

"Breve ensayo sobre las directrices del pensamiento filosófico-jurídico del racionalismo, idealismo y positivismo, para la formación del concepto del Derecho"

D

El pensamiento filosófico-jurídico ha experimentado a lo largo de la historia diversas corrientes de ideas que han influido profundamente en la formación del concepto del Derecho. Entre las más destacadas se encuentran el racionalismo, el idealismo y el positivismo. El racionalismo, que surge en el siglo XVII, se basa en la razón como fuente principal de conocimiento y en la búsqueda de principios universales y lógicos que fundamenten el orden jurídico. El idealismo, que surge en el siglo XVIII, enfatiza el papel de la conciencia y la moral en la formación del Derecho, considerando que el Derecho debe ser una expresión de los valores éticos y espirituales de una comunidad. El positivismo, que surge en el siglo XIX, se centra en el estudio del Derecho como un fenómeno social y empírico, rechazando cualquier fundamento metafísico o moral del mismo. Este ensayo analiza las directrices de cada una de estas corrientes y su influencia en la evolución del pensamiento jurídico moderno.

SUMARIO

I. Racionalismo. Su formación.

- a) Iusnaturalismo. Grocio y Hobbes.
- b) Racionalismo subjetivo y su integración a través de los principios de voluntad y libertad. Rousseau y Kant.

II. El idealismo

- a) El apriorismo (de Stammler.
- b) Tendencia formalista de Del Vecchio.
- c) Normativismo puro. Kelsen. Su superación por la teoría egológica de Cossio.
- d) El idealismo absoluto de Hegel.
- e) Posición ecléctica de Krause. Su influencia en España.
- f) El Derecho como fenómeno cultural.

III. El positivismo.

- a) El Derecho es un fenómeno de evolución social. La Escuela histórica.
- b) Movimiento de reacción contra la Escuela histórica. El positivismo jurídico. El fin del Derecho como regulador de la vida social. Teoría general del Derecho.
- c) El utilitarismo como precursor de la Escuela analítica y su repercusión en las doctrinas continentales.
- d) El Sociologismo jurídico.

Conclusión.

I.—RACIONALISMO. SU FORMACION

a) *Iusnaturalismo. Grocio y Hobbes*

DESDE que Aristóteles determinó con el más puro rigor doctrinal la existencia de un Derecho natural (1), sentó unas bases incommovibles que, en su devenir histórico, serían motivo de las más apasionadas especulaciones; las dialécticas más abstractas y empíricas de la Filosofía jurídica de trascendencia influjo en el pensamiento humano, tendrán su punto de partida en la delimitación que, tan acertadamente, estableciera el Estagirita; cierto es que, ya con anterioridad, los griegos habían precedido la existencia de un algo superior que regia por encima de los hombres, y de las pasiones de los dioses; no sólo el Universo, sino también el mundo del espíritu y de las ideas, por consiguiente tales imperativos innatos que, sin fuerza de obligar externamente, sometían la conducta de los hombres, hacia que, éstos, repudiaran los mandatos que, sin ser del todo injustos, se oponían a los establecido por Naturaleza (2), pero identificándola, en cierto modo, con la religión (3); la potestad de dictar normas los

(1) *Moral a Nicomaco. Lib. I. cap. VII.* «Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro y lo puramente legal es todo lo que, en un principio, puede ser indiferente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto».

(2) *Sofocles*, puso en boca de Antígona la célebre frase de que «por encima de tu decreto está la ley de los Dioses».

(3) *Aramburu. Filosofía del Derecho. T. I. pág. 44 y sigs., 1924. Cathrein. Filosofía del Derecho, trad. esp. pág. 164 y sigs. Madrid, 1945.*

legisladores, en sus primicias, era como un don concedido por la divinidad, que les hacía custodios de la ley eterna para proteger, premiando, y corregir, castigando (4); la virtud, es la suprema cualidad del hombre, enseñó Platón, y dentro de esa virtud se integran los principios cardinales de la justicia, que conjugados con la ley natural que domina el mundo, la hacen gozar de valor universal; si a ello se une la libertad, permitirá que obre conforme a la Naturaleza.

Las ideas de Sócrates, servirán a los estoicos de principios para sus axiomáticas reflexiones, llegando a extremos avanzadísimos, en relación con su época—, como a la negación más rotunda de la esclavitud que había encontrado su justificación, incluso, en Aristóteles, y esta posición la dedujeron de la propia independencia del hombre, por derivación de la Ley racional; abiertamente contra esta doctrina, se alza la escuela epicúrea, que niega la sociabilidad del hombre; entre éstos, no puede existir más que una lucha permanente, a través de este estado antisocial, de común acuerdo, celebran un pacto de utilidad que salvaguarde sus propios intereses; el Derecho, para Epicuro y sus seguidores, es un pacto, producto de la voluntad que tiene como secuela el Estado, guardador y depositario del acuerdo.

Estas posiciones han de tener eco en el decurso de los siglos, y así, mientras las directrices marcadas por Sócrates, Platón, Aristóteles y los estoicos, culminarán en un Derecho natural cristiano, la doctrina de los epicúreos de matiz protestante encarna el iusnaturalismo, en su derivación posterior del racionalismo subjetivo puro.

Lo mismo que puede decirse de las cosas que precisan distinguir entre las que por su naturaleza son mudables y

(4) La idea griega basada en la distinción entre *justo e injusto* se extendió entre los sofistas como lo justo por ley y lo justo por naturaleza, si bien no fué plenamente aceptado como criterio distintivo, ya que, lo justo natural, en este caso, tendría una equivalencia con la igualdad. Sócrates, filósofo idealista por excelencia predicó contra esta posición, en razón a que esa igualdad sólo existía en lo referente a la obediencia que a las leyes se debía, fueran buenas o malas, y fué víctima de sus propias convicciones, dando con ello un mentís a la negación sofista.

las que, sin serlo naturalmente, se hacen mudables por efecto de la ley y de nuestras convenciones, igual sucede con los derechos que no son naturales y que son puramente humanos, no son en todas partes idénticos (5).

La influencia del pensamiento heleno en Roma, toma vigor en Cicerón, quien a pesar de ser catalogado en una posición ecléctica, y de haber gustado de las principales tendencias filosóficas, no es óbice para que se sintiera influido por su maestro, el estoico Posidonio. El jurista romano, nos habla de una razón no legal, y arrancando de la idea valorativa de la justicia distingue dos esferas: lo justo legal y lo justo racional. Hay un Derecho natural, otro consuetudinario inspirado en la utilidad, y un tercero que es el positivo, encarnado en las leyes de los hombres; Derecho natural fundamentado en la virtud; en su ámbito se desenvuelven la religión, la piedad, la verdad, etc..., por ende nunca será sólo la razón, tiene raíces más profundas, es virtud, pero virtud común a todos los hombres, no nace de la civilización, del simple análisis del acto o hecho, sino que pertenece exclusivamente al hombre porque ha nacido con él, tiene un valor innato; Derecho natural, por tanto es: «aquel Derecho o aquella virtud que acompaña al hombre y la caracteriza inclinándole a realizar determinadas acciones, virtud congénita que va como pegada a la naturaleza humana, siendo a la vez determinante de la misma». El Derecho natural para Cicerón, no es lo mismo que para Ulpiano, para el primero es, lo que la naturaleza enseñó a todos los hombres (6), para el segundo lo que la naturaleza enseña a los animales, no es propio del género humano (7).

No se puede sostener que la concepción ciceroniana del Derecho natural sea similar a la aristotélica, puesto que si

(5) *Moral a Nicomaco*. Aristóteles, tomando como punto de partida la existencia de un Derecho natural, idéntico en todas partes, le permite discernir entre lo injusto legal y lo injusto absoluto, con relación a lo justo en estas dos categorías; lo injusto, propiamente dicho, es repudiado por naturaleza. V. VII.

(6) *De re publica* III. 17.

(7) *Digesto* I, 1, 3, §= *Instituta* 1, 2: «ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium...».

ambos coinciden en admitir la coexistencia, a la par, con el Derecho positivo, para el pensador griego su contenido viene dado por la razón experimental, es una «ratio humanis»; para el romano, hay que situarlo por encima de las leyes, las regula y da valor, son normas, en tanto y cuanto, entre ellas, se dé una correlación, más aún, una supeditación al Derecho natural. Los romanos no aceptaron la idea de un Derecho natural —que al sentir de Gayo, es propiamente «ius gentium» (8)— a la manera de los griegos, hasta la época justiniana (9); pero ello no obsta para que, además de Cicerón, algunos juristas se identificaran con el pensamiento heleno (10); hoy en cambio es admisible, habida cuenta que se concede valor científico a la tricotomía distintiva entre Derecho civil, natural y de gentes, pero no en el sentido derivativo, sino con propia existencia.

Es el cristianismo el que, en todos los órdenes del Universo, señalaría una nueva era, su influjo imprimió nuevos derroteros a la Filosofía en general; la revalorización del concepto del hombre, y su significado, marca una trayectoria hacia su fin último y verdadero; los principios teológicos se integrarán en el Derecho y éste no es sólo producto de la razón, aunque ella se encauce en el Derecho natural, el Derecho dinamiza de la voluntad de Dios, como mandato suyo, su fundamento es eterno; la Patrística, y posteriormente la Escolástica formulan un nuevo concepto del Derecho; la primera, representada principalmente por San Agustín; la segunda, encarnada en Santo Tomás, delimitan su verdadero contenido y alcance.

El hombre es ser social porque sólo en lo social puede lograr su ser pleno, porque su esencia es un ser con los otros

(8) *Instituciones*. Trad. D'Ors. Comentario 1.º «...el que la razón natural establece entre todos los hombres, se observa uniformemente por todos los pueblos, y se llama derecho de gentes». Madrid, 1943.

(9) *Alvarez Suárez. Curso elemental de Derecho romano*. Fasc. 1.º, página 84. Madrid, 1948.

(10) *Paulo. Digesto* I, 1, 11.

y porque sin los otros no sería posible su vivir, su ser (11); necesita de la sociedad, mas sólo es posible en la paz, producto de la concordia que se logra de verdad solamente en el amor; en esta vida de relación social es donde nace el Derecho, pero adecuado al sentir humano, derivado hacia la finalidad última y consecuente; la ley universal y eterna es innata en los hombres, de aquí que, no tenga cabida en su órbita, ni el «voluntarismo», ni el «intelectualismo» (12). Esta sociedad agustiniana se funda, en el amor, de ahí que, todo pacto social, y su idea, se forje en el hombre exclusivamente; toda interpretación contraria es errónea, supone prescindir del fin primordial que los seres han de perseguir en todo momento. Una cosa es Derecho, y otra pacto, aquél tiene como autor mediato a Dios, inmediato al hombre, en tanto que el pacto es consecuencia de la voluntad concorde de los hombres.

Se afirma en vano, por algunos pensadores, que Santo Tomás, principal representante de la Escolástica ha recogido tan sólo la doctrina de Aristóteles llevándola al terreno de la dogmática cristiana; la puerilidad de tales argumentos cae por su propia base, puede afirmarse que el Santo es el filósofo clásico por antonomasia, y en este aspecto podría equipararse el Estagirita quien reúne todas las características inherentes a estos filósofos, pero existe un punto en que, incluso en clasicismo, Santo Tomás le aventaja; en la concepción que Aristóteles remata en sus doctrinas acerca de la realidad total, hay una laguna; el concepto de Dios en el pensador griego no es un concepto tan acabado como el concepto de Dios en el Doctor Angélico, y es que éste admite y recibe el auxilio sobrenatural de una fuente de conocimiento que el heleno desconocía; el auxilio sobrenatural

(11) Fernández Miranda. *El pecado como concepto fundamental en el problema justificativo del Derecho y el Estado. (El pensamiento agustiniano y el problema deontológico del Derecho)*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, n.º 13, pág. 138, 1943.

(12) Truyol Serra. *El Derecho y el Estado en San Agustín*, página 82, Madrid, 1944.

de la revelación, con la que hubiera podido perfeccionar totalmente su conocimiento de la realidad. El problema del ser aborda el Santo al decirnos que, el ser, es un término análogo, es decir, no unívoco ni tampoco equívoco; «el problema de ser, —afirma García Morente (13), su actitud ante él—, definirá, todo el pensamiento, toda la personalidad, todo el estilo de un filósofo». La tripartización de la Ley, en mundo de los seres; natural, en cuanto implica una participación de la eterna en la criatura racional, y que conoce a través de su propia razón; y por último, de la ley humana cuyo autor, el hombre, en su aplicación particular de la ley natural al hecho que aspira a reglamentar; tal criterio distintivo, servirá de módulo para todos los conceptos especulativos que se vinieron haciendo en el decurso de los tiempos, incluso por aquellos que adoptaron posturas contradictorias.

El hombre tiene un fin que cumplir y su conducta ha de estar encaminada hacia él; dispone de razón y voluntad, de la conjunción de estos dos elementos, nace el libre albedrío como facultad propia del hombre, el fin de uno es idéntico en los demás, converge en Dios. El Derecho natural gravado en el corazón de los hombres es igual para todos, inmutable, su derivación a la ley humana se verifica «*per modum conclusionum*» o «*per modum determinationis*»; aquél dimite de los primeros principios, éste en cuanto lo particular deriva de lo general. La idea de justicia, la toma de Aristóteles y distingue entre lo justo natural y lo justo legal, formulando una **completa definición** (14); el Derecho es el objeto de la Justicia, y goza de sus propiedades, por tanto será racional, siendo susceptible de adaptarse a los principios de Derecho natural; del acuerdo entre los hombres, surge el positivo. La decadencia de la Escolástica sigue muy de cerca a su apogeo, —con la salvedad de los teólogos y juristas españoles—,

(13) *Introducción a la Filosofía*, pág. 113. Madrid, 1949.

