» (LEFORT, C., «Epí-

El círculo se cierra y la división se restaña cuando la finalidad se transforma en necesidad, y la necesidad hasta en deseo, constituyéndose así el dominio de la mismidad como el imperio de la autonomía: deber y deseo como parámetros convertibles<sup>61</sup>. La representación práctica (ético-jurídica) de esa representación suena como la máxima o comando que obliga a la acción conforme al fin racional, que reclama: «... el alma interpreta y define los datos que en la sensación se le ofrecen, se hace consciente del fenómeno que ha producido la excitación y del estado del cuerpo que en ella se determina o manifiesta, y se da cuenta de la necesidad que tal estado representa; entonces principia el hecho jurídico interior: el fin potencial ha pasado a ser fin actual o necesidad»<sup>62</sup>. Tanto es así que es la escucha del estado de deuda... primero, necesidad, después, obediencia querida, fin solicitado y solicitud final.

«Los *fin*es permanecen en estado de potencialidad e indiferencia mientras no toman la forma de *necesidades*. Cuando una excitación exterior o interior los despierta, el equilibrio del sujeto se ha roto; de indiferente, se ha hecho inestable; el fin no permanece ya, como antes, inactivo; se ha trocado en vivo acicate que con más o menos apremio solicita la atención del sujeto, antes distraído, y lo estimula a obrar: el sujeto siente un apetito, un anhelo, un deseo, una tendencia impulsiva, primeramente vaga e indefinida, algún tanto más determinada después, y por último plenamente consciente, y sometida en todo al imperio de la voluntad. Obra a modo de un vacío que pugna por llenarse; y cuya presión causa una sensación dolorosa, más o menos intensa, según la naturaleza de la necesidad y el grado de su desarrollo. La satisfacción de aquella necesidad lleva consigo el restablecimiento de ese equilibrio, una fuerza en tensión que se convierte en fuerza viva, produciendo un efecto, una realización de esencia, una expansión del ser, una creación de algo, otro bien más en posesión, y consiguientemente, una sensación agradable, una satisfacción interior, un placer. La obsesión desaparece por una como

logo. En nombre de Uno», en BOËTIE, É., *Discurso de la servidumbre voluntaria*, Madrid, 2008, pp. 106 s.). Y, proseguiríamos nosotros: esa verdades ocultan otra: la servidumbre de cada uno (la servidumbre voluntaria) estaría ligada al deseo de cada uno de llevar el nombre de Uno ante sí mismo.

<sup>61</sup> «... en cuanto moviéndome de mi Potencia á mi Actividad, preconcho yo el resultado de la accion, la mocion se determina en *Deseo* (De-siderium – De-sedeo) y *anhelo* ó aspiración; y en cuanto la mocion y su aspiracion llevan la Actividad hácia el efecto deseado, se determina aquella en *Inclinacion*. [...] Por esto preceptúa con profundo sentido el arte moral para formar las inclinaciones, observar los *primeros movimientos* y obrar sobre ellos antes que sean deseos é inclinaciones; porque en ellos está la raíz primera perceptible de la actividad y de la costumbre (Actividad habitual) en el hombre. [/] Invirtiendo ahora la relacion, esto es, de mi Actividad á mi Potencia, se engendran nuevas percepciones. La Actividad, hemos dicho, es la causalidad temporal próxima de mis hechos individuales en cuanto son posibles para mí y ahora *faltan, restan* por realizar en mi tiempo. [...] Luego mi Actividad está desde cada hecho y para adelante siempre en *Débito* con mi Potencia, porque debe llenar siempre en el hecho algo que en cada momento falta de la posibilidad general y eterna. Así, la primera percepción (analítico-subjetiva) del *Deber* se engendra en la relacion de mi actividad como siempre parcial, carente, y por tanto en Defecto y Débito para con mi Potencia, la cual exige, insta á la Actividad y la mueve á llenar nuestra vida, á realizar en hecho efectivo (histórico) el Ideal eterno de nuestra naturaleza. Yo pues como *activo* estoy siempre en deuda conmigo mismo como potencial y facultativo. Concierta con la percepción el sentido gramatical de la palabra *Débito* y *Deber*, procedente de *De-ficio* y *De-fectum*, esto es la relacion de estar en falta ó defecto (en Deuda) [...]. [/] Pero, en cuanto yo en mi actividad estoy siempre en defecto y débito conmigo en potencia, estoy bajo el mismo respecto *obligado* á hacer lo debido, y toda mi actividad está obligada á mi posibilidad, esto es, á hacer efectivo actualmente lo posible en general para mí. La percepción de la obligacion es adecuada á la del deber [...]. El sentido gramatical de obligacion, ya proceda de *ob-ligo*, ó de *ob-liquet*, indica union, sujecion del obligado al obligante, pertenencia constante de aquel á este, y aun presencia de este ante aquel en la relacion de obligar» (KRAUSE, C. CR. F., *Sistema de la Filosofía. Metafísica. Primera parte. Análisis. Expuesto por D. Julian Sanz del Rio...*, pp. 191-193; Cf. SALMERÓN, N., *Doctrinal de Antropología. Edición, estudio preliminar y notas de Antonio Heredia Soriano. Prólogo de Miguel Cruz Hernández*, Madrid, 2009, pp. 264 s.). Vid. en nuestro § 2 lo referente a la 'debitud'.

<sup>62</sup> *THJ*, p. 235.



descarga de fuerza sobrante y perturbadora. Cuando los norteamericanos se internaban en las vírgenes selvas del Nuevo Mundo, adelantando gradualmente la línea de cortijos, fábricas y poblaciones, precedía la abeja, que al par de ellos entraba en posesión del nuevo continente; por el contrario, la ortiga ha seguido siempre al hombre y rodeado su habitación, siquiera se haya elevado a altitudes como la del Falhourn, en el límite de las nieves perpetuas. Esta misma posición ocupa el hombre frente a frente de la necesidad: la miel de los puros y legítimos goces en esperanza le precede para estimularle, y la urente y corrosiva ortiga del dolor le sigue para aguijonear y espolear su actividad, si por acaso desmaya o no le es bastante incentivo la satisfacción interna que delante se le está brindando. El deber, reflexivamente conocido, es el elemento moderador y regulador de la actividad, y tal vez se subroga en lugar del estímulo cuando falta éste»<sup>63</sup>.

*Lo que puede, debe hacerlo*: esa es la fórmula de la normalización que proscribe el acontecimiento. La capacidad individual es reducida a potencia ordenada según el deber, que, como resonancia de la potencia genérica, habrá de homologar a la voluntad, ligándola en el estado de deuda que somete el poder de la actividad a la obligación y determina la viabilidad de la vida como *debitud*<sup>64</sup>. El tiempo sería el modo de mantener la tensión de la infinitud de la esencia genérica sobre la finitud de su posición finita, cuya diferencia es religada como representación (potencia ordenada). La propia virtualidad se destina como principio del tiempo —«... no se concibe la mudanza y sucesión de estados allí donde no hay esencia virtual que se informe en ellos»<sup>65</sup>—, principio (idealidad del devenir de la vida jurídica) que refigura la sucesión como continuidad en unidad —«... el hombre, v. gr., presenta estados de tan contraria índole como la niñez, la juventud y la vejez, pero dejando pasar años, no siendo las tres cosas en un punto [...]; en potencia coexisten los tres estados, en la realidad se suceden»<sup>66</sup>.

Se afirma la permanencia en la mudanza de la vida jurídica, ya que «...no desaparecerá en la edad madura de la humanidad como adelantan otros, sino que permanecerá tanto como ella», así como su progresividad, ya que «...parece como si el hombre alejase de sí la finitud en la misma proporción en que crece éste su capital jurídico (y lo mismo religioso, científico, etc.)»<sup>67</sup>. Sin embargo, hay que entender que esa capitalización supone un reendeudamiento fatal. La plenitud de la virtualidad de la esencia es diferida, si no resultaría letal —«...si un ser realizase de una vez toda su esencia, dejara de vivir en el punto»<sup>68</sup>—, pero su contención prefigura la muerte en cada punto. La potencia infinita del derecho comprende a la vez a todos los posibles, pero se suspende y suspende en cada punto del recuento, allí donde la demanda de pago escinde en el vacío del 'ahora' el individuo y el género, la obligación y la exigencia, para después religarlos —«... el tiempo, el modo de conciliarse en lo que vive el ser y el no ser...»<sup>69</sup>—, renovando en cada punto la deuda —el crédito de la muerte.

Con todo lo cual, vida y ley, ley y vida, resultan uncidas en ese yugo que sería la conciencia individual, yugo que constituye la mismidad de la autonomía con que el individuo *se* representa y *se* gobierna. La educación en sentido lato (biopolítico) perseguiría la conversión progresiva de la actividad jurídica en cuidado de sí mismo: del estado ini-

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Para 'debitud', vid. §2.

<sup>65</sup> *VD*, p. 105.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> *VD*, p. 149.

<sup>68</sup> *VD*, p. 104

<sup>69</sup> Id.

cial de relación jurídica, en el que la obligación se entiende referida a una pretensión exterior, en un estado resuelto de vida jurídica, en el que la pretensión se entiende referida a una obligación interior; o, lo que es lo mismo, despertar la virtualidad de la norma y ligar así la actividad, que resulta reducida a mediación, información, gestión de *sí misma* (representación *interior*):

«... que para influir sobre la vida jurídica de un ser racional (sociedad o individuo) verbigracia, para reformarla o avivarla, es exigido en razón el procedimiento mediato, no estimulando directamente la actividad para que desde luego obre, sino promoviendo una asimilación previa del principio ideal en forma de conocimiento y de sentimiento, y luego la voluntad; que una vez que esto haya sido logrado, el sujeto en cuestión se moverá espontáneamente a poner por obra aquello que es ya esencia suya, carne de su carne, y que solicita con poderosa eficacia el concurso de su actividad. En menos palabras: *en toda relación de influencia jurídica, debe tomarse por mediador el ser mismo influido...*»<sup>70</sup>.

## § 2. LA SINCRONIZACIÓN COLECTIVA

Siendo el individuo la persona jurídica por antonomasia, en cuanto su autonomía jurídica (*sui juris*) es patente en su unidad autorreferencial —«... el agente del hecho jurídico es siempre el individuo, ya obre por poder propio, ya por delegación»<sup>71</sup>—, puede, por ello, constituirse en el supuesto último desde donde superar el principal problema que se le plantea al sistema jurídico: la transmisión que garantice la traducción del derecho en el hecho: el derecho vivo, que no el extrañamiento entre soberanía y sujeción de la vida a que abocaría la duplicidad entre soberano y súbdito, legislador y legislado, juez y parte<sup>72</sup>. La autorreferencialidad que debe comportar el acto jurídico para inmunizar contra la interrupción de la continuidad y de la duración de la vida jurídica radicaría, últimamente, en la archirrepresentación que detentan los individuos. Estos, merced a su condición de socius, miembro necesario y representante facultativo del organismo social y de sus distintas esferas, suturarían el hiato, que aún subsistiría en el ‘como si’ de la representación exterior —*as if they were his own*<sup>73</sup>—, en la autorrepresentación inalienable que alcanzan en su conciencia, constituyendo los nódulos jurídicos de inherencia última de la vida jurídica social: «... como, según hemos manifestado, el individuo es órgano permanente y necesario de la vida colectiva [...], sus hechos han de tener forzosamente un valor y una significación con respecto a la sociedad en cuyo seno han sido

<sup>70</sup> *VD*, p. 123.

<sup>71</sup> *THJ*, p. 175.

<sup>72</sup> La absurda presunción del principio *nemini licet ignorare jus* partiría «... del supuesto de una separación entre la voluntad que estatuye el derecho y la voluntad que ha de ejecutarlo: implica dos personas absoluta y formalmente ajenas la una á la otra: la autoridad que legisla ó decreta y el súbdito que ha de obedecer y cumplir. El puente de comunicación entre ellas es el conocimiento por parte de la una de lo dispuesto ó legislado por la otra, y ahí el *in-pace*, porque ese conocimiento puede faltar, y aun tiene que faltar necesariamente, según hemos visto. Para mí, la antinomia no se resolverá en tanto no desaparezca efectivamente y de hecho esa dualidad de personas, fundiéndose en uno los dos conceptos de legislador y de legislado, conforme lo tienen admitido nuestras constituciones civiles respecto del derecho individual y lo teorizaron nuestros antiguos juristas y teólogos, Covarrubias, Azpilcueta Navarro, Suárez, Escobar, Valencia, Caramuel y otros respecto del derecho exterior social» (*El problema de la ignorancia del Derecho...*, pp. 53 s.).

<sup>73</sup> «A *Common-wealth* is said to be *Instituted*, when a *Multitude* of men do Agree, and *Convenant*, every one, with every one, that to whatsoever *Man*, or *Assembly of Men*, shall be given by the major part, the *Right to Present* the Person of them all, (that is to say, to be their *Representative*;) [...] as if they were his own...» (HOBBES, TH., *Leviathan*, Chap. XVIII).

producidos»<sup>74</sup>. Esa autorreferencialidad jurídica resuelve la dualidad en la unidad de un dominio jurídico privativo del individuo, en el que es soberano de sus actos, con legislación, gobierno y jurisdicción propios: el *Estado individual*<sup>75</sup>. La constatación de esa autarquía servirá para homologar con ese derecho individual la correspondiente soberanía política para todas las esferas sociales<sup>76</sup> y su correlativo régimen de libertad<sup>77</sup>.

Sin embargo, esa representatividad individual parece que habría de sustentarse en una presunta comunión jurídica previa<sup>78</sup>. En la relación jurídica se plantean dos problemas básicos de comunicación: (i) que los medios se presten efectivamente por el término obligado, y (ii) que los medios sean apropiados efectivamente por el término exigente. Para que la relación jurídica se produzca, se requiere una armonía previa que disponga las condiciones de correlatividad de los términos (exigencia y obligación), tanto para el término de la prestación, como para el término de la exigencia (que pueden ser el mismo individuo), siendo imposible que alguna instancia exterior consiga esa homologación compulsivamente en virtud del sistema inmune de la conciencia individual: «... lo que no puedo hacer es que el sujeto se los asimile, ingiera los alimentos, escuche los consejos, acoja en su espíritu las verdades y se someta dócilmente a ella [a una atmósfera de bien y de salud]; que haga sustancia propia y carne de su carne esos medios físicos o espirituales con que he pretendido condicionar sus fines»<sup>79</sup>. La comunidad jurídica

<sup>74</sup> *THJ*, p. 341. «El individuo, último miembro de la humanidad y órgano elemental del Estado, lleva, digámoslo así, la voz en ambas esferas, espontánea y reflexiva, de la vida jurídica social, como quiera que la unidad real a que sirven de instrumento, sólo mediante los individuos y su actividad aparece a los sentidos» (*Estudios jurídicos y políticos por Francisco Giner...*, OO.CC., t. V, p. 211). Cf. VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., «La micrópolis del yo. Representación, soberanía e individuo en los escritos de Francisco Giner de los Ríos», en *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, vol. 63, n.º 236, pp. 199-234, esp. 199-202.

<sup>75</sup> «...el individuo, como persona y sujeto de derecho, constituye un verdadero Estado, y Estado sustantivo, y que en cuanto preside y gobierna su propia vida jurídica, es soberano y ejerce un poder. [...] este poder obra de modo distinto o reviste formas diferentes según los momentos que abraza la realización del derecho: legislativo, ejecutivo, judicial y correccional. A estas diversas formas del poder o poderes particulares, las denominamos funciones. Existen, por consiguiente, en el Estado individual las mismas funciones que los tratadistas han reconocido de antiguo en los Estados sociales [...]. No así los órganos» (*THJ*, p. 156). En otro texto se atestigua que «la doctrina de la persona individual considerada como Estado, y de su relación con la persona social, ha sido establecida sobre bases inmovibles por Giner de los Ríos, y á su exposición me remito: *Resumen de Filosofía del Derecho...*» (*El problema de la ignorancia del Derecho...*, p. 60).

<sup>76</sup> «Desde el momento en que se reconoce á los individuos, como un derecho natural, la facultad de legislar para sí, con entera independencia de las leyes del Parlamento [...], ¿a título de qué le sería negada ó retenida á la entidad municipio, que es también persona natural y tan sustantiva como el individuo, como la familia, como la nación, y por tanto, tan soberana en su esfera como cada uno de ellos en la respectiva propia?» (*El problema de la ignorancia del Derecho...*, p. 125).

<sup>77</sup> «... los más serios y profundos pensadores exaltan el principio fecundísimo del *selfgovernment* en su acepción más lata, del derecho privado libre [...]. Cuando el Estado oficial va abdicando poco a poco en manos del pueblo (el Estado general, inorgánico, espontáneo) su usurpada potestad, tocante a la función ejecutiva del derecho, y consagrando doquiera el principio de libertad, sería empeño temerario querer alejar de su benéfico influjo, y retener sujeta al yugo de tipos invariables, y por decirlo así, estereotipados, la legislación civil, que requiere poder acomodarse a la infinita variedad de los hechos en que florece y se realiza la vida. La *libertad*: a este principio deben obedecer y por tal motor regirse las instituciones jurídicas del Código, en su relación con el derecho inmanente, personal, de los individuos y de las familias» (COSTA, J., *Derecho consuetudinario y economía popular en España. Tomo I. Introducción de Lorenzo Martín-Retortillo...*, Zaragoza, 1981, pp. 38 s.).

<sup>78</sup> «El fundamento de la posibilidad de representación es la comunidad de naturaleza de las personas como seres de Derecho. Sólo por virtud de esta comunidad cabe que el representante se sustituya al representado, y haga sus veces en todas aquellas relaciones cuya índole lo consiente» (*Resumen de Filosofía del derecho por Francisco Giner... y Alfredo Calderon... Tomo I*, OO.CC., t. XIII, p. 137).

<sup>79</sup> *THJ*, p. 94.

ca que sustenta la solidaridad entre los términos de la relación jurídica sólo se conseguirá en y por la intimación de la unidad de lo humano que manifiesta el consenso social en la conciencia de cada uno de los actores jurídicos<sup>80</sup>. La conciencia social u opinión pública precipita en costumbres<sup>81</sup>, que, por supuesto, tendrían fuerza de ley —«... pues la ley no tiene más fuerza para ser obedecida que la que le presta la costumbre, sensible o latente, nacida antes del establecimiento de aquélla o con posterioridad...»<sup>82</sup>—, y que constituirían la base para la vida del derecho social<sup>83</sup>. Será cuestión, entonces, de indagar el sentido de la costumbre como el signo jurídico de la conciliación y armonía entre individuo y comunidad, y para ello habrá de procederse revisando y enmendando la habitual escisión entre una esfera jurídica privada y otra pública, que reparte las instituciones jurídicas en compartimentos estancos, según atiendan, presuntamente, a los intereses de los particulares o al bien común<sup>84</sup>. Toda persona (social o individual) comportaría esa duplicidad dimensional jurídica: una dimensión exterior (*pública*) —la esfera de sus relaciones como miembro del todo social—, otra interior (*privada*) —la esfera de las relaciones que caen en exclusiva bajo su jurisdicción y gobierno—, mas enraizándola en su unidad sustantiva. Si nos remontamos hasta la primera instancia, que es la persona individual, comprobaremos que también ahí se tambalea la separación entre derecho transitivo, o relativo a las relaciones con otros sujetos jurídicos, y derecho inmanente, o relativo a las relaciones consigo mismo. El primordio del deber liga siempre al individuo en su conversión como representante último del orden simbólico, sea que se obligue consigo o con otro, unificándose así exterioridad e interioridad jurídicas:

<sup>80</sup> «... lo que constituye el fenómeno social no es la presión, sino la alteridad en tanto que está modulando entitativamente desde los demás hombres mi propia realidad [...] el fenómeno social, el cual es algo físico, cuyo contenido no es la presión, sino lo que antes llamábamos *lo humano*, que desborda de mí; es el *haber humano* recibido. En la habitud hay un haber; hay en mí algo, que por ser «hay» es real, pero que es en cierto modo extrínseco a mí: es un mero haber. Sobre ese haber humano, el hombre se encuentra en la condición de estar circuncidado y circunscrito por él. En este sentido, consecutivamente a ese haber que es humano (y que no es el otro hombre en cuanto otro), ese haber tiene sobre el hombre un *poder*, que como tal puede presionar a los individuos. *La presión se funda en el poder, y el poder se funda en el haber*. Ahí es donde formalmente está el contenido del nexo social. Es una unidad cuya realidad es ser un modo, y cuyo carácter modal es ser una *hélix*, una habitud física y real de mi propia realidad en la alteridad con la realidad de los demás» (ZUBIRI, X., *Sobre el hombre*, Madrid 1986, p. 260; vid. pp. 255-260). Sin embargo, en los planteamientos costistas, lejos de que esa convergencia con la alteridad en la mismidad —*inmanente y trascendente a la vez* (p. 240)— de lo humano se modalice como habitud limitada extrínsecamente, lo haría como una debitud limitada por lo mismo (vid. *infra*).

<sup>81</sup> Vid., por ej., *THJ*, p. 124.

<sup>82</sup> *VD*, p. 172.

<sup>83</sup> Sobre 'derecho social': «Desde su primera obra [*Grundlagen des Naturrechts*], Krause introduce el término y la noción de derecho social: *Gesellschaftsrecht*. El derecho social es, según él, el derecho que se desprende de una forma autónoma de cada "organismo social", de cada "asociación" (*Verein*), sin excepción, para regir su vida interior y hacer participar al todo de forma directa en las relaciones jurídicas, sin separarlo completamente de sus miembros» (*La idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX por Georges Gurvitch. Edición, traducción y estudio preliminar «La idea del 'Derecho social'» de José Luis Monereo Pérez... [y] Antonio Márquez Prieto...*, Granada, 2005, p. 505).

<sup>84</sup> «Desde los días de Cicerón [...] viene acreditada en ella [en la ciencia del derecho] una división que no responde a nada en la realidad, y que no tiene otro fundamento que un estado histórico de la sociedad romana por los siglos en que fueron creadas estas denominaciones: *derecho privado* y *derecho público*. [...] Sin embargo, anuncia ya una inteligencia nueva para los términos *privado* y *público*, aplicados al derecho, que Giner ha precisado con más alto sentido...» (*THJ*, p. 111, p. 114). Cf., entre otros pasajes, *Principios de Derecho natural... por Francisco Giner... y Alfredo Calderón...*, OO.CC., t. I, p. 132; *Resumen de Filosofía del Derecho por Francisco Giner... y Alfredo Calderón... Tomo II*, OO.CC., t. XIV, pp. 10 s.; *La persona social... por Francisco Giner... Tomo I*, OO.CC., t. VIII, pp. 53 y 196, o *Tomo II*, OO.CC., t. IX, pp. 151 y 191.

«Por esto la distinción de esfera inmanente y esfera transitiva es sólo relativa, hay predominio de la inmanencia en la primera y de la trascendencia en la segunda, pero ambas son en el fondo inmanentes y transitivas a la vez, según la relación en que se las considere; es transitiva o social la primera, porque yo como sujeto, como determinación individual de la naturaleza humana, me reputo obligado con ésta en tanto que puesta como fin de mi actividad, lo mismo que sea hallada en mí propio como que lo sea en otro ajeno, a mí; el condicionado siempre es el mismo, la naturaleza humana, simple e indivisa, iguales las condiciones, las mías o las exteriores a mí pero por mí apropiables, idéntico por fin el mediador o condicionante, yo en tanto que sujeto de actividad conscia; es inmanente o individual la segunda, porque no me juzgo obligado para con un ser, sino en el mismo respecto en que él y yo somos de la misma cualidad y esencia, cualificándose a tenor de ella y haciéndose específica e individual la relación general de Derecho...»<sup>85</sup>.

Ese balance armónico entre inmanencia y transitividad, o entre individuo y sociedad, parecería controvertible, por cuanto para justificar la ineludible sociación del individuo humano se recurre a la constatación de su ser menesteroso —«... nadie se basta a sí propio...»<sup>86</sup>—, esgrimiéndose que sólo en sociedad es viable la vida humana en cuanto tal<sup>87</sup>. Sin embargo, esa sociación humana es resultado de un proceso de individuación que posibilita que tal menesterosidad no resulte en una mera privación, sino en un concreto dinamismo: el del deber. Se esclarece así la positividad de la limitación o finitud humana, que estriba en la sumisión a y asunción de la norma que *a la vez* la constituye. La actuación humana se configuraría en una contra-héxis que podríamos designar como *debitud*. Su estructura es la del comando para la representación: un obrar que siempre es obrar en-nombre-de, en la representación (a la) que (nos) apropiamos para estar-en-propio con el género. La sociación consistiría en la reversión de ese deber propio, en su comunicación.

«... el derecho es un elemento constitutivo de nuestra naturaleza racional, y no depende, por tanto, su cumplimiento de nuestra voluntad abstracta, sino que es anterior y superior a ella, la rige y la domina: subyugados a sus mandatos, estamos obligados a acudir en pro de todo buen fin con cuantos medios le sean necesarios y dependan de nosotros. Lo cual no es cualidad privativa del derecho: todos los elementos que componen nuestro ser (y ese es sólo uno de ellos), en cuanto pide ser realizado libremente por nosotros en forma de sucesión y continuidad, constituyen un *deber*, un débito o deuda que obliga a nuestra actividad: *debemos* realizar, vivificar, encarnar en hechos, mostrar en nuestra vida todo lo que en nosotros hay de factible, todas las esencias o sustancialidades que nos constituyen y por las cuales somos, porque en esa realización consiste nuestra vida, y mediante ella se cumple nuestro destino en el mundo. El derecho, como una de ellas, se encuentra en este caso: el derecho *debe* ser cumplido, el bien jurídico *debe* ser realizado, los preceptos de la razón jurídica *deben* ser obedidos»<sup>88</sup>.