(14) «*Justicia, perpetua et constantis voluntas est ius suum unicuique tribuens; vel, est habitus secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit; vel, est habitus secundum quem aliquis dicitar operativus secundum electionem iusti. Proprius actus iustitiae nihil aliud est quam reddere unicuique quod suum est*». *Summa Theologica*, II. II. q. 57-58-61.

e influyen en ello dos órdenes de causas, de carácter intrínsecas y extrínsecas; las primeras debidas, entre otras, a la desaparición de las grandes figuras que aportaron su esfuerzo a la elaboración de una síntesis doctrinal, que hizo perder originalidad a las polémicas dialécticas, las segundas por el relajamiento que se observa en los estudios de las Universidades, a lo que se une la intromisión de nuevas corrientes filosóficas (15). El análisis uno por uno de los factores determinantes, harían interminable nuestro propósito; pero no podemos sustraernos a unas esquemáticas pinceladas a lo que, como factor primordial, motivó en esta época unas nuevas directrices del pensamiento humano: el Renacimiento; ¿qué es el Renacimiento? ¿qué representa este movimiento en las nuevas concepciones de la vida? Se trata de una nueva concepción del Universo que, necesariamente, ha de influir en todo lo demás. Tras diez siglos de eclipse, la cultura y el arte antiguo vuelven a dominar en Europa, por todas partes se estudian los modelos clásicos, Artes, Filosofía, Derecho, Instituciones políticas; los Pontífices llenan el Vaticano de estatuas y pinturas de los Dioses paganos, Italia se puebla de academias platónicas se produce el fenómeno del Humanismo que da lugar a la formación de un hombre nuevo, como toda revolución ideológica, un hombre sin frenos religiosos y una vitalidad desbordante que se cree a sí mismo centro del Universo y para quien, las instituciones medievales, son absolutamente inadecuadas, las ingenuas concepciones geográficas de la Edad media, como más tarde las astronómicas, se hundieron y con ellas toda la organización feudal; era de todo punto imposible llevar esta organización a las nuevas tierras descubiertas, el tipo humano de los conquistadores españoles constituye también un nuevo fenómeno; con el descubrimiento de América los metales preciosos abundan y ya no es necesario pagar con tierras en feudo; coincidiendo con el arte y prosperidad económica de las ciudades, surge la economía dineraria y con ella una nueva clase social

(15) Sancho Izquierdo. *Principios de Derecho natural*, pág. 250 y siguientes. Zaragoza, 1946.

antes inexistente: la de los burgueses, ricos e independientes, muy distinta de los antiguos villanos, estos burgueses que, siglo más tarde reclamarían para sí las riendas del gobierno, obedecían exclusivamente al monarca, no estaban vinculados al señorío feudal; en determinadas ocasiones los reyes acudieron a ellos en demanda de ayuda económica que obtuvieron a cambio de extraordinarios privilegios; este auge de las ciudades y su nueva clase social coadyuvaron a derrotar al feudalismo dejando paso al Estado moderno, la fatiga medieval, la toma de Constantinopla por los turcos, impuso a Europa un nuevo concepto de la vida, el individuo se independiza y adquiere un valor por sí; todo ello es causa del Renacimiento que, es, ante todo, el estudio de los modelos de la antigüedad: Grecia y Roma, pero adaptados a nuevas corrientes.

No podemos tampoco omitir la debilitación de la Iglesia, motivada por causas internas y externas, destacando, entre las primeras, la indudable relajación de su disciplina que precisa drásticas reformas, como las llevadas a cabo por San Bernardo de Claraval, Cluny o Cisneros, pero aún a su pesar, la Iglesia de Gregorio VII, grande, omnipotente y dogmática, rígidamente austera y santa, a la Iglesia del Renacimiento, admiradora del arte pagano y de sus costumbres, hay un abismo; por otro lado, el movimiento Conciliar con la pretendida democratización de la Iglesia más que fortalecerla la debilitó, se pretendía limitar los poderes del Papa, semejantes a los de un Rey constitucional, y que el Concilio, como el Parlamento en el sistema secular, gozase de una autoridad superior a la suya; autores de tanta influencia en el seno de la Iglesia, como Gerson, canciller de la Universidad de París, el Cardenal Nicolás de Cusa, y Eneas Silvio, más tarde Papa con el nombre de Pío II, defendieron estas ideas que originaron ciertas disensiones en la Cristiandad; el famoso Decreto del Concilio de Constanza, 1414-1417, que afirmó la autoridad de los acuerdos del Concilio sobre la del Papa, puede considerarse como el documento oficial más revolucionario que ha existido en la historia del Mundo. En el aspecto externo, la Reforma romperá la unidad de la Iglesia, recabando la autoridad del Concilio, Lutero, Melanchthon, Zwin-

glio y Calvino, fueron tan reformadores religiosos como políticos, y pese a la Contra-reforma española —indebidamente negada por Wantoch y Kemperer— como contrarrevolución religiosa, aparecieron nuevas formas políticas, fundamentadas en el origen del poder temporal, independientemente del Pontificado; así, Suárez y Bodino, coincidirán muchas veces, en sus estudios sobre la soberanía, derivando, posteriormente, estas tendencias en lo político, en el origen del Estado como producto del pacto o contrato social.

Junto con los nuevos derroteros políticos, la retroacción al estudio de las teorías paganas, inducirán al hombre hacia una nueva manera de pensar individualista, su razón se convertirá en epicentro de su pensamiento, el «conócete a ti mismo», incitará su soberbia, haciéndose dueño y señor de sus propias ideas, por lo que estima preciso desligar su razón de la «ratio divinae», y abandonadas por él las concepciones cristianas, a las que gustosamente sometió su espíritu, le llevará a enfrentarse con su Dios.

La separación entre Derecho y Teología, obra de Grocio, será el primer ensayo para la posterior delimitación, por Thomasio, entre Moral y Derecho; la secularización del Derecho natural, fundamentado en la razón, deriva de Dios, pero por ser inmutable, ni siquiera el Sumo Hacedor puede cambiarle, es decir, subsistirá sin la existencia de Dios, la naturaleza social así lo exige; el Derecho natural se puede conocer bien «a priori», según se dé o no la conformidad con la naturaleza racional, bien «a posteriori», a través de la aceptación de lo justo; el Derecho natural es asequible, en una u otra forma, a todos los hombres; de un lado su naturaleza social y de otro su propia razón, permite construir su concepto como: «*lo que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable del hombre*» (16).

(16) «Ius naturale est dictatum recte rationis indicans alicui actui, ex eius convenientia aut inconvenientia cum ipse natura rationali ac sociali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab autore naturae, De o, talem actum vetari aut praecipere». *De iure belli ac pacis*. Lib. I, cap. 1.º, 10. trd. inglesa F. W. Kelsey-London, 1947. Hay versión española en cuatro volúmenes, editado por Reus, de Jaime Torrubiano, Madrid, 1925.

Con estas bases rompe el molde tradicional en el que se encuadraban las especulaciones en torno al Derecho natural, razón por la que no ha faltado quien lo calificara como el padre del Derecho natural, y fundador de la moderna filosofía jurídica, como igualmente del Derecho Internacional. Grocio había asistido, en sus días, al hundimiento definitivo del Imperio (como aspiración a una monarquía universal y a la universalidad ecuménica de la Iglesia católica, atacada por las diversas sectas protestantes; Europa vivía en estado de guerra permanente; establecer unos principios universales por encima de las nacionalidades en lucha, un Derecho de gentes, fué la labor a que se dedicó Grocio, y la que le reservó un puesto preminente en la historia de la humanidad. Grocio defiende la existencia de un sistema universal de justicia; el Derecho no nace sólo de razones de conveniencia y utilidad, sino por otras más altas que se derivan de la naturaleza de las cosas y obligan a los pueblos lo mismo que a los hombres; ello le lleva a distinguir entre Derecho natural, y positivo y voluntario; la sociabilidad del hombre, vinculada a su naturaleza originará el pacto o contrato que necesariamente ha de observar, la comunidad lo constituye para la conservación, abandonando de esta manera la doctrina escolástica que señala al hombre un fin superior y trascendental; Grocio no concede extrema importancia a la teoría del contrato social, al modo de Hobbes o de Locke, la idea del contrato es utilizada por el holandés más que nada para demostrar que existe en el pueblo la obligación perpetua de obediencia al soberano, de esta suerte el contrato social es casi una presunción «*iuris et de iure*», por la cual la obra de los gobernantes se supone consentida por los súbditos, Grocio llega más allá que Hobbes y Espinoza, y declara a modo de postulado «*iuris naturæ est stare pactis*» el Derecho natural es someterse al pacto. «La doctrina de la escuela de Grocio encierra grandes equívocos y antigüedades, —ha escrito el maestro Castán (17)— afirma la existencia de un Derecho natu-

(17) *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*. Revista de Legislación y Jurisprudencia. Septiembre, 1947, separata pág. 29,

ral sugerido por la razón, pero introduce en él tales ingredientes *contractualistas* y *empíricos*, que, en definitiva, el Derecho (más que de la razón, se deriva de datos de experiencia sensible, extraídos, por cierto, con criterio parcial, de la contemplación de las manifestaciones primitivas y más rudimentarias de la psicología humana. Tratando de buscar el fundamento del Derecho en la naturaleza humana, piensa esta escuela —y ello constituye acaso su principal defecto— que para apreciar dicha naturaleza en su estado puro, sin aditamentos artificiales, hay que despojarla del lastre que le dejó la civilización y la historia, hasta restituir al hombre en estado de naturaleza».

Si la sociabilidad es el contenido del Derecho natural, no tendrá otro objeto que salvaguardarla y garantizarla, lo que inexorablemente hace destacar su carácter utilitario, dado que, si los hombres, por pura necesidad se constituyen en comunidad, aún conservando —como Grocio sostiene (18)— los principios de libertad e igualdad, el motivo que lo impele se identifica con el egoísmo, y el «*pacta sunt servanda*», carece de consistencia, su inviolabilidad no estará en razón proporcional a su función, sino en conveniencia pura del hombre que se autolimita, con respecto al pacto, en lo que puede interesarle a lo particular, no a lo general, pudiendo desligarse, impunemente, (en caso contrario; el orden jurídico a que aspira el pensador citado se asienta sobre la voluntad del hombre, con la sola limitación que puede encontrarse en su doctrina sobre la soberanía, tomada de Suárez y Bodino.

La doctrina de Grocio es llevada por Hobbes a sus últimos extremos, partiendo de un principio diametralmente opuesto, el hombre no es sociable por naturaleza «*homo homini lupus*», sobre esta insociabilidad imagina un estado primitivo de lucha permanente «*bellum omnium contra omnes*», y en este primer estadio no puede existir el Derecho, es preciso que los hombres salgan del estado anárquico en que se

(18) Su definición del Estado lo evidencia, al considerarlo como: «*comunidad perfecta de hombres libres que tiene por objeto la regulación del Derecho y el bienestar común*».

encuentran, y para ello no disponen de otro medio que el de un contrato social, donde renuncien expresamente a todos sus derechos, constituyendo un poder soberano que socialice al hombre; Estado y Derecho son necesarios, aquél para agruparlos en un conjunto armónico, éste como potencial que haga cesar esa lucha motivada por el egoísmo; de esta manera puede encontrar protección y tutela jurídica que garantice su propia existencia; pero este contrato social no es sólo producto del egoísmo, sino también de la utilidad.

La renuncia de sus derechos por los individuos en favor del poder soberano es, en Hobbes, absoluta; así como Grocio admite una variedad infinita de formas de pacto, y la cesión de todo derecho individual es sólo una de ellas, para Hobbes, en cambio, esta dejación plena es consecuencia de una razón objetiva, si bien no tan ilimitada como en Espinoza, para quien el hombre no tiene otros derechos naturales que los que el Estado le concede; Hobbes no acepta plenamente el Derecho natural, porque si existiera cada individuo podría interpretarlo con arreglo a su voluntad, en esto Espinoza se acerca al pensador inglés, identificando el Derecho natural con el poder físico que, en definitiva, equivale a la pura y simple negación del mismo.

La definición del Derecho (19) la concibe Hobbes como una exigencia moral, su necesidad de adecuarlo hacia una tendencia natural, precisa de su renuncia, «*ius omnium in omnia*», para poder construir un verdadero concepto que limite tanto las libertades políticas, como las jurídicas, de manera que, el poder soberano, pueda tutelar jurídicamente los principios rectores que le inspiran, y así hacer y rogar las leyes, colocándose siempre por encima del Derecho dictado (20); la Justicia será la que decrete el gobernante; con estos axiomas, el Derecho, queda despojado de sus atributos más esenciales.

(De cive. I, 2, 1: «*Dictamen rectae rationis circa ea, quae agenda vel omittenda sunt ad vitae membrorumque conservationem*». Trad. N. Bobbio. Torino, 1948.

(20) «*Ius omnium in omnia retinendum non esse, sed iura quedam transferenda vel relinquenda*». De cive I, 2, 3. Trad. cit. de Bobbio.

Con criterio armonizador Pufendorf, aspira a establecer una relación entre las doctrinas de Grocio y Hobbes; del primero acepta la naturaleza social del hombre, su propio interés (Hobbes) le impulsa a la creación del contrato social, a través del que persigue la constitución del Estado como medio político que garantice la seguridad de la comunidad (21). Al igual que Grocio, estableció la distinción entre Teología y Derecho, porque creía que, el Derecho, es en conjunto de normas dictadas por los órganos soberanos y éstos carecen de todo contenido teológico; de ahí la separación entre Derecho natural y positivo, pero tal separación no en sentido absoluto, sino más bien de supeditación por cuanto el Derecho natural ha de marcar las directrices al Derecho positivo. Se ha considerado a Pufendorf, como el autor más representativo de la Escuela de Derecho natural, si bien en su cargo se anota la carencia de originalidad, que mereció las más duras críticas, especialmente de Leibniz.

En este bosquejo que nos hemos permitido hacer, apuntábamos al referirnos al pensamiento griego, que la doctrina de los epicúreos, en contra de los estoicos, tendría repercusiones posteriormente, o dicho de otra manera, el origen de los principios en que se funda la escuela del Derecho natural protestante, vería en ellos su antecedente; y así, es un hecho cierto que, entre aquellos filósofos y los encuadrados en esta posición, no medía otro plano que el aludido al referirnos al Renacimiento; las causas que unirán a los hombres para concertar un pacto social, serán siempre motivadas por un interés o más propiamente en razón a su utilidad; la deformación de los conceptos inmutables que nos legara la Escolástica, no perdieron valor, aunque sí actualidad, en la época en que estos pensadores desarrollan sus teorías; buena prueba de ello es el resurgir del Derecho natural y la revalorización de su concepción clásica.

Las principales directrices de la Escuela insnaturalista, según Luño Peña (22), se pueden reducir a cuatro: 1.º La

(21) *De Iure naturae ac gentium*. VII, 2, 13, trad. Almisi. Venecia, 1.757 vol. 1.º

(22) *Historia de la Filosofía del Derecho*, pág. 548. Barcelona, 1955.

naturaleza humana, como fundamento del Derecho; 2.º *El estado de naturaleza*, como supuesto racional para explicar la vida social; 3.º *El contrato social*, para justificar el origen del Estado y del Derecho; y 4.º *Los derechos naturales*, innatos inviolables e imprescriptibles del hombre y del ciudadano. A ellas, añadiríamos una quinta, que se caracteriza por la *razón humana canalizada por el empirismo* como elemento discriminador del Derecho y de la Justicia.

b) *Racionalismo subjetivo y su integración a través de los principios de voluntad y libertad. Rousseau y Kant.*

El movimiento espiritual del siglo XVII brota de la filosofía y de la física. El Renacimiento y la Reforma habían preparado el terreno derrocando las autoridades y sistemas políticos de tiempos anteriores, y, especialmente, el poder exterior de la Iglesia Católica; pero ni el Renacimiento, compenetrado con finalidades humanistas y artísticas, ni la Reforma orientada en sentido exclusivamente religioso, han sido precursores del racionalismo, si la razón había de dominar, era imposible que el arte o la religión determinasen los cauces de la vida.

Lo que desde finales del siglo XVII conduce a una transformación de todas las concepciones en el sentido creciente de la realidad, el aumento de las experiencias sobre la naturaleza, el sentido crítico desenvuelto en la investigación; así el italiano Galileo destronó a la tierra como centro del Universo y la redujo a un modesto eslabón en el sistema cósmico; el alemán Kepler, descubrió las leyes del movimiento planetario; el inglés Bacon señaló la ciencia de la naturaleza y el método de la experiencia como principio de todas las disciplinas; el francés Descartes indicó el punto de partida racional para toda existencia humana, con su «*cogito, ergo sum*»; el inglés Newton, estableció la ley de la gravitación universal como fuerza básica del cosmos, completando las obras de Galileo y Kepler, penetrando como nadie en las

leyes del mundo celeste; el alemán Leibniz, fijó en la «*mónada*» el último elemento de toda la vida sobre la tierra con su fuerza o energía, y expresó con ello la unidad del conjunto natural. Todo esto, conseguido en pocos decenios, constituyó un progreso extraordinario del conocimiento derivado de la experiencia, una ilustración de índole verdaderamente revolucionaria, una liberación para el hombre que, hasta entonces, había creído hallarse en el Centro del Universo. La necesidad de iniciar la filosofía por la teoría del conocimiento radica en la esencia misma del idealismo, pero desde el punto de vista cartesiano que predomina en el momento de aparición de John Loke, quien arranca precisamente de él planteándose el problema metafísico como problema de conocimiento, al que trata, como Bacon, por los métodos inductivos y de experiencia; Loke señala límites al entendimiento, rechazando la metafísica y aquellas ciencias abstractas que no se pueden tratar por la experiencia, niega rotundamente las ideas innatas, desde Platón universalmente admitidas; cuando fija los límites del conocimiento humano no lo hace con el sentimiento de humildad ascética de Pascal, ni con la renuncia de Kant, que sigue el deber inexorable de la razón, aunque su corazón se una a la metafísica; el inglés Locke lo hace con fines meramente utilitarios, con la conciencia de hallarse en plena armonía el «sentido común» con la «inteligencia normal», deslindando los límites del trabajo sólido y útil frente al trabajo aparente e inútil: así, el pensador inglés, completa a Bacon con Descartes, del que se apropia la idea inicial, pero del que rechaza las ideas innatas.

Tales son las causas del racionalismo que, partiendo de Inglaterra, originadas en Locke, durante el siglo XVII se extenderá más tarde, por Francia a través de Voltaire en el vehículo de Montesquieu y los Enciclopedistas; influyendo con posterioridad en Alemania y resto de Europa, engendrando, en el orden político, el liberalismo, la democracia, el libre pensamiento, la revolución francesa, sumiendo al Continente en este aspecto, en una profunda crisis que vino a repercutir, por derivación, en los momentos actuales.

Las dos figuras de máxima importancia, dentro del racionalismo, que encarnan el subjetivismo jurídico, las en-

contramos en Juan Jacobo Rousseau y en Kant. Así como la razón humana puede llegar a través de su individualismo y libertad a tener una intervención en la política de la comunidad, no menos cierto es que, en el orden jurídico, es un factor determinante de su construcción en virtud de su propia libertad. Tanto en su «Discurso sobre la desigualdad», como en su continuado «Contrato Social», Rousseau levanta un holocausto a los principios de libertad e igualdad; es preciso hacer constar que, en el «Contrato Social», no aspira su autor a justificar históricamente el origen del Estado, sino indicar cómo debe ser constituido el orden jurídico; para Rousseau el Contrato es, en suma, un postulado de la razón, una verdad, no histórica, sino normativa o reguladora; no se puede cometer mayor error que interpretarlo como un relato histórico, o criticarlo como tal. Rousseau parte de un estado ideal de naturaleza donde el hombre es completamente libre por su nacimiento, primer postulado que supone la existencia de dos estados, uno en el que se siente prácticamente feliz, y otro en que ese mismo hombre se encuentra encadenado; ¿cómo se produjo el tránsito?, el mismo autor confiesa desconocerlo (23), sólo puede redimirse por medio del pacto, pero debe procurar que no destruya su libertad innata (24), de manera que, su contenido, ha de ser determinado «a priori»; defiere de Hobbes, en cuanto según el pensador inglés, enajenados los derechos al soberano, no existe posibilidad de recuperarlos, e igualmente de Grocio en tanto no tiene un contenido arbitrario, sino más bien una exigencia deontológica, conservando el individuo dentro de la comunidad, además de sus derechos, su completa libertad.

El Derecho natural existe por la propia naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas, pero, sin embargo, en definitiva lo pospone al convenio, y para su validez precisa la fortaleza de un derecho positivo,

(23) *Del contrato social*. I, 1, trad. esp. Antonio Zozoya. Madrid, 1899.

(24) *Ibid.* I, IV.

a fin de que la justicia pueda realizar su objeto (25), con lo que, prácticamente, niega la existencia del Derecho natural, al menos con fuerza vinculante. Los postulados jurídicos de Rousseau, son inadmisibles en buena doctrina, desprovistos de fundamento moral, el Derecho se convierte en inexpresivo, frío, a merced de la voluntad general —cuyo concepto no está muy delimitado, con respecto a la voluntad de la mayoría— que es su único objeto, y tomándola como base íntegra en ella la razón y la Ley, aquélla, en cuanto motiva a la formación de una comunidad política, ésta, en tanto es objeto del Derecho.

La teoría del contrato social, inspiradora de los Estados liberales, se ha traducido —según Luño (26)— en leyes positivas que proclaman la soberanía del Estado: a) en materia religiosa, estableciendo el dogma y el culto con independencia de la Iglesia; b) en la enseñanza, como misión y derecho exclusivo del Estado; c) en la limitación del derecho natural de asociación; d) en la regulación de las leyes fundamentales de la familia, por entender que los hijos pertenecen también al Estado; e) en la reglamentación del derecho de propiedad individual; f) en el intervencionismo progresivo en todas las manifestaciones de la actividad ciudadana, con evidente olvido y menosprecio de la iniciativa privada.

El ideal del racionalismo consiste, principalmente, en que

(25) *Del contrato social*, lib. II, cap. VI: «Lo que es bueno y conforme al orden es tal por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia procede de Dios. El sólo es su fuente; pero si supiéramos recibirla de tan alto, no necesitaríamos gobiernos ni leyes. Sin duda es una justicia universal emanada de la razón, pero para ser admitida entre nosotros debe ser recíproca. De considerar humanamente las cosas, desprovistas de sanción natural, las leyes de la justicia son vanas entre los hombres; no producen sino el bien del malvado y el mal del justo, cuando este las observa en todo el mundo sin que nadie las observe con él. Son, pues, precisas convenciones y leyes para unir los derechos y deberes y referir la justicia a su objeto. En el estado natural, en que todo es común, nada doy a los que nada he prometido, no reconozco cont. de otros, sino lo que me es útil. No sucede esto en el estado civil, en el cual los derechos todos se fijan por una ley». Trad. esp. cit. pág. 42.

(26) *Historia de la Filosofía del Derecho*. Pág. 563. Barcelona, 1955.

el conocimiento humano llegue a estructurarse del mismo modo como pueden estarlo las ciencias físico-experimentales, el racionalismo de Leibniz, es una metafísica espiritualista que nos representa al Universo como conjunto de «mónadas», sin llegar a desarrollar, sin poder dar fin, a su pesar, a la actitud idealista cartesiana; será Kant el que termine el ciclo iniciado por el filósofo francés, cerrando así un período de la historia de la filosofía, pero no a modo de colón, sino para continuar, o, aún mejor, iniciar a su vez una nueva etapa. Cuando el filósofo de Königsberg, hizo su aparición en el campo de la especulación, tres grandes corrientes se debatían en el siglo XVIII; el racionalismo de Leibniz, el empirismo de Hume y la ciencia positiva fisicomatemática de Newton; recogiendo en su inmensa capacidad creadora, las tres concepciones ideológicas mencionadas, formula su filosofía de enorme trascendencia en el mundo jurídico. La teoría kantiana, al igual que Descartes y Leibniz, arranca del conocimiento, pero se separa de ellos en que no se sustenta en una abstracción, sino de la ciencia fisicomatemática; para él es prácticamente un hecho, una realidad, es lo que denomina, «el hecho de la razón pura».

Se ha dicho que con Kant, el movimiento iniciado por la Escuela protestante del Derecho natural, toca a su fin; las ideas renovadoras cimentarán la filosofía moderna sobre sus sólidos argumentos. Es curioso que en Kant, se produce el hecho paradójico de que: «haya sido precisamente la tradición kantiana el obstáculo mayor para el entendimiento de su teoría jurídica» (27). Su famosa definición del Derecho como: «*el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley general de libertad*», tiene su origen en la fórmula cono- cidísima del imperativo categórico o sea la ley moral univer- sal, que establece: «*Obra de manera que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley uni-*

(27) González Vieen, en su prólogo a la «*Introducción a la teoría del Derecho de Kant*». Pág. 22, editada por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

versal», de donde se explica la necesidad sentida por Kant de expresar la ley moral que aclare, por un lado, su fundamento, y por otro, la voluntad pura; esta concepción la resuelve distinguiendo entre autonomía y heteronomía de la voluntad, aquella se dará por su propia ley, ésta cuando recibe pasivamente la ley de algo o de alguien que no es la propia ley; los principios de moralidad se hallan en contenidos empíricos de la acción y por tanto resultan heterónomas, de ahí que se imponga buscar un tipo de acción a la que pueda adaptarse la conducta humana, y así formula su axioma de que, «una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno pueda conciliarse con la libertad de todos, según una ley general» (28), pero ello viene dado por una exigencia de la ética. La doctrina de Kant encierra un contenido voluntarista como idea rectora de orden ético, la libertad como derecho innato del hombre debe ser respetada, pero esta libertad se autolimita; no por su vinculación a la ley jurídica general, sino por la propia razón que nos obliga a obrar de tal manera que en el uso de nuestra libertad, termina donde empieza la libertad de los demás; pues bien, el hombre conociendo la libertad de los demás semejantes, el imperativo categórico, —producto de la razón—, le ordena respetar a los demás; así este imperativo se convierte en elemento primordial del Derecho; integrado en él aparece el otro elemento, la coacción como facultad, para ejercerla sobre quien viola la libertad ajena.

El Derecho se circunscribe a regular las relaciones externas de los hombres, haciendo posible la coexistencia de libertades. Admite, hipotéticamente, en sentido amplio, la existencia de un Derecho sin coacción; la equidad, y el estado de necesidad, calificando al primero como un Derecho sin coacción, y el segundo una coacción sin Derecho (29). La teoría kantiana, influirá notablemente en el pensamiento jurídico moderno, cuyas concepciones delatan la notable inspiración sentida; pero es curioso que, sus seguidores, de-

(28) *Introducción a la teoría del Derecho*. Trad. González Vicen, pág. 80.

(29) *Ibídem*, pág. 88.

forman en gran parte sus principios, originando una serie de controversias que concluyeron por admitir en su seno a varios detractores que, en definitiva, se convirtieron en acérrimos defensores del filósofo alemán. La ciencia jurídica alemana, se dejó arrastrar por la corriente de la filosofía crítica, y un sin número de pensadores han venido, especialmente en lo que va de siglo, a través de sus especulaciones, a resucitar con todo esplendor lo que podemos denominar filosofía jurídica kantiana que, en algunos momentos, llegó incluso a negarse su existencia; otros, recogiendo sus principios se han ido acomodando a conceptos particulares, que por mucho que encubran su procedencia, su contenido delata el punto de origen, hasta el extremo que, hoy día, giran las corrientes doctrinales entre el idealismo de Hegel y el criticismo de Kant.

II.—EL IDEALISMO

a) *El apriorismo de Stammler*

No en vano se ha catalogado a Stammler como la figura más representativa de los neokantianos, pero al igual que la mayor parte de los seguidores del genial filósofo alemán, se aparta en algunos puntos en los que se sustentan sus teorías, que tergiversa con criterio particular. Stammler culpó a Kant de no delimitar con precisión la antítesis entre idea y concepto de Derecho; como asimismo la distinción existente en su forma y contenido, girando todo su empeño en aspirar a cubrir este vacío u omisión tan trascendental para la formulación del concepto de Derecho; a pesar de su recriminación, no dudó en emplear, para esta finalidad, los materiales legados por el que fué, sin género de dudas, su verdadero maestro.

Sostiene Radbruch (30) que: «Stammler cree poder separar de modo tajante el concepto de Derecho, de su idea, derivando el concepto del Derecho sin referencia alguna a la idea concepto del Derecho. Ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el Derecho. Detrás de esta concepción del Derecho está la evidencia fundamental que en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existencia entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura; la idea del Derecho es un valor, empero, el Derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del Derecho. Este tránsito convierte a la Filosofía del Derecho en una Filosofía cultural del Derecho. La objeción de este moderno filósofo, a la doctrina de su compatriota no deja de tener ciertos visos de realidad, por cuanto precisamente el concepto nos viene dado en función a la idea, pero más es de aplicar a Kohler, que a Stammler, quien en la formulación de su doctrina estableció la separación referida al mundo de los valores.