Si el individuo puede constituirse en el paradigma de persona jurídica no lo es por su individualidad, sino porque su individuación estriba en la representación primera e

<sup>85</sup> *VD*, p. 94.

<sup>86</sup> *THJ*, p. 93.

<sup>87</sup> *Vid. THJ*, p. 93.

<sup>88</sup> *THJ*, p. 94. Si la representación primera instituye al individuo en sujeto de derecho al manifestarse la virtualidad del género (*humanidad*) en la persona física como capacidad de derecho, de modo que habría que considerar que tal capacidad no es propia, sino que apropia para lo apropiado de la representación, la diferencia (desproporción) entre la dualidad de capacidad y facultad (fines y medios) y su particular gradiente, que de-limita y con-figura al individuo como carácter y lo activa como deudor, se ajusta metonímicamente en la sociación como representación de segundo orden o transitiva.

inmediata de 'lo humano'<sup>89</sup>. La titularidad de la representación remite siempre y en último término al individuo, pero eso es siempre a título de ejemplar del género (*humanidad*). Del mismo modo que su esfera íntima, su dimensión de socius está fundamentada en la vivificación de la esencia humana que se produce en la religación jurídica, por la que se consigue que el individuo se obligue íntimamente con el acreedor —el género— como consigo mismo: en una dualidad en unidad: en la trascendencia inmanente o la immanencia trascendente de la razón, poder constituyente de la autonomía del sujeto<sup>90</sup>. De este modo, el individuo señalado puede convertirse en instrumento y heraldo de las nuevas necesidades y en legislador del derecho social:

«Así pues, cuando los hechos han de ser obra de todos o del mayor número, aquel individuo o aquella minoría en quien primeramente se ha encendido la luz del ideal, lo anuncia a la sociedad, lo hace presente a su pensamiento, procura despertar en ella la conciencia de su necesidad, que hasta entonces él solo ha sentido, e inspirarle la convicción del plan que ha proyectado para satisfacerla. Por este medio, viene a constituirse el individuo en órgano de la sociedad. [...].

Su ministerio tiene algo del ministerio de los profetas bíblicos y de los apóstoles del evangelio; hácese encarnación viva de una idea, y a ella consagran su existencia, hasta tanto que logran con la agitación incensante que le imprimen y el calor que infunde su entusiasmo, romper el hielo de la indiferencia pública, penetrar en la conciencia de la multitud, quebrantar el antiguo ideal, suscitar enemigos a la práctica por injusta y dañosa combatida, congregar una mayoría de prosélitos en torno de su bandera; la utopía de un individuo se ha hecho opinión social, ha arrollado los obstáculos interiores que le oponía la sociedad, y no tardará en vencer los exteriores que le opone el poder oficial; la opinión conquista el Parlamento, se hace ley, y el hecho se cumple»<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> «El individuo, como tal, esto es, como persona independiente y sustantiva, jamás tiene el poder de establecer reglas para la comunidad, y un número infinito de individuos o de actos repetidos no tendrían mayor fuerza tampoco. El individuo en estos casos obra en representación del todo social, de que es miembro, al cual pertenece únicamente aquella función y de cuya conciencia e intento (no de la pura repetición) recibe su fuerza la regla consuetudinaria» (GINER, F. - AZCÁRATE, G., *Notas a la Enciclopedia jurídica de Enrique Ahrens...*, OO.CC., t. XXI, p. 92). A continuación se refiere que la costumbre jurídica en el derecho romano «... sirvió de tema para el concurso abierto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid por la familia del inolvidable y malogrado profesor de Derecho natural y romano don José María Maranges, para honrar su impedecido nombre...», apuntándose que «seis fueron las memorias presentadas; y obtuvo el premio, por voto unánime, la del opositor don Joaquín Costa y Martínez», de la que se presenta un índice detallado, advirtiéndose, para finalizar, que «de toda esta Memoria, el único capítulo publicado ha sido el primero (*La vida del Derecho*, Madrid, 1876; 242 pp., en 4.º), cuyo plan basta para hacer comprender su interés» (pp. 92 s.).

<sup>90</sup> Cf., para una sumaria discusión de la expresión 'trascendencia inmanente' como señal del cruce de la perspectiva tradicional y moderna del análisis de las relaciones de poder ('soberanía'/biopolítica), VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., «Dos en uno. El concepto de estado individual krausista y su relevancia biopolítica», en Íb. (Coord.), *Francisco Giner de los Ríos...*, pp. 50 s. (n. 56); vid. *supra*, también, la nota 80.

<sup>91</sup> *THJ*, pp. 248 s. Sobre el individuo como medio y órgano de la soberanía y sobre el liderazgo de la opinión pública como la representación carismática secularizada: «es soberano quien puede hacerse representar como si él estuviera presente en su representante [...] el discurso apostólico sólo puede hacerse valer por una forma nueva, específicamente cristiana, de médium-ismo. El giro mediumnista supone, en suma, que el apóstol, en un cambio ontológico de sujeto, intercambia también su propia voz con la voz del otro. [...] El fundamento de la posibilidad de la apostolicidad reside, pues, claramente en un relación mediumnista, en la que el agente apostólico se inserta en la subjetividad del emisor como si fuera su boquilla, por formularlo anacrónicamente, su *sound-track*, su caja de resonancia. [...] Incluso la posesión, el estar poseído, por lo mediano, por el término medio, posesión que funda el individualismo, pertenece inequívocamente a ese orden, puesto que cuando vosotros habláis por vosotros mismos es el *sensus communis* el que habla en vosotros. Hasta en las teorías contemporáneas de la situación ideal de comunicación y de la justicia como *fairness* intervienen derivaciones del modelo monoteísta de comunicación: sin vudú-minimal posmonoteísta, ninguna comunicación que produzca verdad» [SLOJTERDIJK, P., *Esferas II. Globos. Macrosferología*, Madrid, 2004 (Frankfurt am Mein 1999), pp. 581, 593, 594, 596].

El anuncio de la ley es, *a la vez*, la encarnación del ideal en la conciencia por él animada, de modo que el evangelista se convierte en insignia o emblema de la ley<sup>92</sup>. Como veremos, el instante de su anuncio supone ya la institución de la tradición. Si bien la formación de la voluntad común que se plasma en las costumbres por medio de esa sugestión carismática del genio es excepcional, siendo lo habitual la influencia difusa (asociaciones, prensa, etc.), siempre el conato de la innovación jurídica está localizado en el individuo que sintoniza con la necesidad pública, sea ésta manifiesta o latente, y a la cual su iniciativa responde<sup>93</sup>.

La relevancia de la costumbre jurídica no radicaría sólo en reivindicarla como fuente de derecho, ni siquiera como la principal fuente de derecho, sino en su vinculación con el concepto de legitimidad. Una concepción *mecánica* de la soberanía, proveniente de representaciones inexactas sobre el poder y la soberanía<sup>94</sup>, habría conllevado que hasta aquellos juristas que reconocían a la costumbre como fuente o regla jurídica exigieran requisitos excesivos y peregrinos (pluralidad de actos, consentimiento del legislador, antigüedad de la costumbre, racionalidad de la costumbre, verdad de los actos, libertad de los actos, publicidad de los actos, pluralidad de agentes, uniformidad y continuidad de los actos, ánimo de inducir costumbre, etc.)<sup>95</sup>. Pero una vez reconocido el principio iuspolítico del *selfgovernment*, se podría establecer al derecho consuetudinario como el signo eminente de la soberanía popular. La estimación del derecho consuetudinario es presentada como el indicador del despliegue de las libertades, tanto políticas como civiles; más aún, como su operador: cuando teólogos y regalistas renacentistas disputaban acerca de la capacidad de los súbditos para inducir costumbre legal, no sólo se aireaban las tensiones entre poder espiritual y poder secular, no sólo se ventilaba la legitimación de la monarquía absoluta, sino que también se alentaban las revoluciones que establecerían el principio democrático (o régimen representativo)<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> «... is emblematic in the sense of the Greek *emballo*, of throwing inside, of expending from within. [...] In Christian doctrine, of which the law is a part, the annunciation is also taken to be process which presence of Holy Spirit [...]. It is *logos*, the word as incarnation of divine presence, the spirit made flesh. For the law, the spirit made flesh takes the form of a text, vellum or skin in which is inscribed the form of the institution, of society and its subjects as the unified members and membrane of a body, the *corpus iuris civilis* or civilised body, the *corpus mysticum* or body politic, Leviathan or law. Let us see. In common law doctrine what the court announces in its references to precedent, to the books, to unwritten memory and unremembered cases, is no more, nor less than the spirit of the law as present in the breast of the judges, *traditio* in the language of Christian dogmatics, an unwritten, inherited, oral authority, the Holy Spirit of living voice of the law» (GOODRICH, P., «The Enchanted Past: A Semiotics of Common Law», en *Languages of Law...*, pp. 248 s.). Cf. también, entre otras referencias posibles a este otro autor, LEGENDRE, P., *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, 1985, pp. 197 ss.

<sup>93</sup> «El periodista independiente vive en intimidad de relaciones con el país; lo inspira y se inspira en él; acepta el mandato imperativo que nace de los hechos sociales, pero sin renunciar a su papel de tutor y artista; escucha la voz de la opinión y se constituye en eco suyo, pero al mismo tiempo, recobra [*sic*, ¿reobra?], sobre ella constituyéndose en eco de la razón...» (THJ, p. 251).

<sup>94</sup> Cf. «La soberanía política», en *Estudios jurídicos y políticos por Francisco Giner...*, OO.CC., t. V, pp. 191-214.

<sup>95</sup> Vid. COSTA, J., «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. LVIII (1881), pp. 457-483; Cf., también, una exposición de la doctrina tradicional sobre la costumbre y su crítica en *Historia del Derecho español por Rafael Altamira...*, pp. 64 ss.

<sup>96</sup> Vid. COSTA, J., «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», pp. 467 ss. La libertad civil del individuo y de la familia habrían sido oprimidas por la tradición jurídica romanista, y sólo se habrían preservado intactas en el derecho foral aragonés, respetuoso del principio *standum est chartae* (libertad del individuo para estatuir) para los asuntos privados (derecho de familia y sucesiones). Pero, además, en ese derecho aragonés se habría proyectado la libertad civil en la libertad política, constituyéndose un auténtico régimen representativo: «dos cosas han llegado a donde podían llegar, y no pasarán de allí, salvo en

La legislación propia de la sociedad en la unidad de su concepto sería la legislación consuetudinaria<sup>97</sup>. Ello testimonia que la sociedad no se despoja jamás de su soberanía, por cuanto siempre la legislación consuetudinaria está viva, y, además, que la soberanía no resulta de un pacto, sino que preexiste en la sociedad previamente a cualquier organización política determinada. Parecería que la originariedad de la costumbre liberaría al concepto de soberanía de las paradojas del paradigma moderno de la representación, al atestiguar ese excedente que desligaría a la soberanía de la representación oficial o política, órgano que deriva su legitimidad de las funciones del organismo social, y permitiría, entonces, una calificación de los individuos distinta de la de personas privadas en oposición a las instituciones de derecho público: la de estados individuales con jurisdicción y gobierno propios<sup>98</sup>.

\* \* \*

La costumbre sería derecho perfecto, pues se cumpliría en ella la vivificación social de la norma como regla de acción, siendo el signo de la necesidad colectiva a la que responde y en cuya adecuación encuentra su validez jurídica, que no recibe de instancia exterior ninguna, sino de esa compenetración entre exigencia y prestación que consigue que el ideal se encarne en la vida del derecho: «últimamente, la libertad civil favorece el desarrollo de la costumbre, y contribuye poderosamente, por eso mismo, a que en la vida del derecho haya ritmo, orden, regularidad y consecuencia, y a que no sufran desviaciones sensibles las leyes de la continuidad y del progreso de la costumbre jurídica»<sup>99</sup>. No obstante, el paradigma de la costumbre como fuente de derecho que expresaría el espíritu colectivo, según el cual la agencia jurídica correspondería a la sociedad o a alguna de sus esferas sociales, habría de revisarse:

«Siempre que algún gran jurista, y hablo de los científicos más atentos a la realidad y menos dominados por ideas preconcebidas, se ha propuesto definir las fuentes del derecho positivo, ha venido a parar, por uno u otro camino, a esta conclusión, que puede decirse ya lugar común de todas las escuelas; hay un derecho que la sociedad crea por sí directamente, como legislador colectivo, y es el derecho popular o consuetudinario, y otro derecho a que dan forma legisladores personales, individuos, y es el derecho oficial o escrito. [...]. Así discurre Savigny, y tal es el lenguaje que usa la generalidad; el derecho consuetudinario lo crea el pueblo en persona; la ley, por medio de representantes»<sup>100</sup>.

los detalles: la escultura en Grecia y la libertad civil en Aragón...» (COSTA, J., *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses. Introducción de Jesús Delgado...*, Zaragoza, 1981, p. 65). Sería esa tradición romano-canónica, el influjo funesto de aquella legislación, la que habría escindido el orden jurídico y separado a la costumbre de la ley (vid. p. 66; cf., también, *Historia del Derecho español por Rafael Altamira...*, p. 213). Pero hasta en el derecho romano imperial se encontraría el principio de la soberanía popular abrazado al derecho consuetudinario: vid. COSTA, J., «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. LVIII, pp. 464 s.