Para Stammler el concepto del Derecho es: «*regla o modo del querer entrelazante, autárquico e inolvidable*». La descomposición, en parte, de sus elementos, para llegar al todo, nos aclara las bases en que se apoyó, que contiene algún que otro dato empírico. En efecto, lo que para Stammler supone un *modo del querer* no arranca de la propia naturaleza del ser como corolario del Derecho natural, sino de la voluntad individual; prácticamente, le conduce a la negación del Derecho natural; pero es que además, priva al Derecho de su contenido moral, habida cuenta que, el hombre, —factor individual— carece de valor real, y requiere las relaciones con los demás miembros de la comunidad, de donde nace esa

(30) *Filosofía del Derecho*. Trad. esp. 3.ª ed. pág. 38. Madrid, 1952.

vinculación *entrelazante*, que a su vez es *autárquica*. ¿Cuál es el significado de esa voluntad autárquica? Oigamos a Maravall que, con la claridad que le caracteriza, la expone en pocas y elocuentes palabras: «como la voluntad lo que hace es ligar la acción de unos individuos a unos fines cuando la decisión de esa conexión la lleva a cabo la misma voluntad imperante, es, además, autárquica, y no lo es cuando lo deja a la voluntad de los individuos vinculados. Sin entrar en la observación que hizo Mayer de que definir el Derecho, en ese sentido, es una forma «que queda en el misterio, mientras no se conoce la llave con la que se penetra en el edificio stammliano», es lo cierto que de esa voluntad, que no es autárquica, en definitiva, no queda nada, y, en efecto las reglas convencionales en Stammler son mera invitación; y ello se observa del mismo autor, cuando, incidentalmente, habla de que en ciertas prácticas sociales o convencionales, despliegan una presión más fuerte que la del Derecho» (31); plantea una doble interpretación, en el sentido de coactiva o meramente producto de los usos convencionales; sigue con ello sin resolver la incógnita. A dos problemas fundamentales, reduce Stammler, sus teorías: el concepto universal del Derecho, y a la idea de la Justicia; para abordar el primero es preciso delimitar su forma y contenido, y sólo así podrá obtenerse la verdadera ciencia del Derecho, pero ésta no puede adquirirse, como establecen los juristas, por la experiencia jurídica, ni tampoco deducirse de principios metafísicos ajenos a la experiencia; de esta manera se obliga irremisiblemente a sostener un criterio puramente formal; el Derecho será producto de un legocismo apriorístico.

El Derecho natural para Stammler, no es el Derecho natural inmutable, «no existe ningún precepto jurídico que por razón de su contenido pueda establecerse de una manera

(31) *Los fundamentos del Derecho y del Estado*. Pág. 151. Madrid, 1947. Vid. *Gómez de la Serna. Filósofos modernos del Derecho. Los neokantianos*. Anuario de Filosofía del Derecho, t. I. págs. 147 y sigs. Madrid, 1953.

absoluta» (32), tal afirmación es pura fórmula que ha sido utilizado Renard, diciendo que, su teoría, es: «la equivalencia a una botella vacía con hermosa etiqueta» (33).

La idea de la justicia en Stammler, tiene una significación formulista (34), no la considera como una realidad objetiva, sino como una idea de rectitud aplicada al querer entrelazante, a través de la comunidad de hombres libres que constituyen en sí, el ideal social (35), y dentro de ese ideal social podrá distinguirse lo justo de lo injusto (36). La idea de justicia con valor absoluto no puede determinarse fijamente en su contenido, porque: «no existe ningún precepto de Derecho que por razón de su contenido positivo sea firme *a priori*», en cambio en cuanto a su forma, sí es posible imprimirla su carácter de estable y permanente.

Certeramente el Profesor Galán, condensa la doctrina de Stammler, del siguiente modo (37): «El principal ideal de la justicia descubierto por Stammler, la idea del Derecho, como le gusta de decir, no es sino una forma *a priori* que necesita ser proyectada sobre su correspondiente material, la materia social de cada pueblo y de cada tiempo, es decir, un conjunto variable, contingente, condicionado *hic et nunc*, de aspiraciones, problemas y necesidades humanas. De esta síntesis entre forma y materia, de esta síntesis entre la idea del derecho y la mudadiza y contingente materia social, no puede resultar un sólo ideal jurídico, sino una variedad de ideales jurídicos; no un único sistema de derecho justo,

(32) Cathrein. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. página 146 y siguientes. Madrid, 1945.

(33) *Le droit l'ordre et la raison*, pág. 100. París, 1930 y en *La théorie de l'institution*. Sirey, pág. 67. París, 1930.

(34) Castán. *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español*; discurso de apertura de los Tribunales en 1946, pág. 32 y sigs.

(35) Vid *Cathrein*. Ob. cit. pág. 148 y sigs.

(36) Sancho Izquierdo. *El Derecho justo de Stammler y la Ley justa de Santo Tomás*. Rev. Universidad, pág. 49 y sig. Zaragoza.

(37) *La filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico*. Revista de Legislación y jurisprudencia, 1944, edc. separada. Pág. 22.

a tono con la inestabilidad y diversidad de las circunstancias de hecho que forman la materia social de cada tiempo que se ha de regular».

A estas concepciones stammlierianas se suma Lask, quien distingue dos manifestaciones del Derecho natural, el formal y el material, incluyendo dentro de la primera a la escuela católica, en tanto que la segunda se acerca a los racionalistas, pero en definitiva termina rechazando ambas posiciones, admitiendo sólo un Derecho natural orientado metafísicamente, que es el repudiado por la ciencia jurídica empirista.

La misión de la filosofía jurídica, es, pues, la indagación de un concepto filosófico del Derecho, la investigación de los últimos fines formales del Derecho, su supuesto en el dominio de los valores culturales, su influjo en la dirección de la vida y la determinación del lugar trascendental que corresponde al Derecho (38).

En nuestra patria, Roces formula su concepto del Derecho, similar al de Stammler, como «*la voluntad vinculatoria autárquica o inviolable*» (39). Sus características inciden en los mismos defectos señalados a Stammler; así como Lask, censura a éste y a sus seguidores, Radbruch les acusa de su acendrado intelectualismo, a cuya idea, someten todos los problemas de valor, como puramente gnoseológicos.

b) *Tendencia formalista de Del Vecchio*

El formalismo del ilustre pensador Del Vecchio no hay que incluirlo en las corrientes neokantianas (40), pues,

(38) Eustaquio Galán. Ob. cit. pág. 39.

(39) *El concepto del Derecho*. Revista general de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 412, Madrid, 1929.

(40) Muy discutida ha sido la filiación de tan acreditado filósofo: así, mientras Sancho Izquierdo (ob. cit. pág. 279); Recasens (*Los temas de la Filosofía del Derecho en su perspectiva histórica y visión del futuro*, pág. 30. Barcelona 1934); Ravá (*Il Diritto come norma tecnica. Diritto e Stato nella*

como él mismo declara (41), «estamos muy distantes del «formalismo», o sea del infecundo y ciego culto a los elementos extrínsecos con daño del *substrato real*, cuando hablamos de forma. Lo que nosotros consideramos es la *forma substantialis*, es la sustancia del Derecho lo que se obtiene por su concepto formal. Esta sustancia no es ciertamente visible ni tangible, sino puramente lógica, sin que por esto sea menos verdadera. Como toda universalidad, se refleja en la experiencia en una serie indefinida de casos singulares, y sólo se reduce completamente a unidad en el pináculo de la conciencia o sea en la pura razón».

La noción universal del Derecho tiene un carácter formal, anterior a la experiencia jurídica, por lo que es preciso apartarse del empirismo, y formularlo «*a priori*», distinto, como tal, de su contenido, sea empírico o trascendental. El Derecho expresa una verdad, no física, sino metafísica; representa una verdad superior a la realidad de los fenómenos, un modelo ideal que tiende a imponerse a esta realidad, es un principio de valoración práctica porque se refiere al obrar, a las acciones (42), de manera que denota en sí un criterio valorativo o normativo de los actos humanos conforme a un principio ético que constituye, precisamente, el campo del Derecho.

morale idealistica. Vol. 1.º, pág. 318. Padua, 1950) y López de Omaté (*Compendio de Filosofía del Derecho*. Pubblicazioni dell' Instituto de Filosofia del Diritto, pág. 176. Universidad de Roma, 1955) lo incluyen dentro de los escolasticos; Legaz (en su Introducción a la traducción de la 3.ª ed. de la *Filosofía del Derecho de Del Vecchio*, pág. 6. Barcelona, 1947), si bien le asigna este punto de partida, hoy, lo ha superado suficientemente, criterio que comparte Euzo Peña (*Historia de la Filosofía*, pág. 677. Barcelona, 1955). Como acertadamente sostiene Galán: (*La filosofía del Derecho de Emil Lask...* pág. 19) «tales influencias no permiten ni incluirle en esta dirección, ni aceptar la filosofía de Del Vecchio, como un mosaico de ideologías diversas, pues su concepción personal es original y profunda». En igual sentido se pronuncia E. Vidal (*La filosofía jurídica di Giorgio del Vecchio*, pág. 47. Milán, 1951).

(41) *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*. Trad. Castaño, pág. 195 y 196. Madrid, 1908.

(42) *Filosofía del Derecho*, trad. esp. Legaz, 3.ª edición, páginas 317. Madrid, 1947.

Partiendo de un supuesto criterio valorativo, distingue entre valoraciones morales —subjetivas y unilaterales— y valoraciones jurídicas —objetivas y bilaterales—; las normas éticas serán sólo para el sujeto, en tanto que, las normas jurídicas, supuesta una facultad, surge su correlativo deber de observarlas. Y sobre estos elementos, formula el concepto del Derecho, como: «*la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento*» (43). La esencia del Derecho, está constituida por su pura forma que deviene de la razón como concepto y se diferencia de su contenido, sea empírico o trascendente; sentando así sus bases y señalando sus límites que aseguran su legitimidad (44).

De la experiencia no puede derivar un concepto del Derecho, precisa de su carácter formal que lo estructure previamente a fin de que pueda captarlo el espíritu; de esta manera se opone al positivismo —coincidiendo con Stammler— que se fundamenta en la historia y en el método comparativo; así, el mundo de los fenómenos no permanece incognoscible; pero, la percepción «a priori» del concepto, puede inducir a error, en cuanto penetran en su ámbito todos los ordenamientos jurídicos existentes, sin delimitar el terreno de lo justo e injusto; lo que equivale a una retroversión a la idea, pero tomada, a su vez, del dato empírico. Ante este supuesto, que no sería nada problemático, sale Ravá al paso (45), sosteniendo que, el conocimiento «a priori», no constituye propiamente una forma ontológica, sino una forma deontológica, porque la forma no significa lo que es, sino lo que debe ser, en función del dato estimativo que lo aprecie; aquí, Ravá, a nuestro modesto entender, vuelve al punto de partida y se identifica con la experiencia como dato implícito.

La distinción entre Moral y Derecho, —como tienen un fundamento común, dado su carácter de normas de conducta—

(43) *Ibidem*, pág. 322.

(44) *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*, pág. 206.

(45) *Il Diritto come norma tecnica. Raccolto in Diritto e Stato nella morale idealistica*, vol. 1.º, pág. 356. Pdua. 1950.

no precisa de una separación, y menos aún que se contradigan; Del Vecchio rechaza la idea de que el Derecho se ocupa del hombre en cuanto a su naturaleza física, en tanto que para la moral es un ente espiritual (46), como así mismo la tesis de que la moral está desprovista de coacción, habida cuenta que este elemento se difiere en la forma de manifestarse, extrínsecamente con relación al Derecho, e intrínsecamente con relación al Derecho, e intrínsecamente con respecto a la moral. Para Del Vecchio, el Derecho natural se exterioriza en su doble aspecto, por un lado, es universal y absoluto, mientras que, por otro, en su forma lógica no es más que un caso de la variedad del Derecho, y no excluye tal variedad, ni abarca en sí todo el Derecho; un sistema de Derecho natural es, en último término, un sistema de Derecho (47) que se distingue por esencia del positivo, en que se afirma, como principio deontológico, indica lo que debe ser aunque de hecho no lo sea. Sólo existe cuando tiene una validez ideal e idealmente está en vigor aunque de hecho no haya sido violado.

c) *Normativismo puro. Kelsen. Su superación por la teoría egológica de Cossio.*

Para llegar al conocimiento puro de la Ciencia del Derecho, hay que extraer de su contenido aquellos elementos extraños que puedan identificarla con la política, la economía, la sociología, etc.; su percepción ha de hacerse en sentido apriorístico, formal y universal; en algunos extremos, Kelsen se identifica con Stammler, pero más ortodoxo que éste se integra en la normatividad pura que pertenece al mundo del deber de ser.

(46) *Filosofía del Derecho*. Pág. 328 y sig.

(47) *Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho*, Pág. 50 y *Filosofía del Derecho*, cit. pág. 298.

Lo que hace Kelsen, ha dicho Recaséns (48), es una aplicación, por analogía, del conocimiento físico formal a una esfera de la fenomenología que no son propiamente físicos, sino jurídicos, no es una geometría de los fenómenos jurídicos, sino más bien una física de los mismos.

En Kelsen la teoría del Derecho es una teoría del conocimiento jurídico, a través de la norma, desprovista de toda mácula, que pueda adulterar su propio contenido - exclusivamente jurídico -, llegando a un extremo exagerado que nos permite dominarle el «cirujano del Derecho» que, con su bisturí mágico, extrae de su contenido cualquier adherencia que pueda contaminar su pureza; para que se dé un acto jurídico, tiene que integrarse en la norma, y si ésta lo ha subsumido queda encuadrado en su esfera. Lo mismo que en Kant los conceptos puros de la razón son el esquema de la experiencia próxima, las normas son el arquetipo que permiten, apriorísticamente, observar los datos de la experiencia jurídica (49); la cualidad del acto se logra por medio de un análisis que lo identifique con las normas. - es simple trabajo de laboratorio - convertidas en categorías; son formas puras que precisan llenar de un contenido empírico, y sentado esto, podemos convertir el Derecho en un objeto cognoscible. Todo gira en torno a la estructura lógica de la preposición o precepto jurídico. El deber ser, se contrapone al ser; el primero, como una categoría puramente formal, apriorística, a través del acto dado como un dato empírico, para el conocimiento del material jurídico; el segundo, en cuanto como categoría gnoseológica, lo que es; de esta manera, para el fundador de la Escuela vienesa, sobra toda investigación, y su teoría es puro normativismo que equivale a Derecho positivo. El Derecho no es una realidad natural, sino espiritual, está construido por normas heterónomas, en tanto que, la moral, se encuentra formada por normas au-

(48) *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, pág. 122. Editorial Labor. Barcelona, 1929.

(49) *Teoría pura del Derecho*. Edit. Rev. de Derecho privado, página 17, trad. Legaz. Madrid, 1933.

tónomas, aquél es ajeno al acto volitivo del hombre, la moral queda vinculada a la conciencia de éste; es legislador y propio juez, en contra del axioma «*memo iudex in causa propria*».

Uno de los mayores errores que se atribuye a Kelsen, es la postura que le conduce a la negación del derecho subjetivo; éste, sólo existe cuando el derecho objetivo desciende al mundo de la realidad, convirtiéndose en derecho subjetivo como facultad de una persona, en un momento determinado, derivado de la norma; muy certeramente García Maynez (50), apunta que esta posición kelseniana, equivale a confundir las nociones de norma y facultad; el que Derecho derive de la norma, no quiere decir que se identifiquen.

La personificación del Derecho se identifica con el Estado, de cuya voluntad deriva, por medio de una estructura graduada de normas que reciben su valor de otras, y así, hasta llegar a una norma fundamental en el orden jurídico que no se encuentra dependiendo jerárquicamente de otras, es el poder soberano, el Estado.

Para Kelsen —señala Maravall (51)— «hay dos esferas distintas e irreductibles: la naturaleza y la lógica, el mundo de los fenómenos y el de los conceptos, —el Estado, dice Kelsen, no existe en el reino de la naturaleza, sino en el reino del espíritu— con lo cual quiere decir que es necesario eliminar todo resto psicologista y naturalista de las ciencias del Estado y del Derecho, pero por carecer de un fundamento ontológico, no capta el ser de estos objetos y se reduce a un punto de vista, puramente normativo».

El Maestro Castan (52), pone de relieve los defectos de la construcción kelseniana: a) se imputa a esta teoría su unilateralidad en cuanto sólo contempla en el Derecho su estructura formal; b) escamotea el verdadero problema de

(50) *Introducción al estudio del Derecho*, pág. 187. Méjico, 1944.

(51) *Los fundamentos del Derecho y del Estado*, pág. 7. Madrid, 1947.

(52) *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Septiembre, 1947, separata, pág. 43. Idénticas objeciones formula Treves Renato en su trabajo: «*Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*», Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, fascicolo III. Pág. 186. Roma, 1952.

la Filosofía y del Derecho; y c) el formalismo kelseniano, conduce a conclusiones análogas a las antiguas escuelas legalistas.

El profesor argentino Cossio, ha formulado, modernamente, su teoría egológica, en la que recogiendo la doctrina de Kelsen, se ocupa del problema de la naturaleza del Derecho, con más acierto que el fundador de la escuela vienesa; el Derecho no es el deber ser, sino lo que es; no puede ni debe integrarse su concepto en la norma; el Derecho es, ante todo, una conducta humana, y no puede encerrarse en su compartimento, estos no son dictados puros del legislador, sino objeto de la conducta.

Frente a la tesis de Kelsen de que, la norma, es un juicio hipotético, Cossio afirma que es un juicio disyuntivo del que forma parte la *endonorma*, que nos determina el deber jurídico, y la *perinorma*, que nos representa la sanción (53); en esta posición se acerca más a Kant, que a Kelsen, porque, aún estableciendo una escala gradual, en cuyos estudios, existan otros intermedios entre la *endonorma* y la *perinorma*, todos sus elementos quedan reducidos al elemento-voluntad que, en definitiva, es la conducta del hombre; contra ello ha dicho Legaz que (54): «si el Derecho es forma de vida social, la norma es la objetivación de esa conducta, y la forma de vida se convierte en forma debida, esto es, en norma, y la norma no sólo la representación conceptual de la conducta, sino la representación intelectual de una conducta exigida; la norma es la forma imperada, la norma es un deber ser y el deber ser es una fórmula intelectual». El contenido de la norma jurídica supone un imperativo, aún cuando la forma del imperativo es la norma, la fórmula del deber ser; ambos elementos se implican recíprocamente integrando uno y otro la naturaleza de la norma jurídica.

Como afirma el Profesor Castán, la teoría egoló-

(53) Castán. Ob. cit. pág. 50 y sigs. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, pág. 100, nota 2. Madrid, 1917.

(54) Ob. cit. pág. 53.

gica ha mejorado y perfeccionado la doctrina kelseniana, consiguiendo su agnosticismo e impregnando la concepción del Derecho de un marcado vitalismo y sentido social. Y es que Cossio, a diferencia de Kelsen, no contrapone el Derecho a la naturaleza, como deber ser y ser, sino que su contraposición está basada con la polaridad de la Naturaleza y cultura. La tarea que se ha impuesto el profesor argentino consiste en aclarar el sentido de Derecho en cuanto es un hecho cultural. El reconocimiento de una autoridad es muy distinto al reconocimiento de un derecho. El reconocimiento de una autoridad y el de un derecho nos ponen de presente que el concepto de reconocimiento es un concepto fundamentalmente jurídico y que, envuelto en él, viene a cuento el problema de la libertad que Cossio ha solucionado sirviéndose del axioma de que «todo cuanto no está prohibido está permitido» inspirándose en la frase de Nietzsche «todo está permitido». Imperativo y norma no son formas de la normatividad misma. Para la normatividad es siempre necesario el que sea relacionada por la decisión de los juristas a la autoridad fundada. El Derecho no es sólo una realidad que vivimos, sino más aún: una vivencia que nosotros realizamos.

d) *El idealismo absoluto de Hegel*

Las aportaciones de Hegel a la Ciencia del Derecho, la elevarán a la cúspide del idealismo; partiendo de la idea, en sí, articulada en elementos conceptuales que se alcanzan por el método dialéctico, los conceptos no son entes intelectuales, sino manifestaciones del espíritu, todo concepto es unilateral, se limita y autolimita por el método dialéctico a través de un proceso lógico de tesis, antítesis y síntesis. La filosofía del espíritu es triple: espíritu subjetivo, espíritu objetivo y espíritu absoluto; el Derecho forma abstracta de conexión intersubjetiva constituye el primer estadio del espíritu objetivo, el Derecho en sí considerado se identifica con el

querer libre, por tanto es Derecho la voluntad libre que se manifiesta al exterior.

El carácter dogmático de su doctrina se proclama en la negación de límites al conocimiento, éste puede a través de su ciclo evolutivo, llegar a conocer lo incognoscible; en este extremo se separa de Kant; su axioma de que: «*todo lo que es real es racional y todo lo que es racional es real*», le conduce a una identificación del pensamiento, con el ser, por ello no tiene razón de existencia la dicotomía planteada entre ser y deber ser, lo que importa es el ser.

Desde el punto de vista del proceso dialéctico, el Derecho ofrece una simple modalidad: 1.º El Derecho es en sí y por sí como Derecho formal o abstracto (tesis); 2.º El Derecho como momento de antítesis y como motivo que determina a obrar subjetivamente las voluntades de los individuos o Derecho de la moralidad subjetiva; y 3.º El Derecho en cuanto se manifiesta por medio de su objetividad histórica (síntesis) en la vida y en las instituciones sociales de los pueblos (55). La moral es el segundo estadio del espíritu objetivo, lo mismo que el Derecho se manifiesta en lo exterior por medio de actos, la moral en cambio, como orden más elevado, percibe la idea y se enriquece intrínsecamente de ella. Si el Derecho es abstracto, la moral también, en función al apetito cognoscente del sujeto que la desea y no la quiere, que la quiere y no la practica, y la moral, como corolario del ser es la eticidad, la suprema expresión del espíritu objetivo, es decir, la síntesis de lo extrínseco como idea y de lo intrínseco como concepto.

La filosofía en general y la filosofía jurídica se desenvuelven hoy entre las corrientes del criticismo kantiano y del idealismo hegeliano; la aportación de Hegel al concepto del Derecho, es puramente incipiente e influirá notablemente en las modernas direcciones; en cambio no ocurre lo mismo con sus conceptos políticos que han sembrado dos direcciones diametralmente opuestas, conocidas con el sobrenombre

(55) Luño Peña. Ob. cit. pág. 592.

de «izquierda» o «derecha» hegeliana, aunque mayor inclinación —no de su autor, sino de sus prosélitos— se ha seguido por la primera; Marx aprovechó sus enseñanzas para adaptarlas a su concepto materialista de la Historia.

e) *Posición ecléctica de Krause. Su influencia en España*

Se ha incluido a Krause en una posición armónica que aspira a entrelazar las doctrinas de Kant y Fichte, con las de Schelling y Hegel; nada más lejos de la realidad, no hace falta para demostrarlo ningún razonamiento que evidencie la incertidumbre de este aserto; bien es cierto que se siente influido por estos autores, pero no menos cierto es que, con la misma facilidad que entona sus alabanzas, los repudia con su eterna negación de todo principio.

Las aportaciones de Krause al estudio del Derecho, como muy certeramente las han calificado (56), corresponden a su historia; de no ser por un grupo de intelectuales españoles del decimonónico, no hubieran traspasado los límites de la frontera natural, como tampoco hubieran tenido preponderancia, dentro de ella, de no ser por sus dos discípulos más directos, Ahrens y Röder.

Krause y sus discípulos encuentran en la concepción de la libertad kantiana una verdadera fórmula para los conceptos especulativos de su época, pero al mismo tiempo no les satisface en cuanto no expresan el grado de libertad que debe tener cada hombre.

A los ojos del panteísmo —cuyos antecedentes se remontan a Espinoza y resucitan con esta escuela— el hombre no es persona, ni siquiera sustancia que exista por sí misma, es simplemente un fenómeno del ser único al que denominan Dios, pero en ningún aspecto aparece en él la li-

(56) Condomines y Pou. *Derecho: su concepto*. Nueva enciclopedia jurídica Seix. t. 1.º, pág. 7. Barcelona, 1950.

bertad como libre albedrío, y siendo éste uno de los elementos principales del obrar humano, al no existir, desaparece la idea del Derecho, queda sólo nominalmente (57); negada la sustancia, sus propiedades inherentes huelgan, y no cabe distinguir entre bueno o malo, justo o injusto; concretamente se niega el Derecho, mejor dicho, se reduce a un hecho en sí, al hecho material (58).

Para Krause el Derecho presenta dos aspectos: *inmanente y trascendente*, el primero, contiene la pretensión o facultad que uno tiene de pedir las condiciones necesarias para cumplir su fin en la vida; en el segundo, la obligación de los demás para facilitar esas condiciones. Para poder realizar sus fines hay que suministrar al hombre las condiciones o medios necesarios para el cumplimiento de su fin individual y social; en ello consiste el Derecho; las precisas se limitan a religión, moralidad, ciencia, arte, educación, comercio y derecho. El derecho será el «conjunto de condiciones dependientes de la voluntad humana, que son necesarias para el cumplimiento del fin asignado al hombre por su naturaleza racional». No es el momento de hacer una descomposición analítica de sus elementos; sus errores se manifiestan palpablemente, y desde el ateísmo que encierra, pasando por

(57) En el *Syllabus* de Pío IX, proposición 59, encontramos el Derecho reducido sólo a nombre: «*jus in materiali facto consistit, et omnium hominum officia sunt nomen inane et omnia humana facta juris vim habeat*».

(58) Las doctrinas panteístas fueron condenadas en la famosa alocución de Pío IX del 9 de junio de 1862 «*Maxima quidem*», y recogida dos años más tarde en el *Syllabus*, su refutación a la tesis sostenida por éstos, —de que «todas las cosas son de Dios y tienen la idéntica sustancia que Dios y que Dios es una sola y misma cosa con el mundo»— es confuyente: «De aquí que sea también una sola y misma cosa el espíritu y la materia, la necesidad y la libertad, lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. De tal modo se burlan de la autoridad y del derecho, que dicen impunemente que la autoridad no es otra cosa que el resultado del número y de las fuerzas materiales; que el derecho consiste en el hecho material. Añadiendo enseguida mentiras a mentiras, delirios a delirios y conculcando toda autoridad legítima, todos los derechos legítimos, obligaciones y oficios, no vacilan en sustituir en lugar del verdadero y legítimo derecho, los falsos y mentidos derechos de la fuerza y subordinar el orden moral al material».

el voluntarismo que la preside, la crítica de que se hace acreedor nos conduciría a plantear infinidad de cuestiones fuera de lugar (59). En idéntico sentido se pronuncia Ahrens, para quien el Derecho es: «*el conjunto de condiciones que dependen de la voluntad y necesarias para poder realizarse todos los bienes individuales y comunes que integran el destino del hombre y de la sociedad*».

La doctrina krausista, denominada por su discípulo Röder, como el «Evangelio jurídico del futuro», tiene de todo, menos de jurídico, porque, como muy acertadamente apunta Rodríguez Cepeda (60), hace desaparecer en el contenido del Derecho ese elemento inmutable, constante e invariable que constituye una norma objetiva a la cual se ha de ajustar toda ley y queda sólo el elemento contingente, variable, que depende de la diversidad de los tiempos y lugares, admitiendo únicamente como elemento constante en el Derecho, el meramente externo de coordinación positiva o de prestación de condiciones. La influencia de Krause en España se dejó sentir a través de su doctrina recogida por Ahrens, en un destacado grupo de filósofos y juristas del pasado siglo (61) que especularon sus conceptos en torno a los principios que contiene; para Giner de los Ríos, su principal propulsor, el Derecho es «*el sistema de los actos o prestaciones en que ha de contribuir cada ser racional, en cuanto de él dependa, a que su destino y el destino de todos se efectúe en el mundo*».

No obstante su popularidad y predominio entre los pensadores de la época, no faltó quien alzara su voz en contra de tan perniciosas ideas, oponiéndose abiertamente, como Rodríguez Cepeda, y muy especialmente el Catedrático de Metafísica de la Universidad de Madrid, Ortí y Lara, quien en sus magníficas intervenciones, puso continuamente de relieve no sólo el perjuicio que entrañaban, sino que, uno por uno,

(59) Vid. Aramburu. *Filosofía del Derecho*. T. I., pág. 89 y sigs.

(60) *Elementos de Derecho natural*. T. I. Pág. 182. Valencia, 1899.

(61) Vid. Luño Peña. *Ob. cit.* pág. 633 y Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, igualmente citada.

fué combatiendo los errores en que se apoyaba tan nefasta doctrina (62).

Recaséns (63) ha dicho que la escuela krausiana española situándola en la perspectiva de las actuales direcciones del pensamiento jurídico, fuerza a reconocer que entraña la disolución de la mayor parte de los conceptos fundamentales, que después de muchos esfuerzos ha logrado establecer la especulación sobre el Derecho y sobre su disciplina científica.

f) *El Derecho como fenómeno cultural*

Pese a la catalogación de Kohler dentro de las tendencias neohegelianas, en las que él mismo se incluye, lo cierto es que difiere de Hegel en determinados aspectos trascendentales para la estructura de sus teorías, especialmente en lo que se contrae a la interpretación del concepto de la Historia; así, mientras para Hegel supone un evolucionismo en el devenir histórico de cada etapa de la vida de los pueblos que, con criterio unitario, representa un ciclo autónomo, cuyo conjunto puede concretarse en una determinada conyuntura; para Kohler, ese conjunto es una concatenación de sucesos que integran el proceso evolutivo de manera tal que es preciso acudir al todo para conocer la parte.