<sup>97</sup> «... la única forma de legislación propia del todo social, como tal todo íntegro e indiviso, en la unidad de su concepto, es la costumbre» (*La persona social... por Francisco Giner... Tomo I*, OO.CC., t. VIII, p. 277).

<sup>98</sup> Pero todavía resta explicar alguna paradoja: «Esta única autoridad del individuo para, libre y espontáneamente, establecer su ley, a la que en ocasiones se denomina soberanía civil, parece ser un eco de la regla aragonesa *standum est chartae*. No se puede ocultar que hay una cierta paradoja entre la búsqueda del predominio de un Derecho consuetudinario que es obra del pueblo (en teoría de todo el pueblo) y un Derecho de origen tan fuertemente individual» (DÍEZ-PICAZO, L., «Nota introductoria», en *El problema de la ignorancia del Derecho...*, p. 17).

<sup>99</sup> *THJ*, p. 155. El hecho consuetudinario lleva implícita la regla: «la validez de la costumbre la lleva ésta en sí misma, en el principio de Derecho que la produce y en su adecuación á las necesidades y circunstancias del sujeto» (*Historia del Derecho español por Rafael Altamira...*, p. 68).

<sup>100</sup> *THJ*, pp. 158 s.



Pero, por el contrario,

«no puede existir [...] un derecho creado directamente por el pueblo, como en oposición a otro creado por la persona individual; el derecho popular no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco a las formas inferiores del derecho positivo; es popular porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su individualidad para absorberse en el espíritu del todo; y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código [...]; se contrapone a lo que, en términos de estética, denominaríamos «derecho erudito», producido por legisladores subjetivos, que no han tenido arte para constituirse en eco del espíritu colectivo y en ministros e intérpretes de las necesidades y de los deseos del pueblo»<sup>101</sup>.

Si ocurriera como pretende la escuela histórica del derecho, y el sujeto de la costumbre fuera el pueblo o nación, se estaría lejos de garantizar la sincronización y continuidad que la autorreferencialidad granjea a la actividad jurídica, como consecuencia de la multiplicidad y variedad de las voluntades individuales<sup>102</sup>. Se tratará, entonces, de describir la auténtica génesis del hecho jurídico consuetudinario, que concilia innovación y continuidad jurídicas, proceso que no puede darse por supuesto, a la manera de los que arguyen con un concepto de espíritu popular sin aportar noticia alguna sobre su generación<sup>103</sup>. Y ésta habrá de cifrarse en la actividad del agente jurídico elemental, que, en contra de la opinión de los tratadistas del derecho consuetudinario, no es la conciencia popular, sino el individuo: «las necesidades o los estados propios del ser colectivo, se manifiestan por medio de hechos individuales»<sup>104</sup>. Pero el individuo en cuanto representante de lo común, en virtud de su escucha de la invocación de la trascendencia del ideal jurídico en la inmanencia de su fuero interno: «el principio de la unicidad ó singularidad [del acto inductor de costumbre] no podía hacer su aparición en la ciencia, mientras no se concibiera la costumbre como una regla inmanente en la conciencia, y los hechos externos como signos ó señales que dan testimonio de su existencia»<sup>105</sup>. Ahora bien, si la acción jurídica es siempre individual a título de representativa, entonces nos las tenemos con la paradoja de que la costumbre jurídica se remontará a un hecho individual, reintroduciéndose así el problema de la garantía de la sincronización, que, para el derecho individual, solucionaba la autorreferencia:

«He definido la “contemporaneidad” como una relación de concordancia o de congruencia entre el tiempo individual del agente de un hecho y el de los demás individuos que componen el círculo social a que pertenece. Siendo común el sentimiento en que se ha inspirado el hecho y la necesidad que viene a satisfacer, el hecho mismo en su principio ha de ser común también; la sociedad ha de mirarlo como interpretación auténtica de lo que siente y piensa en orden a la satisfacción de aquella necesidad...»<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> *THJ*, p. 161. Cf. GINER, F. - AZCÁRATE, G., *Notas a la Enciclopedia jurídica de Enrique Ahrens...*, pp. 89-94.

<sup>102</sup> «... dos importantes consecuencias: 1.ª No existiendo relación de continuidad y de solidaridad necesaria entre los individuos dentro del cuerpo social [...] las necesidades jurídicas no se manifiestan a la vez en toda la sociedad [...]. 2.ª No existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y continua, tejidos, en el cuerpo social; no siendo la sociedad a modo de una individualidad gigante [...] no puede obrar *por sí misma*, no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente...*» (*THJ*, p. 160).

<sup>103</sup> Vid. *THJ*, p. 355.

<sup>104</sup> *THJ*, p. 355.

<sup>105</sup> COSTA, J., «Requisitos de la costumbre jurídica según los autores», p. 460.

<sup>106</sup> *THJ*, p. 350.

Esa sincronización en la contemporaneidad que caracteriza la vida jurídica social se resuelve en la representación del ideal social en la actividad jurídica individual. Esa representación, en cuanto operación que divide y une (límite) *a la vez* en el tiempo (contemporaneidad), y, por tanto, espacia para la convivencia, determina el régimen de su economía como propiedad indivisa de *lo común*, o *lo común* como propio (de cada uno):

«Porque el individuo no ejecuta el hecho a nombre de la sociedad y para el cumplimiento de fines sociales, sino a nombre propio y para el cumplimiento de sus deberes personales; no obra en virtud del poder que le haya conferido la sociedad, sino ejercitando su propio poder; no naciendo la representación sino de la contemporaneidad en que cada individuo vive con los restantes dentro del todo, de la comunidad y concordancia existente entre la situación de cada ciudadano y la de los demás»<sup>107</sup>.

El hecho jurídico tiene de común la universalidad de la naturaleza humana; de permanente la fluencia de esa esencia en una serie de estados que demanda una serie correlativa de medios para ser vivificados: «... esto que tienen de común y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido a su formación, es la regla consuetudinaria, es la costumbre [...]. Conclusión: los hechos jurídicos que corresponden a estados y relaciones accidentales de la vida, no son consuetudinarios; únicamente lo son

<sup>107</sup> *THJ*, p. 162. «... en la [propiedad] comunal o colectiva propiamente dicha, son dueños todos y cada uno de los miembros de la comunidad, resumiendo en sí, no como individuos, más *a título de tales miembros*, todos los derechos, de modo que ellos sólo perciben las utilidades de las cosas, en vez de percibir las la entidad social, llámese *commune*, *mir*, etc.» (ALTAMIRA, R., *Historia de la propiedad comunal...*, p. 54). La propiedad comunal no sería la propiedad de la persona social (mejor que persona moral), en oposición a la propiedad de la persona física, por cuanto la persona social sería persona jurídica o de derecho y, en cuanto tal, disfrutaría, en su caso, de propiedad suya (vid. id., pp. 51-54); por el contrario, «... en la propiedad comunal la esfera de cada individuo no limita y excluye, con carácter cerrado, la esfera y derecho de los otros, sino que se continúa en ella produciendo un verdadero *límite*, no una exclusión que individualice su parte...» (p. 59), *límite*, pues, que también divide y une. La propiedad comunal conlleva entender 'lo común' como propiedad; por ello, «si nos detenemos por un instante a reflexionar por fuera de los esquemas habituales, veremos que el dato más paradójico de la cuestión es que lo "común" se identifica con su más evidente opuesto: es común lo que une en una única identidad a la propiedad —étnica, territorial, espiritual— de cada uno de sus miembros. Ellos tienen en común lo que les es propio, son propietarios de lo que les es común» [ESPOSITO, R., *Communitas. Origen y destino de la comunidad. Precedido de Conloquium de Jean-Luc Nancy*, Buenos Aires, 2003 (Torino, 1998), pp. 24 s.]. Sin embargo, aquí 'lo común' estaría reducido a esa contemporaneidad aludida, en la que parece difícil referirse a una identidad *común*. La pista para la resolución de la paradoja la puede proporcionar la propiedad comunal. El meollo del asunto estaría en que también en la institución de la propiedad comunal una duplicidad de sujetos se resuelve en una unidad representativa: «en la comunal, los propietarios son *todos* los miembros que forman la comunidad, indivisamente; de modo que aparecen como necesarias dos condiciones para que exista una propiedad de este género: 1.<sup>ª</sup> Que lo poseído (la cosa), subsista en el grupo, percibiéndose sólo sus utilidades, sin destruirla ni enajenarla. 2.<sup>ª</sup> Que el uso y disfrute sea de los individuos que componen el grupo de cada vez en el tiempo, considerados *singuli*; pero no de la persona social (como en los bienes de *proprios*). Hay, pues, dos sujetos: en primer lugar el grupo, que mantiene su personalidad y su valor constantemente, mientras es tal grupo, aunque se renueven sus miembros por el transcurso natural de las generaciones, o por otras circunstancias, y en el que radica lo que llamarían algunos la propiedad nuda o el dominio directo, que imposibilita a sus componentes para enajenar y disponer por sí del fondo de la propiedad; y en segundo lugar, los individuos que forman en cada momento el grupo [...]. [...] los individuos, sólo en su calidad de miembros del grupo, no como derecho personal en cuanto hombres, disfrutaban de la propiedad común: estableciéndose así una complejidad de relaciones entre aquéllos, el grupo y la cosa, cuya naturaleza sólo en vista de las formas históricas que examinamos, puede comprenderse» (ALTAMIRA, R., *Historia de la propiedad comunal...*, pp. 56 s.). Como en el caso del derecho consuetudinario, también la propiedad comunal tradita la solidaridad genealógica por obra de la sincronización de esa contemporaneidad, que se consigue en la representación de cada individuo del orden material (cosa) o simbólico (costumbre) que subyace a 'lo común'.

los hechos que responden a estados o situaciones que subsisten, en todo o en parte durante un tiempo mayor o menor»<sup>108</sup>. Pero, a pesar de que la vida jurídica fluye ininterrumpidamente en virtud de su elemento común y permanente, cabe en ella la discordancia, que se hace patente en el acto jurídico estrictamente individual: acto jurídico individual excepcional, excepción que es 'suspendida' en el tiempo: «el individuo es el autor de la novedad; pero si la sociedad no lo apadrinase, sería un capricho o una excentricidad, pasaría como un fuego de artificio, no causaría estado»<sup>109</sup>. La excepcionalidad de esos actos jurídicos individuales servirá para certificar la sustantividad del dominio jurídico individual (el *Estado individual*) y la posible discordancia con el *Estado social*, «... la posibilidad de que un hecho sea consuetudinario en la esfera individual y no lo sea en la social y viceversa»<sup>110</sup>. Esa discordancia (con sus modos de contrariedad y indiferencia) es posible porque el tiempo, como forma del mudar de las manifestaciones de la esencia en el hecho y, en cuanto tal, de la vida<sup>111</sup>, es una propiedad inmanente a cada ser y relativa a la propia posición de cada esencia en sus precisos estados. Cada esencia se hace presente con su propia figura, o, lo que es lo mismo, produce su propio tiempo: «El tiempo no es una realidad homogénea, única, igual para todos los seres; no teniendo más fundamento que la mutabilidad de los organismos, y siendo estos sustantivos, desenvolviéndose en una serie de mudanzas propia e individual, cada uno de ellos producirá un tiempo individual también, distinto del de los demás, y por tanto, no se podrá, en todo rigor, medir la vida y el tiempo de un organismo por el tiempo de otro...»<sup>112</sup>.