Su aportación a la ciencia del Derecho, contiene cierta originalidad en cuanto aspira —a través del mundo de los fenómenos— conocer el fundamento básico en que un concepto ha de sustentarse, ora por mediación de los sentidos, ora por nuestro propio razonamiento; sólo penetrando en la historia podemos conocer el Derecho, y como ciclo de la superación propia del hombre y desarrollo de sus valores espirituales, llegaremos a alcanzar el concepto de lo jurídico. Su definición del Derecho así lo expresa, el Derecho es para

(62) *Lecciones sobre la filosofía panteísta de Krause*. Madrid, 1877.

(63) *Adiciones a Del Vecchio*. II., pág. 282, citado en la *Enciclopedia jurídica* Seix. Vol. 1.º, pág. 7.

Kohler: «*el orden en las relaciones vitales impuesto a la Humanidad en interés del mantenimiento y de la producción de nuevos valores culturales*» (64). No existen derechos abstractos, sino sólo los derechos que el hombre crea con su historia; es una realidad física y humana. No existe, tampoco, un Derecho eterno, sino que el Derecho es cambiante, multiforme, acomodado al ciclo evolutivo de tiempo y lugar; por ello, una nación que no ha desarrollado ampliamente los valores espirituales, puede desaparecer en la noche de los tiempos sin dejar señal, en razón a que, los referidos valores, no han creado nada en pro de la cultura. No puede establecerse ningún concepto a «*priori*», y menos aún el concepto jurídico, éste requiere una experiencia universal y un análisis comparativo de sus datos singulares. Su relativismo histórico, priva al Derecho de su valor ético transmutándolo en puro instrumento vacío de contenido; su aportación teórica a la ciencia jurídica, es prácticamente nula.

Por otros derroteros, no deja, sin embargo, de tener cierto paralelismo con Kohler, su compatriota Radbruch. En efecto, el concepto del Derecho es un concepto cultural, pero a él se llega no en el sentido con que Kohler lo establece, sino como realidad referida a valores, el Derecho será: «*la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del Derecho*»; de esta manera idea y concepto, no podrán existir independientemente, —con lo que se opone a Stammler—, porque el concepto preexiste en la idea. Sentado esto, resta tan sólo determinar el objeto, y el Profesor de Heidelberg, afirma que la idea del Derecho no puede ser otra que la justicia, y tal conclusión llega para delimitar el concepto del Derecho, que define como: «*la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia*» (65). Pero en esta definición se hace eco del atributo que la cualifica como

(64) *Lehr buch der Rechtsphilosophie*, pág. 9. 3.^a edic. Berlin, 1923. cit. por González Viega. *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, pág. 47. Madrid, 1950.

(65) *Filosofía del Derecho*, trad. esp. 3.^a edi. pág. 47. Madrid, 1952.

propiedad esencial, que ha de desarrollarse en ese mundo de valores, que denota su carácter general en cuanto se dirige al ordenamiento jurídico, —no visto desde la perspectiva de Kohler— y habrá de concluir diciendo que, el Derecho es: «*el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común*» (66).

III.—EL POSITIVISMO

No se trata en el presente estudio de realizar una apología o crítica de cada una de las corrientes filosófico-jurídicas que, en determinadas conyunturas, han venido apoderándose del pensamiento del hombre. Hemos creído imprescindible recoger, esquemáticamente, las más significativas, y con ellas, iniciar y concluir el camino emprendido, guiados, en todo momento, con nuestro mejor ánimo hacia el fin propuesto que, sino hemos podido conquistar, —menos aún superarlo— nos damos por satisfechos, con fijar una posición similar a la de un objetivo alcanzado; pero previamente queremos hacer resaltar los escollos y dificultades con que tropezamos, y he aquí, que nos corresponde abordar la tan debatida cuestión del positivismo; con su anchuroso horizonte nos muestra, unas veces, oscuras nebulosas, y en otras, tormentosas dificultades que se imponen vencer; al objeto de no hacer interminable la exposición, no hemos querido traer a colación las incontables tendencias doctrinarias, que soslayamos con pleno conocimiento de causa, recogerlas, sino en su totalidad, al menos en su mayor parte, simplemente con carácter enunciativo equivaldría a pretender plasmar en un lienzo las diversas tonalidades que un pincel, puede caprichosamente dibujar, haciendo jugar en el buril las mezclas más complejas con que armonizar en contraste choque, mul-

(66) Ob. y lug. cit. pág. 49.

titud de coloridos; ni disponemos de medios, ni nuestras modestas fuerzas están capacitadas para enfrentarnos, siquiera, con una visión de conjunto; señalemos —y perdónennos la tautología— en breves pinceladas aquellos coloridos más llamativos que el cuadro del positivismo encierra.

El positivismo nace en contraposición al idealismo, el mundo del espíritu y de los valores es abstracto, producto de la fantasía y carece de razón de existencia; el mundo real, el de los fenómenos y las cosas encarnan un valor trascendental a través del que, exclusivamente, podemos conocer la realidad jurídica.

En términos muy generales, y sin considerar artículo de fe el concepto del devenir histórico de Hegel, entendemos que la historia mundial actúa por saltos o grandes movimientos ideológicos que podemos denominar revoluciones especiales, y éstos, coinciden aproximadamente con los límites de cada siglo. Así el siglo XVI, es el siglo del Renacimiento; el XVII, es consecuencia de las ideas del anterior llevadas a sus últimos extremos, en tanto que el XVIII, es un siglo descreído, científico, racionalista, preñado y parturiento de doctrinas disolventes que culminará con sus múltiples movimientos histórico-políticos, engendrando las bases ideológicas, económicas y sociológicas características del siglo XIX, en el que se manifiesta, con toda su plenitud, el positivismo. Ningún otro siglo ofrece mayor complejidad, ni más rotundas contradicciones; romanticismo y neo-clasicismo, se enfrentan en todos los terrenos y estilos de vida, nuevas concepciones filosófico-jurídicas, se imprimirán al significado y contenido del Derecho.

Lo que empezó siendo exclusivamente un sistema, se convierte en una filosofía que limita el mundo de lo cognoscible, al mundo de los fenómenos, renunciando a todo problema ontológico. La ley de los tres estadios —teológico, metafísico y positivo— a juicio de Comte, imperará en su último grado en la mente de sus seguidores, y la ley de la casualidad servirá de frontera entre lo cognoscible e incognoscible; el método inductivo permitirá la descomposición de lo particular para penetrar en lo universal; todos los fenómenos son casos particulares de un hecho general, y así,

la filosofía jurídica positiva, eliminando toda abstracción, convierte el Derecho en un dato concreto con la realidad social, como Derecho positivo.

Examinemos, con la mayor brevedad, las más importantes direcciones que encuadra en su seno el positivismo; hemos prescindido de seguir un orden cronológico que nos someta a las fechas de aparición o a las etapas de su desenvolvimiento, en razón a que no aspiramos a una exposición de doctrinas, sino a destacar sus caracteres principales.

a) *El Derecho es un fenómeno de evolución social. La Escuela histórica.*

No pretendemos hacer, como anteriormente apuntamos, una exposición exhaustiva de cada una de las tendencias que encarna el positivismo, así como tampoco un análisis detallado de los principios jurídicos que caracterizan las doctrinas de cada autor; voces autorizadísimas nos han precedido, y toda especulación en derredor de la Escuela histórica ha sido planteada desde los diversos planos, en que, los juristas más insignes se han situado; de ahí, que nos concretemos a los puntos más interesantes en que se fundan sus seguidores, y las notas esenciales.

Nadie mejor que, mi querido Maestro, el ilustre Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Madrid, doctor Hernández Gil, ha sabido captar y expresar lacónicamente el verdadero significado y alcance de la Escuela histórica; su elegante exposición doctrinal, que admiramos y compartimos en todos sus aspectos, nos dice (67): «El siglo XIX se abre en Alemania, en orden a la ciencia del Derecho, con la Escuela histórica. Así como el racionalismo es el fondo sobre el que se recorta la figura de la Escuela francesa de la exégesis,

(67) *Metodología del Derecho. Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, págs. 65 y 66. Madrid, 1945.

su antítesis, el romanticismo irracionalista es la concepción filosófica y cultural que tiene como soporte y da impulso a la Escuela histórica alemana. Una y otra se pronunciarán en contra del Derecho natural; pero en tanto la primera lo que viene a hacer es positivizar aquella ideología y exalta el Derecho escrito como «*unversum ius*», en cuanto en él se atesora un Derecho racional e ideal; la segunda en cambio, rompe por entero con aquél y con cuanto signifique poner una traba al constante fluir del Derecho, cuya frente inagotada e inagotable es la vida misma. La vida: he aquí lo que, sobre todo, se sobrestima; pero la vida en su entera dimensión y desarrollo, es decir, la historia. Frente a la mentalidad anti-histórica que se había adueñado de la ciencia del Derecho, que subsistía en Francia, y que en la propia Alemania tenía un exponente en la denominada escuela filosófica, lo que se propugna es el rigor de un conocimiento histórico llevado hasta sus últimos límites. Nada hay inmutable, rígido, ideal. Los tiempos y los hechos se suceden, cambian y progresan y con ellos los conceptos en que se encierran. El Derecho y los conceptos jurídicos no pueden escapar a esta ley. Lo que se reputa como jurídicamente válido y vigente es el resultado de una evolución cuya raíz está en el pasado y su término en el futuro. Es imposible romper esta trabazón si se quiere obtener un conocimiento verdadero. Pero no es esto sólo. La exaltación de lo histórico, tal y como lo lleva a cabo la mencionada escuela, implica otras muchas afirmaciones y negaciones cortadas por el patrón romántico. A lo racional, opone lo irracional; a lo reflexivo, lo espontáneo; a la idea, el sentimiento; y ve en el Derecho no un juicio de la razón o una decisión de la voluntad, sino un fruto de la cultura. Rechaza lo abstracto y proclama el imperio único de lo concreto, de forma que no existe el Derecho, sino «éste» o «aquél» Derecho. Por lo mismo desestima lo general a lo genérico, y proclama lo singular y específico. Pero, al propio tiempo, opone a lo individual, lo colectivo. Entre el individuo aislado que para nada cuenta, y la idea universal y vaga de la humanidad, hay un término medio que es la clave: el pueblo, la nación, el grupo natural y orgánico de individuos a quienes une una tradición común: todo Derecho

aparece infranqueablemente vinculado a un pueblo, como al ser que le dió origen; no es sino encarnación y proyección de su espíritu. Así, pues, se comprenderá fácilmente que, en tanto la Escuela de la exégesis se sometía a un Código, del que no sólo no dudaba, sino en el que creía firmemente, la Escuela histórica, sólo podría ver en él un inconciliable enemigo».

He ahí, expresado, en pocas palabras, todo el contenido de la Escuela histórica, los principios en que desenvuelve su trayectoria. El Derecho es la expresión del pueblo pero concretada en una determinada conyuntura histórica; no examinada en lo particular del tiempo, sino en el ciclo evolutivo de su devenir histórico; la historia para Savigny, como la vida y el Derecho, no se concibe singularmente o en un aspecto determinado, sino que, es, parte del todo, en el que cada momento se entrelaza, como eslabones de una cadena, de su precedente; la unidad integra una unidad —pueblo, como manifestaciones de sus complejos elementos que le caracterizan; el Derecho nace y vive por generación espontánea, en función del espíritu del pueblo, pero desenvuelto en la colectividad; contiene dos elementos, aquél que se liga con la vida social y el que se elabora técnicamente; ambos coexisten, pudiendo individualizarse no se separan, surge por tanto, un Derecho popular y otro científico.

Los dos postulados más importantes de la Escuela histórica se encuentran, en su posición contraria al Derecho natural, y en su repulsa hacia la codificación (68).

En resumen, para Savigny, su principal representante, el Derecho nace, se desenvuelve y se extingue paralelamente con la evolución social de un pueblo; la costumbre es la fuente del Derecho, de ella deriva; las costumbres traducen la convicción jurídica de los pueblos, consistiendo la misión del jurisconsulto y del legislador —Savigny no excluye el órgano, ni la función legislativa en la vida jurídica, ésta tendrá lugar en último extremo, de la sociedad organizada conforme al ciclo evolutivo de su devenir histórico— en saber llevarlas a su desarrollo. El Derecho no puede ser está-

(68) Hernández Gil. Ob. cit. pág. 75.

tico, el consuetudinario trabajará siempre al escrito, teniendo éste por su parte la ventaja de fijar normas regulares y precisas; el equilibrio entre los dos es por eso el ideal; que la ley sea clara y firme; pero que sea evolutiva al dictado de la costumbre; porque, como dijo un eminente jurista (69), el Derecho positivo tiene por base, para ser eficaz, la costumbre, la vida, la realidad, y de allí que sea en mucho fruto de la educación, siendo él a su turno educativo, ya que nace de aquella costumbre, y para ser eficaz, cuando trata de profesar respecto a ella, debe ir la creando, y eso es educar. Siempre hay que formar sujetos antes de darles derechos y las leyes por sí mismas y en términos absolutos no engendran plenamente capacidades jurídicas. A todo pueblo debe corresponderle un Derecho propio, producido dentro de su evolución; primero ha de nacer de sus costumbres, y se rige directamente por ellas, luego se hace escrito, y desde que se moldea así, ya la costumbre trabaja su base para modificarlo y progresar.

Se atribuye a la Escuela histórica, el haber enriquecido el conocimiento histórico, desarrollar una crítica metódica de las fuentes y perfeccionar la formación de conceptos, mejorando la sistemática especialmente mediante la progresiva abstracción de las doctrinas generales y la más profunda caracterización de la esencia de las relaciones jurídicas (70). En cambio hay que anotar en su debe que, al estudiar el Derecho positivo, abandona toda especulación universal y toda valoración; no ha recogido más que el aspecto particular del Derecho, dejando a un lado el racional absoluto y al centrar en lo real lo ideal niega, incluso, su evolución progresiva.

Señala el Profesor Hernández Gil que, en el orden filosófico-jurídico, ha de imputársele, ante todo, su falta de profesión de fe filosófica; su manifiesta adversión y negación

(69) Reyes Ochoa: «*La costumbre y el Derecho*», conferencia pronunciada en la Academia valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el 8 de febrero de 1950. Publicada por la misma Corporación, pág. 7.

(70) Emmeccerus. *Derecho civil*. Parte general t. I, pág. 75. Barcelona, 1947.

ción de la consideración filosófica del Derecho, es el denominador común de varios puntos de vista que hay que rechazar. La actitud de la Escuela histórica, es una reacción iconoclasta. La consideración histórica del Derecho es necesaria, pero no puede suplantar a una consideración filosófica del mismo (71).

b) *Movimiento de reacción contra la Escuela histórica. El positivismo jurídico. El fin del Derecho como regulador de la vida social. Teoría general del Derecho.*

La importancia que la Escuela histórica concedió a los estudios del Derecho romano, no sólo en su aspecto histórico, sino en el de su adecuación a la época, no deja de representar, en parte, una cierta contradicción con el contenido de sus doctrinas; si el Derecho encarna el espíritu del pueblo, y cada pueblo cuenta con sus instituciones peculiares, la concesión al Derecho romano, de un valor universal, parece, a primera vista que atenta contra sus propios postulados; sin embargo no ha de llevarse a tan riguroso extremo tal consecuencia, no en balde la consideración de su positividad no se integra en el concepto del Derecho vigente, sino más bien, como Derecho común del que se nutrió, entre otros, el mismo Derecho germánico (72).

La reacción que se produjo en Alemania se manifiesta en un doble aspecto, por un lado, se entendió, indebidamente, que la Escuela histórica relegaba a segundo término al Derecho patrio, —quizá Savigny, llevado en su ánimo por una tendencia anticodificadora, se aferraba al sistema romano para sustentar su tesis, con la que pretendía evidenciar lo innecesario que fué para este pueblo un Cuerpo de leyes, subsistiendo su Derecho con el mayor esplendor— en tanto que, por otro,

(71) Obra citada, pág. 91.

(72) Hernández Gil. Ob. cit. pág. 88 y sigs.

el Derecho tiene una finalidad eminentemente práctica. Esta tendencia encaja perfectamente en el denominador común del positivismo jurídico. El Derecho está constituido por el ordenamiento jurídico de un pueblo, ordenamiento que rige en una determinada conjuntura histórica, es decir, el Derecho vigente; este dogmatismo a que se encuentra sometido el jurista, es el punto coordinador entre las corrientes históricas y positivistas; es preciso, se impone la construcción científica del Derecho, para lo cual las tendencias se inclinan hacia una finalidad social, ora a través de su evolución, ora del resultado de conjugar los elementos históricos, comparativos, lógicos, etc., que de lo particular concreto se pueda inducir lo universal existente.

A diferencia de la Escuela histórica, la evolución no implica un sometimiento a su devenir histórico vinculado al espíritu del pueblo, entrelazado con lo ancestral, pero que, en definitiva, se hipertrofia en su determinación; todo lo contrario, los nuevos conceptos amplian su esfera derivándolos hacia un fin, como medio, que representa el valor absoluto del Derecho, en su constante fluir con las nuevas instituciones que precisa de sus ramas jurídicas que, sin perder su finalidad análoga, se integren con sus elementos heterogéneos en la homogeneidad que representa el Derecho, con sus especialidades o particularismos, «tal como lo exige el fin», se trata de comprender y construir científicamente el Derecho, pero principalmente fomentar el progreso de la legislación y jurisprudencia; esta nueva dirección que labora con los medios auxiliares de la historia, del **derecho comparado** y de la filosofía, y que tiene más bien una significación creadora de un derecho adaptado a las *actuales necesidades* económicas y éticas, toda vez que su aspiración cumbre es la de proseguir la formación del Derecho» (73). Todo ello se resume en la perentoria necesidad de construir científicamente el Derecho, pero no a la manera de la Escuela histórica, con su doble distinción entre un Derecho *popular* y *técnico*, sino tan sólo en este último aspecto; por otro lado las nuevas

(73) Emileccerus. Ob. cit. pág. 77.

corrientes se acercan más a la Escuela de la exégesis, si bien no llevada hasta su extremo; la codificación es un medio conducente a un fin, pero no excluye la función interpretativa, ni la elaboración progresiva; un Código no lo es todo para la vida del Derecho.

El primer artifice de estas corrientes opuestas, en parte, a las doctrinas que representa la Escuela histórica, y el más insigne jurista del pasado siglo, se encuentra en la persona de Rudolf von Ihering, y con ello, para persuadir una verdad a los discretos, no proclamamos al jurista alemán como el precursor de las mismas, como así tampoco podemos encuadrarle entre los continuadores, su gigantesca personalidad se mantiene al margen de cualquier suspicacia, y, en buena doctrina, hay que reconocer que imprimió al Derecho un sello tan personal que, prácticamente, es el creador de su construcción científica, precisa y matemática.

Ihering desde un plano en el que predomina el empirismo, a través del cual construye su famosa ley de la finalidad que marcaría el nuevo rumbo de las especulaciones jurídicas; el fin en el Derecho absorbe todo el fundamento del mismo, el Derecho se da en relación con un fin determinado, la ordenación de la vida social; huye de toda abstracción como valor absoluto, pero no la repudia, si bien es imposible construir sobre ella ninguna ciencia, y menos la ciencia del Derecho.

El Derecho puede definirse, exactamente, «*como el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción*» (74). Dos elementos contiene esta definición: *la norma y la coacción*; la norma es una regla según la cual el hombre ha de dirigir su conducta, por ende, representa, para Ihering, el elemento interno, en tanto que, la *coacción* es el elemento externo que consiste en la realización de un fin mediante la sumisión de una voluntad extraña, y siendo el Estado la única fuente del Derecho, la coacción ha de ejercitarla él, es consustancial con su propia estructura soberana-

(74) *El fin en el Derecho*, pág. 158. Biblioteca jurídica Atalaya. Buenos Aires, 1946.

na; en el Derecho están puramente integrados estos elementos, de manera que, la coacción es complemento a la vez que objeto externo. Hasta aquí, el Derecho es forma que precisa de contenido, el problema estriba en su determinación. El Derecho no expresa la verdad absoluta, su verdad no es más que relativa, y su medida adecuada al fin; por ello el Derecho no sólo *puede*, sino que *debe* ser infinitamente diverso.

«En el terreno del Derecho todo existe para el fin y en vista del fin; el Derecho entero no es más que una creación única del fin, sólo que la mayor parte de los actos creadores aislados se remontan a un pasado tan lejano que la humanidad ha perdido su recuerdo. Como para lo relativo a la formación del globo terrestre, es asunto de la ciencia hacer revivir en la historia de la formación del Derecho los acontecimientos que a éste ocurrieron: el fin le proporciona los medios. El hombre que piensa, que medita, hallará siempre, en el terreno del Derecho, el fin de cada una de sus instituciones. La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica, tanto desde el punto de vista del dogmatismo del Derecho, como de su historia» (75). De esta manera Ihering, aprecia el valor de la historia para la construcción conceptual del Derecho, superando la posición de Savigny y sus discípulos; no se puede, en modo alguno, aceptar la historia como valor absoluto, sino meramente relativo, porque en cuanto encarna un ciclo evolutivo de los pueblos adecuado a su lugar y tiempo, no es menos cierto que ese evolucionismo se manifiesta en sus instituciones propias, este progreso es un factor determinante que sufre una metamorfosis, en contra del anquilosamiento en que se hallaría el Derecho en su relativismo histórico, en el que lo colocan los pensadores alemanes cuya tesis desvirtúa. Inducen estos razonamientos, al genial jurista alemán, a definirlo en este sentido: «El Derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el orden coactivo del Estado». Su contenido es, por tanto, eminentemente social.

(75) *El fin en el Derecho*, pág. 213.

La teoría del interés que, Inhering, proclama ha sido duramente criticada, acaso no hayan comprendido, sus detractores, la profundidad e interés que encierra. Hemos leído que Ihering incurre en un materialismo soez y aplastante. ¿No será ello producto de mentes burdas que, con mentalidad económica, confunden el interés, con el interés material, con el producto del capital con el tanto por ciento? ¿Acaso no hay intereses religiosos o morales a los que el ordenamiento jurídico brinda una protección eficaz? Estamos seguros que Ihering, pensaba en sus detractores cuando nos habla de aquella mujer que odiando los ruidos, albergó en su casa a un profesor de música.

Las ciencias del espíritu estudian los actos; es decir, el producto racional del hombre, lo volitivo e intencional. El Derecho es ciencia del espíritu, la legislación positiva es concreción de los principios jurídicos y sólo puede proteger aquellas situaciones basadas en derechos subjetivos, en poder de la persona como portadora de intereses, porque es portadora del alma, del espíritu y su interés merece el respeto de la comunidad jurídica que para ello se constituye.

Sus lemas principales de que, el fin es el creador del Derecho, y los derechos son intereses jurídicamente protegidos, nos muestran la doble directriz que encarnan en cuanto uno es producto del Estado, en tanto que el otro representa la facultad del hombre como sujeto-fin. El análisis, significa sucintamente, de los puntos principales, que las doctrinas de tan genial autor, nos llevaría a poder apreciar, en su conexión, y conjunto armónico, las purezas de sus líneas y la estética de sus construcciones, razones poderosas nos impiden entrar en el planteamiento conforme nuestro deseo, por cuyo motivo creemos que, con lo expuesto, se puede apreciar la magnificencia de su obra.

Si la ciencia del Derecho representa en esta etapa del pensamiento jurídico alemán, la revalorización del espíritu del Derecho patrio, —en contraposición al auge dado al Derecho romano—, tendente a la construcción de un Derecho propio con finalidad determinada, la jurisprudencia complementa con rigor —por el mismo medio— la concreción de que las disposiciones jurídicas se canalizan para servir a los

intereses que precisa proteger; de esta manera la misma correlación que, para el Derecho en Ihering, existe entre norma y coacción, no como elementos integrantes de una unidad, sino convergentes en una misma finalidad.

El resultado de estas corrientes supone un desplazamiento de los estudios del Derecho romano, por los de Derecho germánico y la sustitución del método histórico por el de la ciencia del Derecho reducida al radio de acción del Derecho vigente, y de esta forma la ciencia del Derecho permite subsistir al valor universal, al particularísimo de su disociación que se desenvuelve en ámbitos diferentes y a veces opuestos.

Este movimiento renovador necesita construir una teoría general del Derecho, que recoga en su ámbito las nuevas directrices que la ciencia jurídica señala. La importancia que representa esta nueva corriente para la sistemática del Derecho es trascendental; la delimitación entre una parte general —construída por el mundo de los conceptos— que en conexión con la parte especial— que concreta en sí cada una de las ramas jurídicas— irá fundamentando los principios básicos en que se ha de sustentar cada disciplina jurídica, marca un nuevo jalón en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica; esta delimitación se logra por un proceso inductivo que permite llegar, en su grado último, a lo universal; por el método empírico se demostrarán los conceptos y los fenómenos jurídicos que se producen.

Merkel, distingue entre una parte general, común a otra la ciencia jurídica, y una parte especial que contiene las diversas ramas jurídicas, de manera que exista una íntima conexión entre la parte y el todo, pero no colocados en el plano de su integración, sino como relación particular con respecto a lo universal.

c) El Utilitarismo como precursor de la Escuela analítica y su repercusión en las doctrinas continentales

En verdad que el Utilitarismo inglés acusa matices eminentemente políticos, si se tiene en cuenta las circunstancias

en las que, Jeremías Bentham desarrolló su doctrina que, en opinión de algunos, fué superada por sus discípulos, si bien en realidad, los conceptos que formulara el pensador inglés, han sido expuestos, en determinadas ocasiones, con mayor ambigüedad, y no dejan de tener actualidad, más que por su originalidad, por la aceptación que tuvieron, y en especial por las nuevas trayectorias del pensamiento moderno al variar, en ciertos sentidos, el contenido y finalidad del Derecho. Influenciado por las ideas de Locke y Hume, valiéndose del método inductivo, de datos proporcionados por la experiencia, Bentham formula su tesis de perfecto encuadramiento en el campo del positivismo. Si en un principio el pacto social encarna la fuente suprema del Derecho, no tardará en rechazarla e incluso con afán destructivo intenta despojar al pacto de los atributos que el racionalismo le había conferido; esta variación en su rumbo primitivo le conducirá, en un interés desmesurado, por los derroteros que por el valor de la jurisprudencia adquiere y la finalidad que corresponde, en todo caso, como cometido, alcanzar el Derecho. Niega la existencia del Derecho natural, y sólo admite el Derecho positivo representado en la ley como expresión de la voluntad soberana; los individuos carecen de derechos naturales, y no podrán por ende, ofrecerse a los dictados de la autoridad creadora del Derecho que, guardadora fiel, es la única adecuada para delimitar el grado de transgresión y la sanción que procede imponer a quien viola la norma jurídica.

Si en parte, puede afirmarse, se manifiesta una notable influencia de Hobbes, la conclusión a que llega Bentham no está en el significado que su predecesor imprime al factor *utilidad* que, como finalidad del Derecho, representa para la comunidad, en aquél se funda en la naturaleza egoísta del hombre; la utilidad del Derecho está en proporción al grado de conveniencia para su propia seguridad; en Bentham, el grado de utilidad se mide en proporción con el bienestar general que reporta; tampoco llega su ortodoxia a la negación de los derechos del individuo dentro de la comunidad. Todo existe proporcionalmente a un principio de utilidad general, y dentro de ella se refleja, siquiera indiciariamente la moral, y, en mayor grado, la Justicia. El legislador no puede

caprichosamente dictar la ley, si atiende a la felicidad general como suprema realización y precisa que esa utilidad sea el freno o límite a lo arbitrario.

Su principal discípulo Mill, no argumentó con acierto la doctrina del Maestro que, como sostiene Del Vecchio (76), hasta Spencer no se solidifica, al fundamentarla sobre las bases preconizadas por Darwin, con sus famosas teorías evolucionistas.

En cambio, aprovechando estos materiales que combina con la positividad de la jurisprudencia, sirven para que Austin inicie los cimientos de la Escuela analítica inglesa. Igualmente el Utilitarismo será el meollo del Pragmatismo que, aceptando como fundamento el principio de utilidad, desarrollará su teoría sobre la acción como ecuación de lo verdadero que sólo lo representa lo que tiene alguna utilidad para la vida; pensamiento de notable influjo en el mundo anglosajón.