Se plantea, entonces, la dificultad de la inconmensurabilidad de los distintos tiempos interiores individuales y sus consecuencias disgregadoras. La unidad del tiempo producido es sólo unidad extrínseca, producida por la respectividad de los desenvolvimientos paralelos de los individuos a la virtualidad de su esencia común, disponiendo cada mónada de su propio sistema de coordenadas. «En la relación de unos a otros seres, el tiempo de cada uno podrá concordar con el de sus congéneres, pero también podrá discordar de él en proporción mayor o menor, a causa de ser propiedad absoluta de cada individuo y producto de su actividad, no dependiente de ninguna condición ajena a él...»; en consecuencia, «... en la relación del tiempo interior de cada hombre con el tiempo de la sociedad en cuyo seno vive, lo mismo puede precederle como rezagarse...»<sup>113</sup>. La actividad individual encargada de producir la esencia en el tiempo se mantiene sustantiva y autónoma, desvinculada de la actividad de los demás agentes jurídicos<sup>114</sup>. De modo que, si bien la contemporaneidad sólo se puede entender como comunión con los otros miem-

<sup>108</sup> *THJ*, p. 338.

<sup>109</sup> *THJ*, p. 365; o «...aquellos hechos *vinieron antes de tiempo*, y por eso no causaron estado, y cayeron en el más completo olvido» (p. 353). Esos hechos son excepcionales y son sólo incluidos para excluirlos.

<sup>110</sup> *THJ*, p. 337.

<sup>111</sup> «Ya dijimos que la vida consiste en un perpetuo "venir a ser" de los seres vivientes; lo que permanece inmutable y rígido, lo que no realiza esencia, o que no se desenvuelve y progresa, existe, pero no vive; lo que cesa de mudar, decimos que ha muerto. Esta propiedad de mudar reviste una forma que a toda hora llevamos en los labios: el *tiempo*» (*THJ*, p. 342).

<sup>112</sup> *THJ*, p. 342.

<sup>113</sup> *THJ*, p. 343.

<sup>114</sup> «Ahora, cuando la posibilidad sea común a diferentes seres, cuando la esencia permanezca la misma en todos ellos como esencia genérica, lo que cada uno vaya produciendo o haciendo efectivo pensará exclusivamente de la [su] actividad [...]. Esto tiene que ocurrir más precisamente en la vida del espíritu, por lo mismo que en ella predomina el carácter de sustantividad sobre el de solidaridad; por esto, si bien nuestra vida se realiza en el tiempo, no se mide ni se calcula por el tiempo matemático, que puede ser un término relativo de la naturaleza, sino por el tiempo interior que cada sujeto produce originalmente con sus mudanzas...» (*VD*, p. 112).

bros de la sociedad en el género (*humanidad*), sin embargo, esa comunión no tiene comunidad, porque el *munus* —la prestación con la que estoy obligado— no lo es con otro, sino conmigo mismo<sup>115</sup>:

«Ya [...] he anticipado el hecho de no existir en la sociedad deuterocélulas: todos los individuos que la componen son células primordiales, centros de vida independiente, organismos completos y acabados. Estados sustantivos de derecho; no existe entre ellos relación de solidaridad necesaria, como entre las células constitutivas del cuerpo humano: la actividad de cada uno, si bien se engrana con la del todo, es discontinua respecto de ella y puede funcionar independientemente; y por esto, no se manifiestan en todos a la vez las necesidades jurídicas...»<sup>116</sup>.

En esta paradójica comunidad de tiempos, cada tiempo tiene su propio límite (auto-determinación) ¿En qué consiste, entonces, el dispositivo que engrana la vida individual y su tiempo interior, «... plenamente concorde, en su unidad, con el tiempo exterior del todo genérico a que pertenece...»?<sup>117</sup>. La unidad social del derecho respondería a la participación común en la misma esencia (humana)<sup>118</sup>, pero tal comunidad de solidaridad genealógica dependería de la actividad de los individuos, que, en su dimensión espiritual, es sustantiva o autónoma y determina un tiempo propio. Por ello, la comunidad depende de la comunicación, y la comunicación pende de la contemporaneidad:

«Por lo mismo que los individuos que componen una colectividad social no conciben simultáneamente todas las ideas progresivas, y aun hechas públicas, no las juzgan todos de igual manera posibles, equitativas u oportunas, es esencial esa función de la comunicación en sus más amplias formas, y dicho se está que también el libre uso de los medios con que tal función se ejerce, a fin de que se establezca la debida unidad de miras entre las voluntades discordantes...»<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Comunidad paradójica, puesto que, «lo que prevalece en el *munus* es, en suma, la reciprocidad, o “mutualidad” (*munus-mutuus*), del dar que determina entre el uno y el otro un compromiso, y digámoslo también un juramento, común: *iurare communiam* o *communionem* en el vínculo sagrado de la *coniuratio*» (ESPOSITO, R., *Communitas...*, pp. 28 s.).

<sup>116</sup> *THJ*, p. 345. «Con la scoperta de parti di Matthias Jakob Schleiden e Theodor Schwann della cellula come unità fondamentale di ogni organismo vegetale e animale e con l’affermazione da parte di Rudolf Virchow che ogni cellula deriva da un’altra cellula (*Omnis cellula a cellula*, 1855), la teoria cellulare diventa, per quasi mezzo secolo, il paradigma di maggiore influenza, dapprima per la spiegazione dei fenomeni della vita e, successivamente, per l’interpretazione dei processi psichici e sociali.[1] Sul piano biologico, dato che la cellula è (erroneamente) considerata un individuo sempre dotato di vitalità propria, due questioni vengono sollevate con insistenza: come si passa dagli organismi monocellulari a quelli pluricellulari e come si connettono e si coordinano tra loro le cellule negli organismi pluricellulari» (BODEI, R., *Destini personali. L’età della colonizzazione delle scienze*, Milano, 2002, pp. 53 s.).

<sup>117</sup> *VD*, p. 112.

<sup>118</sup> «La vida del Derecho es una, pues lo es su sujeto, el hombre, y su objeto, el derecho eterno, y sus leyes primordiales, el bien y la libertad; y de aquí la solidaridad política y civil de unos con otros siglos, pueblos e individuos, y la periodicidad de los hechos jurídicos, mediante la cual se hace posible una ciencia de la historia universal del Derecho» (*VD*, p. 147).

<sup>119</sup> *THJ*, p. 258. La contemporaneidad supone que la comunicación social esté pre-sincronizada: «Como dice Gabriel Tarde, la imitación es una generación a distancia: *una génération à distance*. [...] Cuando se llega entre ellos [entre los “vecinos”] a una buena “comprensión”, a la asimilación de opiniones encontradas, es porque están infectados de antemano por analogamiento imitativo y presincronizados por analogías eficaces respecto a su emplazamiento e instalación en él» (SLOTERDIJK, P., *Esferas III*, p. 200). La relación entre las teorías costistas y la sociopsicología tardeana fue señalada en su momento: «Su exposición [la de Tarde, en su *Lógica social*] puede ser comparada, incluso acaso por la estructura del espíritu del autor y sus procedimientos intelectuales, a la *Teoría del hecho jurídico*, del Sr. Costa (aunque éste cava más hondo)...» (*Filosofía y sociología... por Francisco Giner...*, OO.CC., t. XI, p. 33). Como en la relación jurídica inmanente gineriano-costista, que comporta una dualidad egológica de los polos ‘autoridad/sumisión’ en unidad personal, también la sociología tardeana de la adaptación social entre modelo e imitador apela

La misma significación del tiempo individual —«... un hombre causa más hechos o hechos más intensos, realiza más esencia, produce más tiempo...»— es lo que pone de relieve su estructura representativa: «... en todo siglo se ha reconocido que no está el vivir en contar estaciones y revoluciones solares, sino en desarrollar y cultivar su espíritu, en aprender y discurrir verdades, en practicar virtudes, en adoctrinar gentes, en acumular progresos, en ser órgano y representante de la humanidad»<sup>120</sup>. El estar para el otro se funda en el estar en propio, con lo propio que me apropia expropiándome —sujetándome—. Esa contemporaneidad que orla al hecho consuetudinario social, en el que se une el tiempo individual con el tiempo social (en realidad, con el tiempo de los demás miembros de la sociedad), requiere, en su vez primera, de sincronización<sup>121</sup>; tras esa puesta en hora, de imitación<sup>122</sup>.

últimamente al individuo señalado que reúna, a la vez, genialidad e imitación en una *adaptación interna*: «... á mi parecer, es preciso llevar todavía más lejos el análisis, y como he dicho antes, buscar la adaptación social elemental en el mismo cerebro, en el genio individual del inventor. [...] es preciso que el productor haya comenzado por tener á la vez dos ideas, la de una necesidad de consumidor, de donatario, y la de un medio hábil para satisfacerla. Sin esta adaptación interna de dos ideas, la adaptación externa, llamada don, después cambio, no hubiera sido posible» (*Las leyes sociales por G. Tarde, miembro del Instituto y profesor del Colegio de Francia. Traducción de G. Núñez de Prado, Barcelona, s.f., p. 100*).

<sup>120</sup> THJ, p. 343; vid. VD, pp. 105 s.

<sup>121</sup> «El sincronismo es la única unidad del tiempo. Es una unidad extrínseca. Intrínsecamente, en cambio, hay que decir que cada *realidad* tiene su tiempo —el suyo propio— como cada cuerpo en el universo tiene, en definitiva, su tiempo propio» (ZUBIRI, X., *Espacio, Tiempo, Materia. Segunda edición*, Madrid, 2008, p. 286).

<sup>122</sup> «Por más paradójico que parezca (debido precisamente a la simultaneidad impuesta sobre la base del tiempo) surgen *consideraciones y problemas de sincronización*. La simultaneidad (puesto que se da —digamos— sin tiempo) no ofrece seguridad —más bien la excluye— de que un sistema se pueda sintonizar con algo que sucede en el entorno. Por eso, en la naturaleza las sincronizaciones se logran únicamente con características relativamente constantes o que se repiten con regularidad (salida y puesta de sol), respecto a las cuales los sistemas pueden orientarse con “anticipatory reactions”. En el campo del procesamiento de las informaciones basado en el sentido, se desarrolla centralmente un concepto dimensional de tiempo; es decir, la distinción (que está sincronizada y por eso *no puede ser sincronizada*) de presente con ayuda de la distinción —a él referida— de pasado y futuro» [LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, México, 2007 (Frankfurt am Mein, 1997), pp. 650 s.]. La doctrina costista del derecho consuetudinario pretendería, precisamente, resincronizar periódicamente la simultaneidad de la vida jurídica social: «la vida de las colectividades, aunque respecto de sí propias, consideradas como todos orgánicos, ostenta como primer atributo la unidad, con respecto a las individualidades elementales que la componen, es irregular y desigual por todo extremo. No obra en todos un mismo grado de energía, y por esto se desarrollan más o antes unos que otros, y tal individualidad se adelanta a la multitud, así en concebir un ideal, como en sentir el aguijón de la necesidad que ese ideal trae consigo, y en querer que se traduzca en hechos [...]. Así pues, cuando los hechos han de ser obra de todos o del mayor número, aquel individuo o aquella minoría en quien primeramente se ha encendido la luz del ideal, lo anuncia a la sociedad, lo hace presente a su pensamiento, procura despertar en ella la conciencia de su necesidad, que hasta entonces él solo ha sentido, e inspirarle la convicción del plan que ha proyectado para satisfacerla. Por este medio, viene a constituirse ese individuo en órgano de la sociedad» (THJ, pp. 247 s.). Si la novedad de la escritura es que hace posible *desincronizar la misma comunicación* (Cf. LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, p. 651), de ahí la directiva costista encaminada a entender la escritura como accidente de la ley, criticando las prescripciones que entienden que la fuerza de ley procede de su promulgación escrita (vid. *El problema de la ignorancia del derecho...*, p. 32). La concepción orgánica de la sociedad y sus consecuencias fonocéntricas reclaman de un sistema (la escritura) que alojara y desligaría la norma del mundo de la vida, quebrantando el principio de la continuidad de la biología jurídica y conjurando el simulacro o espectro de la propia ley, su doble: «... si la costumbre ha sido definida por escrito [...], cuando desaparece de la realidad, deja tras de sí esa huella física; y como el espíritu humano es tan dado á materializar los conceptos y á confundir las cosas con los signos convencionales que él mismo creó para significarlas en la convivencia social, llega á imaginar que está viendo coexistentes y simultáneas las dos costumbres, la sustituta y la sustituida, y habla de costumbre contra costumbre, ó lo que es igual, costumbre contra ley supletoria, allí donde no existe de cierto sino una costumbre posterior viva, que ha venido á ocupar el vacío dejado por otra anterior que desapareció» (*Congreso jurídico español. Tema tercero...*, p. 24).