Austin que estudió en Alemania se sintió atraído por las doctrinas en boga de su tiempo, que mantenía la Escuela histórica, siendo discípulo directo de Savigny. Conjugando las tendencias del pensamiento germánico de la época, con el utilitarismo que, en su país, se había adueñado de los conceptos jurídicos, adopta una posición ecléctica de notable influjo en Inglaterra y posteriormente en el Continente. Dentro del positivismo se caracteriza por su método abstracto y la idea de una jurisprudencia general, de manera que, en cuanto, el Derecho es ley, obliga con generalidad, su imperatividad es universal; esto no sucede con otras reglas o usos de carácter transitorio u ocasional; precisa distinguir entre un Derecho de carácter general de contenido normativo regulador de conductas y relaciones privadas, de aquél que no tiene fuerza vinculante con respecto a los demás; de ahí, saca Austin la conclusión de que el Derecho sólo tiene un creador que es, el poder político. Este Derecho rige como positivo y hay que estudiarlo en un doble aspecto: en el de su contenido y estructura; el primero, se distingue de los demás en tanto se singulariza, a la par que, el segundo, cons

(76) *Filosofía del Derecho*, pág. 220.

títuye propiamente la jurisprudencia, es decir, el objeto de la ciencia jurídica.

Las doctrinas de Austín no se transmitieron al continente por su propia mediación, ni puede aseverarse que influyeran en el pensamiento de Ihering, aunque coincidan en algunos puntos esenciales, si bien hay que reconocer que el jurista alemán se encuentra en un nivel muy por encima del pensador inglés.

Para Bierling, el Derecho es únicamente positivo, rige en un pueblo en una determinada coyuntura y para un núcleo de hombres. Niega todo concepto «*a priori*», en razón a que no se puede penetrar en lo cognoscible universal, o particular, sin haber adquirido datos concretos proporcionados por la experiencia, de ahí, que el método empírico sea el único que nos lleve a un conocimiento de lo que es el Derecho. La teoría de los principios jurídicos es el medio para conocer el Derecho en su contenido universal, siendo el primer principio jurídico, el más señalado, el propio concepto del Derecho, y éste, únicamente, nos puede proporcionar el dato concreto. Lo mismo que Austín distingue entre la norma jurista de contenido general, de las demás normas singulares que nacen de la convivencia del grupo, y a la que se someten voluntariamente por su aceptación, pero que no puede vincular a los demás.

Coinciden Bierling y Somló en lo que atañe a la existencia de dos clases de conceptos jurídicos, los que denomina conceptos jurídicos de contenido, de los conceptos jurídicos fundamentales; por tanto existe un concepto universal y varios conceptos singulares, el primero, comprende todos los principios jurídicos integrados en éstos; en cambio discrepa en cuanto al procedimiento que debe utilizarse para su conocimiento, que se desenvuelve dentro del método jurídico; y, así el concepto del Derecho se convierte en el concepto primario de su teoría jurídica. Siendo el Derecho una norma que emana de la voluntad suprema, que denomina «poder supremo», su resultado es que sólo podemos llamar Derecho a las normas de un poder supremo, constante, comprensivo

y que se impone de ordinario (77). Como ha dicho González Vicen, «la noción del Derecho de Somló no es más que una descripción de hechos concretos y de procesos reales reunidos y sublimados bajo la forma de un concepto universal».

d) *Sociologismo jurídico*

Si a Comte se le ha denominado el padre del positivismo, sus teorías, que en el siglo XIX, se engarzan con nuevos conceptos aparecidos, por las circunstancias anteriormente aludidas, darán como resultado, en su última dirección, con los estudios de Durkheim, verdadero fundador de la Sociología como ciencia que se ocupa de los hechos sociales en su ciclo evolutivo, que necesariamente ha de influir, y no poco, en el desenvolvimiento de la ciencia jurídica. El sociologismo jurídico estudia el Derecho como producto de la evolución social, pero no en el sentido que lo hiciera Savigny, como concreción histórica en un momento determinado, sino que, la sociedad, en su constante flujo y reflujó, en sus múltiples manifestaciones exteriores, el Derecho existe, no en cuanto presupone unas reglas reguladoras de los hechos aislados o generales que han de ser impuestas coactivamente para la conservación de la sociedad, sino en tanto el Derecho no es otra cosa que vida social. El conjunto de necesidades que es preciso coordinar para que se constituya la realidad fáctica, será la que nos suministre —por el método empírico— los datos precisos para poder formular el concepto del Derecho.

Ha dicho, certeramente, Hernández Gil (78) que: «si en parte es fruto de la propagación y el auge de la sociología, en parte también es fruto de la situación interna en que

(77) González Vicen. *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, pág. 39, Madrid, 1950.

(78) *Metodología*, pág. 240.

se encontraba la disciplina jurídica. La alianza del positivismo jurídico con el organismo constructivo, acentuaba cada día más la rigidez del normativismo y el formalismo. Era palpable el divorcio entre la regla y los hechos, como insuficiente la lógica para evitarlo. Se siente la necesidad de la liberación. Y he aquí uno de los caminos utilizados: el sociologismo jurídico, que al positivismo jurídico opone un positivismo sociológico y al conceptualismo, un realismo». Y sobre estos supuestos, ha sido Duguit el que ha desenvuelto, con mayor rigor científico, sobre el método empírico, la doctrina del sociologismo: «En el mundo social, como en el mundo físico, no admito como real más que aquello que constató por la observación directa, y todo lo que constató así, lo admito como real» (79). Gnoseológicamente, Duguit, parte de una base real, en la que sólo es problemático, lo que del mundo exterior percibe el conocimiento, pero no todo, sino aquellos conceptos que podemos construir con los datos que nos proporciona la realidad social.

Incide Duguit en un positivismo dogmático, sobre el que aspira a construir la teoría del Derecho; su horror a lo metafísico, le coloca en el trance de concretar el Derecho en la realidad social, de manera que el mundo social no constituye otra cosa que el mundo fáctico, la esfera de lo suprasensible se excluye de todo conocimiento, de donde no existe nada con valor absoluto, los hechos sociales no se producen en el ciclo evolutivo de los demás hechos a que se concatena la ley de la casualidad, sino con arreglo a los dictados que precisan los lazos de sociabilidad; por sí sólo el hombre no puede tener existencia real, necesita de la comunidad, en la que únicamente puede satisfacer sus condiciones previsibles y mínimas y en esta colaboración con sus semejantes se halla enclavada la estructura social. Huye de todo racionalismo, sin admitir que por medio del pacto o contrato se organice la sociedad; ésta es producto de la naturaleza, pero no en el sentido que lo entendieron los racionalistas, ni la escuela de Derecho natural preconizará, sino, exclusivamente en función

(79) *Traité de Droit Constitutionnel*. t. I, pág. 462. 3.^a ed. Paris, 1927.

de la solidaridad que se manifiesta en un doble sentido, mecánica y orgánica, que requiere de una norma reguladora de conductas para su propia conservación y a la de la sociedad. «La ley positiva no puede entenderse más que como un modo de expresión de la regla de Derecho. El legislador no crea ésta, sino que la constata y la ley positiva no se impone más que en la medida que se encuentra conforme con la regla de Derecho» (80).

Integrado el Derecho en la norma jurídica, para Duguit, no existe más que el Derecho objetivo, y sin negar abiertamente el Derecho subjetivo, reconoce unas situaciones jurídicas subjetivas, no como poder o facultad del sujeto, sino como situaciones reales, del mismo modo que se producen estas situaciones en sentido objetivo, si bien unas creadas por la norma, en tanto que las otras derivadas de la norma; la coordinación de ambas situaciones jurídicas es lo que constituye el Derecho positivo.

Las conclusiones a que conduce la doctrina de Duguit, según Castán (81) son: a) que la norma jurídica como toda norma social, es el producto de un hecho social: la solidaridad o interdependencia de los hombres; b) que la norma social, moral o económica, adquiere el carácter de norma jurídica, no por la intervención del legislador positivo, sino por este doble factor de orden psicológico: la conciencia en la masa de los individuos de la sociedad de que se trate, de que esa regla moral o económica es esencial para el mantenimiento de la solidaridad social y la conciencia de que es justo sancionarla; y c) que esta conciencia social que sirve de soporte a la regla jurídica no es una conciencia colectiva (distinta de las consideraciones individuales, ni una entidad metafísica, sino sencillamente la conciencia de la masa de los espíritus individuales.

Dentro del sociologismo jurídico, merece ser incluido Gastón Jeze, para quien el Derecho supone un conjunto de reglas de conducta social que son útiles y justas; toda teoría

(80) Ob. cit. t. I. pág. 171.

(81) *Las diversas escuelas jurídicas...* pág. 100 y sigs.

jurídica tiene que partir, necesariamente, de la observación, y sólo a través de la experiencia se podrá conocer la realidad práctica que sirve de complemento a la teoría; rechaza la formulación de conceptos «a priori» y establece una adecuación entre el mundo del espíritu que puede ordenar los referidos hechos con arreglo a una finalidad que concierne a la vida social (82).

Puede también incluirse, en esta corriente, a Ehrlich, principal representante de la Escuela de Derecho libre que hace suyos los postulados en que Duguit funda su teoría; en este aspecto, coinciden ambos juristas: el Derecho es producto de la vida social. La distinción entre técnica y ciencia, le sitúa en una doble posición, inclinándose con preferencia por la jurisprudencia como ciencia práctica, de la que, por el procedimiento inductivo, se puede formular el concepto del Derecho como norma de conducta dada por el Estado e investida de poder coactivo. El reducir el Derecho en su aspecto eminentemente práctico, le priva de contenido científico, y al objeto de obviar esta inadmisibles conclusión, Ehrlich aspira a fundamentarlo filosóficamente, de esta manera puede comprenderse el único concepto del Derecho, ello requiere revisar los supuestos gnoseológicos de la jurisprudencia, contraponiendo a su método deductivo y conceptual, la observación de la realidad jurídica y el método inductivo, y así se conocerá su significación, su razón de ser, porque si nos fijamos en la concreción de los textos legales vigentes, y en este sentido buscamos una correlación entre el hecho social y la norma, observaremos que, mientras el primero se caracteriza por su dinamismo, la norma, por el contrario, se manifiesta estáticamente, y no podrá existir un nexo correlativo que eslabone los factores determinantes del concepto del Derecho.

La ciencia del Derecho, como ciencia de los conceptos jurídicos, es puramente empírica; a través del hecho real, por el método inductivo, se llega a conocer la verdad general, y con ella los conceptos universales; pero ello no es

(82) Hernández Gil. Ob. cit. pág. 252.

suficiente para poder construir el concepto del Derecho; si el Derecho viene dado en función del hecho social, y éste se comprende como conjunto de relaciones armónicas de los hombres, proporcional a sus grados y esferas, hasta constituir el núcleo total, la organización que regule las relaciones entre los miembros es lo que crea el Derecho; de esta manera, Ehrlich, lo mismo que Duguit, termina por negar, o, al menos, no reconocer el derecho subjetivo, porque si el Derecho, son reglas para la comunidad, hay que mirar al hombre dentro de ella, y estas normas son objetivas, por ser Derecho vigente y universal para todos; de ahí que, no debe confundirse, con el Derecho estatal, el Derecho de los juristas o el que aplican los Tribunales, quedando delimitada la esfera del Derecho del Estado y la norma social, aquél será Derecho público, éste «ius privatorum», su origen se entaza con las relaciones sociales, y atemperándose a sus necesidades aparecen las instituciones jurídicas: de orden familiar, los usos sociales, las relaciones dominicales y posesorias, y por último las declaraciones de voluntad, por actos inter vivos: el contrato; por actos mortis causa: las sucesiones.

CONCLUSION

Ya el simple enunciado del tema pone de manifiesto la idea perseguida, se trata exclusivamente de un ligero ensayo, en el que no se ha pretendido, en modo alguno, tratar de una manera exhaustiva ni todo el contenido que la materia encierra, ni traer a él toda la gama de autores o doctrinas que estas tres fases del pensamiento filosófico-jurídico representan; con conocimiento de causa han quedado en el tintero infinidad de cuestiones, de palpitante actualidad, que hubiera sido de sumo grado dedicarles, siquiera, una sucinta mención; infinidad de razones se oponen a ello. Tampoco se pretende formular, a modo de colofón, un concepto del Derecho; se ha convertido en un tópico la frase kantiana de que: «todavía buscan los juristas dar una definición de su concepto del Derecho», y verdad es que la problemática de ayer, continúa hoy latente; la incógnita planteada respecto a

¿quid ius? no ha sido aún despejada, y la inmersión en las profundidades de su anchuroso pielago, es cada vez más aventurada.

Afanosamente se ha dicho que todo el mundo sabe lo que es Derecho, ciertos actos o hechos de la vida, se ven acosados, matizados por una idea particular de la juridicidad proyectada sobre un plano de la justicia; la norma vulnerada, el incumplimiento de lo obligado, esa relación de continua convivencia social que necesita de unas reglas, están sometidas, desde el simple y cotidiano pensar, hasta las más abstractas elucubraciones del espíritu, a una crítica, unas veces constructiva, y en ocasiones destructiva, en las que se denota a cada paso ese tejer y destejer, traer y llevar, para volver a traer de nuevo, aquellos principios que en todos los órdenes, como imprescindibles, pululan en torno a esa interrogante abierta; por un lado, el concepto particular integrado en el conocimiento humano, encuadrado en un criterio propio, tendrá un carácter individualista y subjetivo al referirse a una relación vinculante contraída, y, en la que se cifra todo el Derecho, confundido con el interés; su cumplimiento o no, el perjuicio o beneficio que irroga, será el barómetro que determine el criterio valorativo del significado de lo justo o injusto; todo hecho o acto humano, examinado desde el plano en que se coloca la norma «tipo» a que se somete, implica de por sí un juicio calificador de los efectos de la voluntad causante en su correlativa proporción con la relación básica; por otro lado, si penetramos en el terrono doctrinal o científico, en el mundo de los conceptos y de sus especulaciones, siempre deambularemos entre lo cognoscible, y esa barrera o frontera-límite de lo incognoscible; lo real y lo abstracto, la idea y la forma, se entrecruzan y se separan e impide que nos situemos fijamente en un momento o coyuntura que permita vislumbrar un concepto de valor permanente; el conocimiento vulgar, no nos convence, el riguroso criterio científico, no nos satisface; de aquí la intrincada cuestión; la delimitación del concepto del Derecho es una problemática que, como la ecuación de la recta, tiende hacia lo infinito.

JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA
DOCTOR EN DERECHO