La costumbre (jurídica) sería el esquematismo trascendental de la esencia (del derecho) y de su virtualidad (soberanía), *plan* y *regla* de la dimensión permanente de la vida del derecho<sup>123</sup>. El derecho, en cuanto se esquematiza en el hecho adecuado (hecho consuetudinario), establece en ese 'ahora' excepcional la simultaneidad que produce la diferencia *a la vez* entre contrario y concordante—entre un *antes* y un *después*—, consiguiendo que en el continuum jurídico irrumpa la innovación:

«En aquel momento crítico, se producirá necesariamente un hecho a la vez *contrario* y *concordante*: contrario a lo que la sociedad practicaba antes del cambio; concordante con lo que la sociedad siente y está dispuesta a practicar después de él. Ese hecho es la primera manifestación exterior del nuevo espíritu que alienta en el todo social, la primera voz con que la sociedad anuncia su cambio de estado por boca de uno de sus órganos adventicios. Si la sociedad tiene ocasión de dar su aprobación al hecho y declararse solidaria de él de un modo ostensible (verbigracia, en el jurado, en los meetings, peticiones, etc.), no titubeará en hacerlo; si tal ocasión no se presenta, su adhesión será callada y lenta, copiando los individuos aquel primer hecho en sus ulteriores relaciones. Es de toda evidencia que ese hecho trajo a la perfección el ser y estado jurídico de la sociedad: en el plan que presidió a su formación, logró apoderarse el agente del principio jurídico positivo que a tal estado correspondía, pues de lo contrario, la sociedad se guardaría de adoptarlo, y antes por el contrario, lo repugnaría y desaprobaba. Por consiguiente, en aquel primer hecho está entera la regla consuetudinaria, y no hay necesidad de aguardar a que le sucedan otros hechos para reconocer su legitimidad e inducir la existencia de la costumbre»<sup>124</sup>.

La unidad y la dirección de la línea de la costumbre no está compuesta de hechos puntuales continuos y sucesivos, sino que estriba en el momento de contracción que el artista jurídico opera en el ser presente de lo *ya* sido que *aún* será, que es también el momento de la distensión como determinación inaugural de la temporalidad de su vida jurídica (su antes, ahora y después): «no es la costumbre a modo de una recta moral, que requiera cuando menos de dos puntos para determinarse: aquí el punto y la línea coinciden en toda su extensión; en cada punto (*hecho*) esta la línea (*regla consuetudinaria*) entera. Ni son los hechos a modo de testigos, cuyo testimonio envuelva nulidad mientras no sean dos a dar fe de la costumbre, sino documentos vivos que hacen prueba plena y llevan aparejada ejecución»<sup>125</sup>. Ese *momento crítico* o estado de excepción, en el que se suspende la costumbre hasta entonces vigente para estatuir una nueva que permita la continuidad de la vida del derecho, es la raíz del tiempo, conjuntiva *a la vez* que disyuntiva, siendo así capaz de contemporizar para la convivencia en comunidad: «... ese primer hecho es representante más genuino del espíritu colectivo que todos sus contrarios, y expresa mejor que ellos las convicciones jurídicas de la comunidad. El preanterior, informado en el mismo espíritu, *aún era indiferente*, pero él es *ya* concordante (consuetudinario), y lo serán cuantos le subsigan imitándolo»<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> «La costumbre, hemos dicho, es el elemento permanente que hay en los hechos consuetudinarios, el plan común a todos los hechos de un mismo género, la regla constante y uniforme que ha presidido a su ejecución; es como el hecho consuetudinario mismo, pero idealizado, abstraído lo individual» (*THJ*, p. 361).

<sup>124</sup> *THJ*, p. 367.

<sup>125</sup> *THJ*, p. 369. ¿Estaría latente la evocación de la 'polémica de los textos vivos', aireada desde la prensa neocatólica y en la que se denunciaba el peligro de infestación ideológica y moral de las cátedras universitarias debido, ya no a los manuales que se recomendaban, sino al ejemplo de los profesores, todos contaminados de krausismo? Sobre esa polémica, Cf. VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., *Tradicionales y moderados ante la difusión de la filosofía krausista en España*, Madrid, 1998, pp. 279-286.

<sup>126</sup> *THJ*, p. 371.

La sincronización que contemporiza es la costumbre tal y como se hace efectiva en su primera posición, convirtiéndose en emblema de la razón a ese legislador originario, emergiendo y participándose así simbólicamente la necesidad (el vacío), de tal manera que pueda producirse por mor de la instauración de la costumbre la referencia inconsciente al orden normativo. Cuando se establece la regla consuetudinaria, la masa de los individuos encuentran ya dado en ese precedente la regla jurídica a imitar: «... los individuos no acuden ya reflexivamente a su razón personal en busca del principio más adecuado a su situación: ese principio lo tienen ya definido prácticamente; se ha encarnado en un cuerpo material y sensible, que es el hecho de los demás, y se limitan a observarlo y asimilárselo, a fin de copiarlo; alentando un espíritu común en todos, y siendo ese mismo espíritu el que informa el hecho, hallándose identificados todos con el orden jurídico que tal hecho representa, engranando perfectamente con él su pensamiento, le dan *sin pensarlo* valor de dogma positivo»<sup>127</sup>. La costumbre anida en el fuero interno de ese legislador originario, que responde con su sujeción a la invocación de la razón, facultándose así para representarla como órgano para la comunión social. *Al punto*, la conformidad, que es simultaneidad, entre la circunstancia individual y el estado social depara que el hecho resulte preñado de eficacia jurídica y constituya, por sí sólo, precedente jurídico, ya que encierra en sí y *a la vez* facticidad y validez jurídicas, la síntesis propia de la costumbre: «si esa contemporaneidad faltase, la costumbre sería ilegítima...»<sup>128</sup>.

#### PASAJE

Sólo ya este pasaje final para cifrar, que no descifrar, la lógica especular que liga y religa los sentidos opuestos de obligación y de prestación, de soberanía y de autonomía, de necesidad y de libertad, sea en ese *espejo acústico* que sería la conciencia individual, sea en ese *texto vivo* que sería el artista jurídico.

La innovación jurídica corresponde siempre al individuo, en calidad de artista que sintoniza e interpreta precozmente la necesidad jurídica con que el fin insta y reclama su cumplimiento en el tiempo (adjudicando y adecuando los medios para la resolución de esa tensión), invistiéndose en representante de su comunidad: «falta que todo ese material amorfo sea labrado por mano de individualidades determinadas, que ese sentimiento colectivo, vago, indefinido, nebuloso, se condense en un solo hombre, y que este hombre, poseído del espíritu de multitud, exprese lo que aquélla ha concebido y no puede expresar»<sup>129</sup>. Esa primera traducción de la norma en hecho (jurídico) se convierte en el icono de la regla de costumbre y en el modelo a imitar. Una vez concebido y ejecutado por el representante individual el hecho que responde a la necesidad común y que traduce la regla ideal,

«entonces vienen a sancionar los votos de la multitud. Si la regla mostrada o enseñada (*in-signita*) en aquel hecho es única para el género de relación que hubo de provocarlo, los individuos que se encuentran en circunstancias parecidas, dominados por aquel mismo sentimiento o bajo el influjo de aquella misma necesidad, no tendrán ya que ponerse en contacto directo con los primeros principios de razón [...], sino que por una especie de instinto y de necesidad interna, tomarán aquel hecho por norma y criterio positivo de acción, y por él regirán su vida en aquel orden de relaciones. Los que no sien-

<sup>127</sup> *THJ*, p. 351.

<sup>128</sup> *THJ*, p. 365.

<sup>129</sup> *THJ*, p. 362.

tan la necesidad, reconocerán que puestos en igual caso, hubiesen obrado de una manera idéntica: «parece que han adivinado mi pensamiento», dirán; o bien, «eso es lo que yo quería hacer, y no acababa de ocurrírseme»; y sentirán acaso cierta delectación interior por ver realizado fuera de sí aquello que llevaban dentro, pero que no acertaban a expresar. [...]. Sin que por esto debamos entender que porque un hombre imite los actos de otro, subyuga su voluntad a la voluntad ajena; antes bien, uno y otro se subordinan a la humana razón, de la cual fue aquél primer órgano e intérprete: en idéntica forma que él, hubiese obrado cualquier otro que la [*sic*, ¿'le'?] hubiera precedido»<sup>130</sup>.

La costumbre es así norma jurídica desde la primera instancia, patrón para el devenir del *hábito jurídico*<sup>131</sup>. El hábito jurídico, que estriba en la difusión y desarrollo de la costumbre, automatiza los hechos jurídicos que se subsumen bajo la regla consuetudinaria y «... contribuye poderosamente, por eso mismo, a que en la vida del derecho haya ritmo, orden, regularidad y consecuencia, y a que no sufran desviaciones sensibles las leyes de la continuidad y del progreso de la costumbre jurídica»<sup>132</sup>. Esa estandarización encarrila la vida jurídica, tanto individual o biográfica<sup>133</sup>, como social o historiográfica<sup>134</sup>... porque de grafía y de grafismo se trata: «el hábito hace del hombre una especie de fonógrafo o de libro abierto, compendio de toda la historia, en cuyas páginas va fijando y estereotipando sus adelantos y perfeccionamientos...»<sup>135</sup>. Una máquina jurídica que nos descarga psíquicamente del refrendo reflexivo permanente, grabando la impresión provocada por la innovación jurídica de la costumbre para amortizarla:

«Parece el hábito como aquellas máquinas en cuyo complicado rodaje ha mecanizado el artífice su voluntad e impreso su plan en caracteres de hierro: la máquina no cesa ya de funcionar aunque se ausente el artífice que la ideó, o le retire el concurso de su voluntad. Al obrar el sujeto, ha conquistado sobre lo desconocido o *nullius* un sentimiento, una verdad o un producto, pero, además, ha perfeccionado su aptitud para aquel orden de realidad, ha adquirido un poder para repetir la misma acción, para sentir, pensar u obrar del mismo modo, y descubrir nuevas verdades o fabricar nuevos productos con menos esfuerzo, al principio, y después casi sin esfuerzo alguno. Así, el hábito viene a ser una forma de capitalización de lo pasado»<sup>136</sup>.

<sup>130</sup> *THJ*, p. 363.

<sup>131</sup> Vid. *THJ*, pp. 383 ss.

<sup>132</sup> *THJ*, p. 155; vid. pp. 387-390.

<sup>133</sup> «Y así como el alma, considerada en su realidad histórica, es la resultante de todos los hábitos adquiridos y de todas las predisposiciones heredadas de los antepasados, el aparato neuropsíquico es, paralelamente, una trama o tejido de líneas vibratorias, cuáles efectivas, cuáles latentes, que no excluyen, por muchas que sean, la posibilidad de infinitas otras» (*THJ*, p. 386).

<sup>134</sup> «Mediante el hábito, se forma la tradición, se hermanan el pasado y el porvenir en el presente, y discurre la vida en serie enlazada, sin saltos bruscos y sin interrupción» (*THJ*, p. 390).

<sup>135</sup> *THJ*, p. 211. La costumbre jurídica y, en realidad, toda la biología jurídica, en la que se compondrían espíritu y naturaleza, conllevarían una psicofísica jurídica en la que se encontrarían los fundamentos orgánicos de esa vida. Si el derecho es propiedad del ser vivo racional, «...no cabe biología jurídica sin el previo conocimiento del sistema nervioso y de su modo de funcionar» (*THJ*, p. 176). Un primer estímulo (físico o psíquico) trazaría una *línea de vibración y reacción* en el circuito neuropsíquico, que, si se repitiera, definiría más y mejor ese curso psicofísico hasta causar estado. No obstante, la regla de ese estado se encontraría ya inscrita en aquella primera alteración, en analogía (que habría que desentrañar mejor) con lo que ocurre con la costumbre jurídica: «El primer hecho dio ley a los subsiguientes, y el alma no necesita ya deliberar acerca del fin o de la necesidad manifestada en la excitación, ni de los medios más apropiados para satisfacerla; la primera vibración abrió surco y camino a las posteriores a través del aparato nervioso, y no necesita ya éste gastar fuerza ni tiempo en desequilibrarse y reintegrarse como el [*sic*, ¿'al'?] principio. El alma ha aprendido el hecho y lo dirige ya casi sin atender a él; el hecho se ha *estereotipado* materialmente en el organismo, se ha hecho habitual, y, por decirlo de una vez, usando la frase consagrada por la tradición y la sabiduría de los pueblos, se ha hecho segunda naturaleza...» (p. 202).

<sup>136</sup> *THJ*, p. 389.



La genealogía del hábito (jurídico), que lo remite a su costumbre (jurídica) fundadora, se complica con la genética del hábito (jurídico) y su economía biojurídica. El valor de la costumbre se capitaliza por medio del hábito, produciendo unas rentas e intereses que se transmiten como legado del tiempo (jurídico) y aseguran el continuum biojurídico. Pero esa herencia conlleva cierta decadencia en la repetición, una degeneración de la reproducción de la vida jurídica que precipita la humanidad en la animalidad y la utilidad en la coseidad: «cuando el hábito individual se hace rutinario, se asemeja sobremanera al instinto específico: clava la rueda del tiempo, inmoviliza la vida, no hay en ella presente ni futuro; se vive en el pasado, o mejor dicho, no se vive, se vegeta»<sup>137</sup>. Y si bien la costumbre cifra y consume su fuerza de ley ya en el primer hecho que la significa, sí padece la degeneración de la habitualidad:

«... fácil es concebir cómo desde el hecho primero que encabeza una costumbre o una interpretación usual, se verifica una verdadera degradación o disminución gradual del trabajo reflexivo, y cómo por tanto, va perdiendo en importancia la deliberación a medida que el hecho o la interpretación se va haciendo más y más habitual [...]. El máximo corresponde a los iniciadores; los que le siguen se limitan de ordinario a imitarles, completando, si acaso, o rectificando el hecho con algunos detalles; últimamente hasta los detalles dejan de ser movibles, y el hecho viene a ser como un troquel o pauta mecánica para los subsiguientes»<sup>138</sup>.

Porque de grafía y de grafismo se trata... El origen del instinto es un hábito individual estampado específicamente por la herencia, y el origen del hábito individual una primera respuesta psíquica estereotipada materialmente en el alma<sup>139</sup>. Entonces, «¿por qué, pues, si existe y obra el instrumento (la transmisión hereditaria), no causa en la humanidad los mismos efectos que en el mundo animal?»<sup>140</sup>. El hombre resultaría ser el animal truncado —¿podríamos decir ‘neurótico’?—, que reprime la habitualización del hábito, interrumpiendo su consumación en instinto, en beneficio de la debitud<sup>141</sup>. El

<sup>137</sup> *THJ*, p. 392. Cf., para la dinámica entre instinto/hábito y reflexión/libertad en lo relativo a la soberanía política de las personas sociales, *Estudio jurídicos y políticos por Francisco Giner*, OO.CC., t. V, pp. 211-214.

<sup>138</sup> *THJ*, p. 242.

<sup>139</sup> Vid. *THJ*, pp. 202 ss.

<sup>140</sup> *THJ*, p. 206.

<sup>141</sup> La originariedad de la libertad se postula hasta para la actividad refleja, considerada primer grado de la actividad espiritual y límite de lo físico con lo espiritual: «¿Sería la actividad *refleja* un nombre que recibe la actividad libre, voluntaria, inteligente, consciente, después que se ha hecho automática, involuntaria e inconsciente? La fisiología contemporánea hubiese obrado cuerdamente haciéndose esta pregunta, que encierra de seguro, a mi modo de ver, el problema entero de la actividad psicofísica [...], y acaso, también, el problema de la existencia del derecho en el reino animal» (*THJ*, p. 182). Entiéndase bien que no se habla aquí de los ‘derechos de los animales’, sino de los animales como sujetos de derechos que comportan ciertas obligaciones y, por tanto, pueden entrar en relación de respectividad con el hombre, perspectivas pasmosas a las que aquí ni nos podremos asomar, sino solo constatar: «la existencia, pues, en algún modo de obligaciones por parte de los animales para con el hombre, se manifiesta en la facultad que todos entienden tiene éste de castigar a aquéllos cuando faltan [...]» (*Principios de Derecho natural... por Francisco Giner y Alfredo Calderón...*, p. 158; cf., también, *Historia del Derecho español por Rafael Altamira...*, p. 29.). Ese recurso a la justicia vindicatoria marca los límites del correccionalismo krausista: «Así, el premio y el castigo, enteramente inaplicables a seres incapaces de toda determinación propia, son los grandes resortes, quizás los únicos, de la educación de los animales por el hombre, y no ya de los superiores y menos distantes de nuestro reino, sino hasta de grupos tan inferiores como los insectos («Psicología comparada. El alma de los animales», en *Estudios filosóficos y religiosos por Francisco Giner...*, OO.CC., t. VI, pp. 41 s.). Cf., sobre el animal en la filosofía krauseana: QUEROL, F., *La Filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause*, pp. 196-217; UREÑA, E. M., «Algunas consecuencias del panenteísmo krausista», en *El Basilisco* (2.ª época), n.º 4, 1990, pp. 51-58.

mismo instinto conserva todavía un resto de la espontaneidad originaria en forma de conato reflexivo:

«A todos estos actos [instintivos] preside el conocimiento, pero oscuro e indeliberado; cruza por el espíritu a modo de una fulguración velocísima: el instante de la llegada de la impresión al cerebro y el instante de la partida de la impulsión a los órganos ejecutivos, coinciden en uno. Apenas tiene tiempo el sujeto para conocer lo que hace, y sin embargo lo hace como arrastrado por fuerza superior a la de su voluntad; apenas puede detenerse a practicar la elección y adaptación de medios que el fin requiere, y, sin embargo, los elige, como movido por un resorte.

[...]. Hay, en suma, en el hecho instintivo parte de libertad y parte de automatismo: el agente sabe y no sabe, resuelve y no resuelve lo que pone por obra. Diríase la acción obra de dos sujetos: uno, el que la determina, y otro, invisible, misterioso, que no se hace presente en ella. Por esto ha dicho muy bien Giner que “el instinto es análogo a otras muchas manifestaciones e impulsos irreflexivos, en los cuales el resultado excede al esfuerzo del sujeto”<sup>142</sup>.

En el acto instintivo, la coincidencia (*en uno*) repliega en la inconsciencia del instante la dualidad de sujetos. Esa necesidad, sellada en el instante del instinto, la libera la reflexión, enlazando la libertad como respuesta y responsabilidad que acreditan la consciencia de sí. La dualidad *en alteridad* numinosa que mella apenas la vida del animal —*el otro invisible, misterioso, que no se hace presente...*— aparece en la dualidad *en mismidad* autónoma de la vida de la persona (*self*), reflexión producida ya en el espejo acústico de la conciencia (derecho individual), ya en el espejo icónico de la costumbre (derecho social): «merced a ella, entramos en posesión de nosotros mismos, y afirmamos nuestra personalidad, sobreponiéndola a todo elemento específico que la herencia haya depositado en nosotros, o que nosotros hayamos adquirido por el hábito»<sup>143</sup>.

La reflexión de la actividad psíquica vegeta en el reflejo, alienta en el instinto. Un escalón más, y esa conciencia cautiva del numen se presenta simbolizada en la *conciencia impersonal* de aquellos que detentan la titularidad de la propiedad comunal de sentido que sincroniza la multitud en unidad:

«Prosiguiendo nuestra ascensión a través de la actividad psíquica, nos encontramos con una serie dilatadísima de grados que descubren un carácter fundamental común —la conciencia impersonal— y que podemos designar, de acuerdo con la lógica contemporánea, bajo un común denominador, actividad de *sentido común*. Es la actividad con que se han formado las más de las costumbres, si no todas, en la historia universal del Derecho. [...] Es innegable que el asiento de esta actividad y el teatro donde actúa, es el cerebro; pero nada induce a creer que deba conceptuarse como actividad automática; el agente se determina siempre a obrar en virtud de plan formado por él, previa proposición y debate interior acerca de la forma más adecuada que corresponde a aquella relación jurídica; y aun después que sus actos se han hecho habituales, se hallan siempre bajo la suprema inspección, más o menos descuidada del espíritu, salvo si han degenerado en rutina...»<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> *THJ*, p. 183. De ahí que se pueda hablar de un derecho animal, y hasta de un derecho consuetudinario animal, que podemos adivinar como grafía jurídica estampada, representación casi sorda para la voz reflexiva de la conciencia: «Sea que se considere las funciones reflejas como punto inicial de la serie en la evolución de la idea jurídica, sea que se las estime, al par de los actos instintivos, como actos jurídicos (reflexivos, conscientes, libres) que se han estereotipado en todo o en parte en el organismo, por causa del hábito, y que se ejecutan ahora maquinalmente, sin intervención de la voluntad, o con una voluntad y una inteligencia oscuras, ambiguas, indecisas y poco densas, como en la “percepción sorda” de Leibnitz. El estudio de las costumbres de los animales desde el punto de vista de las instituciones jurídicas, guarda no pocas sorpresas e inesperada luz a la Filosofía del Derecho» (*THJ*, p. 230, n. 63). Se abre así la insólita perspectiva de una ‘etología jurídica’.

<sup>143</sup> *THJ*, p. 208.

<sup>144</sup> *THJ*, p. 184.

Se exige, pues, reconducir el hecho jurídico cosificado del automatismo a la libertad, del hábito al débito, de la animalidad a la humanidad. Si la ley escrita como ordenanza degeneraba en *espectro de ley* cuando se alienaba de la costumbre jurídica, la costumbre inscrita como hábito degenera, a su vez, en *máquina de ley* cuando mecaniza a la propia vida jurídica. Con un golpe del *governalle* de la reflexión, el gobierno de la máquina jurídica debe interrumpir la dirección que marca el *volante* del hábito<sup>145</sup>, rectificando la tendencia a la animalidad inscrita en la economía de la vida (jurídica):

«Para precaver tan grave peligro, es preciso no dejarse dominar nunca por el hábito: servirse de él como el marino se sirve del viento para impulsar la nave, sin soltar de la mano el gobernalle, que es la reflexión, manteniendo perpetuamente subordinado el hábito a la conciencia, sin que un instante se sustraiga a su inspección, de manera que el individuo se halle constantemente en disposición de regular, moderar, dirigir, y hasta contener o transformar el movimiento, de romper el viejo molde en que iba vaciándose la vida, y de adoptar formas más en consonancia con los progresos realizados en ella. La razón debe mandar al hábito, y no el hábito a la razón; el hábito por excelencia consiste en saber vencer todos los hábitos contraídos cuando lo ordena la razón. Lo opuesto del hábito es la reflexión, y ella debe servirle de contrapeso para que no se precipite por la suave y cómoda pendiente de la rutina...»<sup>146</sup>.

La reflexión borra y extingue los hábitos jurídicos trillados, impidiendo que la actividad jurídica se amortice como instinto o reflejo, para que el agente jurídico quede expuesto a nuevas e incesantes solicitaciones del deber jurídico: «el problema, desde el punto de vista de la Psicofísica, se reduce a borrar o anular la línea de vibración nerviosa que corresponde al acto inconsciente (como se dice ahora) que se trata de hacer reflexivo»<sup>147</sup>. Pero la propia borradora reflexiva, que libera para la respuesta y responsabilidad, comporta una reaccionalidad de base que fracciona y fractaliza la vida psíquica<sup>148</sup> ... siempre *estorbando e interrumpiendo: quebrando, atrofiando, distanciando, rehusando, graduando y hasta sublimando* el estímulo *e impidiendo la propensión instintiva o habitual; alejando o rehusando el estímulo*, para que así el individuo cobre dominio de sí<sup>149</sup>. Esa 'suspensión' que

<sup>145</sup> «El hábito no es el motor, sino el volante de la máquina que, en la sucesión de sus giros, almacena fuerza, y adquiere una predisposición o una tendencia a seguir girando y girando en el mismo sentido» (THJ, pp. 386 s.).

<sup>146</sup> THJ, pp. 392 s. Piénsese en el alemán *Notwendigkeit* (necesidad), formado por *Not* (necesidad) y *Wende* (viraje).

<sup>147</sup> THJ, p. 208. «Este término, tan en boga hoy, principalmente, de haber basado en él Hartmann todo un sistema filosófico, es inexacto. La conciencia es propiedad esencial del espíritu: el espíritu es "ser consciente"; y, por tanto, no puede haber espíritu inconsciente, ni actos espirituales inconscientes. Con el término "inconsciente" quiere significarse un espíritu que no es "consciente de sí", que no está presente a sí mismo, que no vuelve sobre sí; mas para expresar este pensamiento, poseemos un término propio, que es: *irreflexivo*. Esta distinción ha sido perfectamente establecida por Giner, en el § 36 de sus interesantísimas *Lecciones de Psicología...*» (THJ, pp. 229 s.).

<sup>148</sup> Para el cuestionamiento de la distinción entre reacción (*animal*) y respuesta-responsabilidad (*hom-bre*), cf. DERRIDA, J., *El animal que luego estoy si(gui)endo*, Madrid, 2008 (Paris, 2006).

<sup>149</sup> Vid. THJ, pp. 209 s. Se afirma que «así como la impresión provoca repentinamente la sensación, de igual modo la reacción del espíritu contra la sensación se traduce instantáneamente en un plan embrionario, elemental, y por decirlo así, instintivo» (p. 236); incluso, que «... hay casos en que el plan y el hecho coinciden en un mismo instante del tiempo, en que la acción exterior sigue inmediatamente a la impresión, sin más intervalo que la fracción de segundo necesaria para que la excitación determine la impresión, la transmitan los nervios al cerebro, y comuniquen a los músculos, por orden del espíritu, el impulso a ella correspondiente» (p. 237). Ese cuanto de tiempo es suficiente para asegurar el *mínimum reflexivo* en el instinto. Si bien se insta a reconocer «... que entre el cuerpo y el espíritu no hay saltos ni intervalos, ni siquiera infinitesimales...» (p. 191), sino un gradiente psicofísico (vid. pp. 194 s.), en la actividad psicofísica, y eso incluye la actividad psicofísica jurídica, constatamos ya no una dualidad, sino hasta una

pulsa en el instante —que borrando, interrumpe, que interrumpiendo, difiere— es la condición psicofísica (jurídica) de que la necesidad sea representable y el fin sea solicitante en la unidad y la propiedad de la conciencia. (Pero, también, la libertad de que se hace gala en la reflexión es la que expone a la descoordinación y hasta al desquiciamiento, al poderse marrar la referencia: «y he aquí el origen del mal moral en la vida. El albedrío, por una parte, y la limitación o finitud de nuestro ser, por otra, son causa de que pueda el sujeto equivocarse...») <sup>150</sup>.

El cumplimiento de la vida jurídica exige recurrir a la interrupción (estado de excepción) para que el crédito que requiere la vida le sea concedido y pueda seguir endeudándose con el ideal (jurídico), que se incuba perpetuamente. Si la enfermedad autoinmune de la habitualidad jurídica provoca que el hábito jurídico llegue a debilitar crónicamente la continuidad de la vida jurídica, la irrupción de la costumbre viene a resincronizar espontáneamente la vida jurídica, poniéndola al día e inmunizándola contra la interrupción de la debitud.

La innovación jurídica que requiere la instauración de la costumbre en su primer hecho también exige de un *momento crítico* que re-sincronice la vida jurídica de la comunidad por obra del representante o comisario jurídico de la razón, sensorio común de la necesidad jurídica antes de su difusión y establecimiento como sentido común. Si bien la vida jurídica se regenera normalmente por medio de la selección espontánea de ese

---

duplicidad: «al hecho de la sensación concurren dos elementos, dos actividades: una física, necesaria; otra espiritual, libre; no encadenadas de un modo fatal, sino discontinuas, a punto de poder la una contrariar, y aun anular, la acción de la otra. Ese factor personal es una sustancia regida por leyes propias, diametralmente opuestas a todo lo que sea puro mecanismo; tiene facultad de elegir y, por tanto, espontaneidad» (pp. 199 s.). Ese factor personal (reflexión) es la condición del plan jurídico (vid. p. 237), y, por tanto, de la evolución del derecho como sistema autorreferencial, que se programa condicionalmente como observación de segundo grado para su ajuste gradual y progresivo (vid. p. 238). La indecidibilidad que estamos presentando, que bascula desde la estipulación de la discontinuidad entre instinto y reflexión, hasta su composición instantánea, es el efecto de la propia lógica del dos-en-uno, que borra su inscripción y, a la vez, inscribe su borradura, borrando y reescribiendo sin descanso la humanidad del hombre en la pizarra de la animalidad.

<sup>150</sup> *THJ*, pp. 238 s. Y ahí, en esa libertad que caracterizaría a la actividad reflexiva, constataríamos una intermitencia extrema (en la desatención, en el sueño), una intermitencia de la intermitencia reflexiva, una intermitencia que no puede ser para-sí y cobrarse como conciencia de sí sino *después* de revertida como reinicio (*reset*) del sistema, y que deja en evidencia, como suspensión (en el vacío) de la *propia* suspensión, la falta de fundamento del gobierno (de la reflexión) y el abismo de la religación jurídica (que ligaría la libertad a la responsabilidad y la segregaría del albedrío). Esa intrínseca excepcionalidad que ya adivinamos en el advenimiento del hecho originario de la costumbre jurídica: «En la reñida lucha de motivos en que a las veces se empeña la razón cuando delibera, llega un instante en que la conmoción de los centros nerviosos es tan violenta, que el funcionamiento regular de aquellas facultades del espíritu se hace totalmente imposible, y el esfuerzo de la reflexión, en vez de quietarla, la irrita más y más; es la madeja tanto más enredada, cuanto más empeño se pone en descubrirle el cabo. Cuando tal estado sobreviene, y aun antes de que sobrevenga, conviene suspender la reflexión durante algún tiempo, y demorar la adopción de un acuerdo definitivo. A causa de nuestra limitación, la *intermitencia* de la reflexión es, en ocasiones, no menos esencial que la reflexión misma [...]. El sistema nervioso se fatiga y debilita [...], y necesita, lo mismo que los órganos del sentido, entregarse a un descanso reparador. Cierta que no permanece inactivo mientras descansa; así como va recobrando el perdido equilibrio, el caos de impresiones accesorias que turbaban la percepción de las sensaciones principales, se desvanece, mientras que éstas se calman, se ordenan, se asocian y conciertan entre sí en un conjunto armónico; las líneas de vibración correspondientes a las primeras, se borran; las correspondientes a las segundas, moderan su agitado movimiento y se sujetan a un ritmo más sosegado; el cerebro se ha repuesto de aquel agotamiento de fuerzas, el espíritu se ha reintegrado, y la idea de que la reflexión no acertaba a apoderarse, nos parece clara y diáfana después del reposo, y cuando no, dispuesta a ceder en un segundo o tercer período de la reflexión» (*THJ*, pp. 244 s.).

intérprete jurídico que sintoniza con la multitud y insta esa costumbre que se hará hábito jurídico, a veces es exigida una actuación propiamente artística del demiurgo (*démi-érgon*) jurídico para que el fin comparezca como necesidad (social), produciendo la nueva costumbre como ejemplo para los más. Éste habrá de asistir a la comunidad interrumpiendo aquéllo que se convierte en rutina e instinto, «...puliendo y depurando la producción espontánea, o expulsando los principios baldíos por extraños, o por inadecuados, o prematuros, o supliendo la falta de acción de la actividad inmediata, puede redimir la vida enferma del Derecho, y por relación, la vida toda del ser finito...»<sup>151</sup>. El derecho presenta formas normales y formas anormales, ambas correspondientes al mismo principio estructural<sup>152</sup>. Y así, si en el hecho inductor de la costumbre jurídica «óbrase [...] una *selección espontánea* entre cuantos sintieron primeramente el vivo acicate de la necesidad, y aquel que se reconoce mejor dotado...»<sup>153</sup>, a esa *selección espontánea*, que se produce en la forma normal de legislación jurídica, le corresponde una *selección artificial* cuando se afrontan las patologías jurídicas<sup>154</sup>, que se produce cuando hasta la costumbre necesita tutela o representación necesaria: «históricamente se ha dado a esto el nombre de *dictadura* (tutelar)...»<sup>155</sup>.

Consideramos a la dictadura el reverso de la costumbre por ser su principio estructural idéntico, que no es otro que la representación del todo social en el individuo señalado, en ésta como sintonizador *normal* de las necesidades latentes, en aquélla como sintonizador *anormal*; en ambos casos, se trata de dar curso al flujo de la vida jurídica por obra del fármaco de la interrupción. Es cierto que se estipula que la violencia legítima del estado de excepción interrumpe la soberanía de la que es depositaria la sociedad, y, en cuanto tal, supondría la discontinuidad, aún a pesar de su condición subsidiaria:

«... y como el Derecho, por ser elemento constitutivo de los seres racionales, no puede quedar un instante sin realización en una u otra forma, como el Estado no puede arrastrar perpetuamente una vida enfermiza, que torne la ley biológica del progreso en ley de retroceso hasta paralizarse [...], exige la razón jurídica que se ponga a su servicio la *fuerza* como instrumento material para lograr aquel resultado [...]. Cuando el Jefe del Estado infringe la ley de su naturaleza [...], puede el Estado valerse de la fuerza para deponerlo y sustituirlo con otro [...] o a rectificar el curso de su acción [...]. Esto es lo que históricamente ha recibido el nombre de *revolución* [...]. Cuando, por el contrario, las extralimitaciones, o la inacción, o la falta de ponderación y de equilibrio [...] radican en el todo del Estado o comunidad jurídica, y ésta se resiste a deponer temporalmente el ejercicio [...] o pretende conquistar alguna otra antes de haber adquirido la necesaria aptitud para desempeñarla racionalmente (v. gr., el titulado “sufragio universal” [...]; o el “selfgovernment” [...]), el Jefe del Estado debe servirse de la fuerza para sujetarlo a su tutela suprema, interrumpir el ejercicio de su soberanía, señaladamente la acción generadora de los órganos oficiales, y aun la acción de los órganos mismos, y

<sup>151</sup> VD, p. 173.

<sup>152</sup> «... la esencia, lo ideal, crea y cura, es fuerza generatriz y medicatriz a un tiempo, y lo mismo gobierna la vida en tiempo normal y determina sus progresos, que la dirige en situación anormal y la rescata de sus caídas; ¡sustancia divina que sostiene el espíritu y lo nutre cuando sano, y le sirve de eficaz medicina cuando enfermo!» (VD, p. 215. Vid. nota 34).

<sup>153</sup> THJ, p. 363.

<sup>154</sup> Esa posibilidad de intervención biojurídica directa está ya señalada: «Hoy no es lícito ya dudar de que si pudieran aplicarse los procedimientos de la selección artificial a la especie humana, el derecho, la ciencia, y en una palabra, la humanidad, progresarían mucho más rápidamente que al presente» (THJ, pp. 205 s.).

<sup>155</sup> VD, p. 235. «A tal capacidad, tal poder; si la capacidad es nula, el poder de obrar lo es igualmente, y la vida de la persona es regida por representación necesaria, llámese patria potestad o curadoría en el individuo, dictadura en la sociedad...» (THJ, p. 120).

resumirla en sí como representante central y unitario que es de todo el Estado [...]. Históricamente se ha dado a esto el nombre de *dictadura* (tutelar) ...»<sup>156</sup>.

Pero la interrupción no es sino resincronización *normal* o *anormal*, en un caso obra de la espontaneidad de la costumbre jurídica, en el otro de la violencia de la dictadura tutelar, resultando casi irrelevante la distinción entre la espontaneidad de la una y la artificialidad de la otra, pues ambas determinan un estado excepcional; más allá, ambas caen dentro de la ambigua lógica de la 'suspensión' que hemos descrito: borran o interrumpen la propia borradura con la que pretenden borrar la interrupción entre ontología (esencia) y economía (hecho)<sup>157</sup>. Ese hiato entre potencia y actividad, entre capacidad y facultad, entre *auctoritas* y *potestas*, entre reino y gobierno, late como vacío en el que se abisma, en fatal sincronía, la actividad desligada:

«... ¿y cuando el mal alcance a los dos [a la comunidad y al jefe del estado] a un mismo tiempo? Para situación tan desesperada, y sin embargo, no rara en la historia hasta aquí, la ciencia política no tiene remedio: dos personas igualmente postradas y enfermas no pueden asistirse y medicarse mutuamente; la ciencia se cruza de brazos, impera el método expectante en todo su rigor, la enfermedad corre a cargo exclusivo de la Naturaleza. Si la fuerza interior plástica se trueca espontáneamente en medicatriz y puede más que la fuerza disolvente del mal, el Estado revive, se regenera, reanuda con nuevos progresos el curso interrumpido de su vida y el hilo roto de su tradición, testigo la Europa del siglo XVIII, librándose por sus propios esfuerzos de la lepra del absolutismo, antes que la revolución de Francia y las guerras del Imperio trastornasen e interrumpiesen la obra de la curación. Si, por el contrario, la transformación de la actividad no se realiza o es tan débil que se deja vencer al poder incontrastable de la dolencia, el Estado desfallece cada vez más, atrofiándose uno tras otro todos sus órganos, y acaba por morir, ejemplo triste y elocuente la Roma imperial...»<sup>158</sup>.

Universidad Pontificia Comillas (Madrid)  
vazquez@ch.s.upcomillas.es

JOSÉ MANUEL VÁZQUEZ-ROMERO

[Artículo aprobado para publicación en noviembre de 2009]

<sup>156</sup> VD, pp. 234 s. Hay que advertir que el concepto costista de 'revolución' es el de una revolución restauradora del *statu quo*, que remueve aquello que obstaculiza el mantenimiento del orden jurídico, y, por ello, proclive a derivar en su presunta fórmula opuesta, la dictadura: vid. COSTA, J., VD, p. 235, p. 270 (n. 104). Cf. VÁZQUEZ-ROMERO, J. M., «Dos en uno. El concepto de *estado individual* krausista y su relevancia biopolítica», en Íd. (Coord.), *Francisco Giner de los Ríos...*, pp. 55 s. (n. 69).

<sup>157</sup> Vid. nota 150. Cf., otra vez, G. AGAMBEN, G., *El Reino y la Gloria*.

<sup>158</sup> VD, p. 239.